

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

ANÁLISIS ACTUAL
DE LA CONTRATACIÓN LABORAL

XXXIX JORNADAS UNIVERSITARIAS
ANDALUZAS DE DERECHO DEL
TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

Eva Garrido Pérez
Coordinadora

63



Junta de Andalucía

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

ANÁLISIS ACTUAL DE LA CONTRATACIÓN LABORAL

XXXIX JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección:

Ángel Javier Gallego Morales

Jesús Cruz Villalón

Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2022

© Los autores, 2022

ISBN: 978-84-09-41473-4

Impresión y maquetación: Selección Gráfica del Sur, S.L.

Depósito Legal: SE 1230-2022

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

ANÁLISIS ACTUAL DE LA CONTRATACIÓN LABORAL

XXXIX JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS
DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

EVA GARRIDO PÉREZ
COORDINADORA

63

ÍNDICE

PRÓLOGO	11
Eva Garrido Pérez	
ACUERDO DEL COMITÉ CIENTÍFICO DE LAS XXXIX JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES	17
PONENCIAS GENERALES:	
Ponencia General Primera:	
CONTRATOS TEMPORALES CAUSALES. ANÁLISIS DEL ART. 15 LET PARA UN CONTEXTO DE POSIBLE (Y NECESARIA) REFORMA	19
Antonio Costa Reyes	
CONTRATOS FORMATIVOS. PROPUESTAS PARA CONSTRUIR EL FUTURO A PARTIR DE LOS PROBLEMAS DEL PRESENTE.....	63
María Salas Porras	
CONTRATACION FIJA DISCONTINUA	107
Esperanza Roales Paniagua	
Ponencia General Segunda:	
IGUALDAD DE CONDICIONES DE TRABAJO ENTRE PERSONAS TRABAJADORAS DE EMPRESA CONTRATISTA Y EMPRESA PRINCIPAL.....	143
Juan Romero Coronado	
EL TRATAMIENTO DE LA SUBCONTRATACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS...	175
Antonio Álvarez Montero	
SUBCONTRATACIÓN Y DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS	207
Ana Domínguez Morales	
Ponencia General Tercera:	
LA CENTRALIDAD DE LA FIGURA DEL INTERINO LABORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO	243
Carmen Jover Ramírez	

EQUIPARACIÓN DEL PERSONAL LABORAL Y FUNCIONARIO	277
Estefanía Rodríguez Santos	

LA RELACIÓN LABORAL INDEFINIDA NO FIJA EN LA ADMINISTRACIÓN; HACIA LA “ESTABILIZACIÓN” DE UNA FIGURA DE CREACIÓN JURISPRUDENCIAL	313
María Luisa Pérez Guerrero	

Ponencia de Clausura:

CONTRATACIÓN LABORAL Y DIGNIDAD EN EL TRABAJO: RETOS Y PERSPECTIVAS DE MEJORA A LA LUZ DE LAS EXIGENCIAS INTERNACIONALES	353
Luis Jimena Quesada	

PONENCIAS ESPECÍFICAS PREMIADAS:

LA FORMACIÓN DUAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EMPLEO ORDINARIO	385
Francisca Bernal Santamaría	

CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES ANTE LOS NUEVOS RETOS DE LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS	411
José María Ruz López	

LA EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO CON EL PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO: REFLEXIONES TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY 20/2021, DE REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO, Y DEL RDL 32/2021, DE REFORMA LABORAL	425
Edurne Terradillos Ormaetxea	

PONENCIAS ESPECÍFICAS PRESENTADAS:

EL EMPLEO JUVENIL A TRAVÉS DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS PARA LA OBTENCIÓN DE PRÁCTICA PROFESIONAL.....	451
Raquel Castro Medina	

EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE MANO DE OBRA EN CUBA: CAUSA, CARACTERIZACIÓN Y CONFIGURACIÓN LEGAL.....	463
Sandys Menoya Zayas	

CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE	485
Gloria María Montes Adalid	

PECULIARIDADES DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS PARA LOS COLECTIVOS EN RIESGO DE EXCLUSIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A TRABAJADORES MADUROS.....	497
Juan María Roldán Conesa	
EL CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADOS. EL REFUERZO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD.....	515
José Manuel Sánchez Torrado	
LA FORMACIÓN DUAL DE LOS ESTUDIANTES DE DERECHO. UNA MIRADA DESDE LA EXPERIENCIA DE CUBA	535
Jorge Luis Silva González	
MEDIDAS SOBRE EL EMPLEO TEMPORAL EN LAS REFORMAS LABORALES DE LOS AÑOS 2010, 2012 Y 2021	547
Juan Carlos Pérez García	
EL PACTO SOCIAL EN LA CONTRATA DE LA LIMPIEZA DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA: UN EJEMPLO PARA IGUALAR LAS CONDICIONES DE LOS TRABAJADORES DE LAS CONTRATAS Y LOS DE LA PROPIA ADMINISTRACIÓN ADJUDICADORA.....	565
J. Jesús De Val Arnal	
LA AMPLIACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 42 ET: LA SUPERACIÓN DEL CONCEPTO DE PROPIA ACTIVIDAD	583
Alejandro Muros Polo	
EL CONTRATO DE INTERINIDAD POR VACANTE Y SU CALIFICACIÓN DE INDEFINIDO NO FIJO: UNA APROXIMACIÓN HERMENÉUTICA A TRAVÉS DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO	603
Alberto Ayala Sánchez	
LA SUBCONTRATACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS, SU POSTERIOR REVERSIÓN Y LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO FIJO: LA PROBLEMÁTICA Y LA DIFICULTAD DE LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO.....	625
Jorge Baquero Aguilar	
DISCRIMINACIÓN Y MODALIDADES DE CONTRATACIÓN EN LOS PLANES DE EMPLEO DE LOS AYUNTAMIENTOS	649
Luis Ocaña Escolar	
PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO: ¿RECONOCIMIENTO NACIONAL VERSUS REPROBACIÓN COMUNITARIA? ANÁLISIS DE UN BIENIO JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO NO ACLARADO.....	669
Araceli Vallecillo Orellana	

PRÓLOGO

EVA GARRIDO PÉREZ

Las XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones laborales, se inauguraron en Cádiz el día 25 de noviembre de 2021, a las pocas horas de cerrarse un largo e intenso periodo de huelga y conflictividad en el sector del metal que había estado agitando la normalidad económica y social de la provincia de Cádiz, aunque se dejó sentir de manera más notoria en su capital. El éxito de la intervención mediadora del Consejo Andaluz de Relaciones laborales, tras varias sesiones de negociación (la última ya absolutamente maratónica) no solo fue aplaudida por los iuslaboralistas presentes en las jornadas, sino también por todos los sectores políticos, económicos y sociales de una ciudad y una provincia castigada casi endémicamente por el paro, con el incesante goteo de cierre de centros y actividades industriales (Delphi, Altadis, Airbus), que ve como año tras año no se corrige la falta de inversiones, y que tan solo cuenta con los escasos y limitados recursos que proporcionan el turismo y la ya reducida industria naval. Finalizado el conflicto pareciera de nuevo cerrarse el mismo debate que lo originó, y como decía el poeta y escritor Juanjo Téllez, en su artículo de opinión “*Cádiz, Heavy Metal*”, firmado ese mismo día 25 de noviembre de 2021, “Cádiz, la trimilenaria, la tacita de plata vendida al por mayor, seguirá esperando que llegue -aunque sea- otro puñetero tsunami para ahogar su historia y para cambiar su sino”.

Recuperándose en Cádiz cierta tranquilidad tras la huelga del metal, fuera de ella se llevaba meses con varios temas ocupando los medios de comunicación y el interés creciente de la ciudadanía en general, y no solo de los académicos y especialistas en cuestiones laborales: la situación de los interinos en la administración pública, la reforma de las pensiones y cotizaciones (incluyendo la particular afectación al régimen de autónomos) y las negociaciones en curso para la tan traída y llevada reforma laboral del gobierno socialista.

De hecho, al margen de lo que se estaba actuando en materia de pensiones y cotizaciones de seguridad social, y de que en el seno de las negociaciones de la reforma laboral se estuviera también abordando otros temas de indudable interés (ERTES, prioridad del convenio de empresa y ultraactividad), no obstante el tema estrella que sin duda parecía acaparar mayor atención, mediática y especializada, era la temporalidad tanto en el sector público como en el privado, y al que se dirigían los esfuerzos reformistas para atajar sus excesivas tasas y una de sus mas evidentes consecuencias como es el de la nota de la precariedad en la contratación tan presente en el mercado laboral español,

Es de agradecer pues que el comité científico organizador de las jornadas (compuesto por los profesores Federico Navarro, Sebastián de Soto, Patrocinio Rodríguez y Miguel Ángel Al-mendros), tuviera la oportunidad y el indudable acierto de elegir como temática general de las mismas “las cuestiones actuales de la contratación laboral”, atendiendo precisamente a que los análisis académicos de las variadas cuestiones planteadas por y desde la reforma en materia de contratación podrían ir en paralelo al devenir de las negociaciones del gobierno con los interlocutores sociales, y que la expresión del resultado de tales análisis en el seno de las jornadas a celebrar a finales de noviembre propiciaría la reflexión y el debate sobre los eventuales o posibles contenidos de una reforma cuya negociación debía culminar también a finales de año, bajo la presión europea que condicionaba la concesión de fondos *next generation* a la consolidación de los procesos de estabilización de plazas en la función pública y a la rebaja de la tasa de temporalidad en el sector privado.

Con esta orientación finalista las jornadas se estructuraron en torno a tres bloques temáticos destinados, respectivamente, a modalidades de contratación, a subcontratación, y a contratación en el empleo público, para situar en cada uno de ellos tres ponencias generales que plantearan contenidos delimitados para el análisis y discusión, y que a su vez permitieran ser concretados y desarrollados a través de ponencias específicas.

Así, dentro del primer bloque dedicado a las modalidades de contratación, se expresaron tres ponencias generales que desgranaron los tres canales contractuales que concentraban el interés reformista: los contratos temporales causales, los formativos y el contrato fijo-discontinuo.

La magnífica ponencia desarrollada por Antonio Costa Reyes (Universidad de Córdoba) sobre los contratos temporales no solo efectuó un acercamiento certero a la realidad del ordenamiento laboral en materia de contratación temporal estructural, efectuando un diagnóstico de la problemática derivada de inestabilidad laboral y temporalización del empleo, sino que desmenuzando las fisuras mas evidentes del marco regulador existente concluía con importantes propuestas de reforma. Al respecto, abogaba por una intervención contundente y directa sobre los tipos contractuales admitidos, restringiendo y delimitando claramente las causas que justificaran la contratación de duración determinada, así como por un reforzamiento de contrato fijo discontinuo para dar cabida a supuestos que se acogían bajo la contratación temporal; consideraciones que fueron confirmadas posteriormente tras la aparición del RD-Ley 32/2021.

Por su parte, María Salas Porras (Universidad de Málaga) destacó brillantemente las peculiaridades de los contratos formativos y los elementos de su régimen jurídico que desde su configuración jurídica con anterioridad a la reforma de 2021 ya planteaban un buen número de cuestiones litigiosas a la luz de pronunciamientos judiciales que quedaron pues detallados y

analizados en la ponencia. Fundamentalmente destacó los relacionados con el incumplimiento de la causa formativa, de la obligación de adecuación formación/trabajo, o del deber de formación intrínseco en estas modalidades, con las consiguientes derivas en fraude de ley, y que se contextualizaron en la ponencia en el discurrir descriptivo y analítico de las nuevas notas de identificación de estos contratos tras su reformulación en el nuevo art.11 del ET.

Finalmente, la ponencia sobre “contratación fija-discontinua”, a cargo de Esperanza Róales Paniagua (Universidad de Sevilla) puso de manifiesto de manera contundente y atinada el papel de esta modalidad contractual como alternativa a la contratación temporal reiterada y acausal en la gran mayoría de los supuestos que de hecho ha ido abonando el excesivo y abusivo recurso al contrato de obra o servicio determinado.

Precisamente sus consideraciones sobre una unificación del régimen jurídico de los trabajos fijos discontinuos y el reforzamiento de esta modalidad contractual, ampliando el tradicional objeto del mismo, ha sido ratificadas por la reforma operada en esta sede por el RD-Ley 32/2021.

El segundo de los bloques temáticos se destinaba al análisis de la subcontratación, habida cuenta que también concentraba gran parte del interés de los negociadores de la reforma y en particular en lo referente al convenio colectivo aplicable, cuestión que sin duda se alienaba con situaciones de desigualdad entre trabajadores insertos en esquemas de subcontratación. De ahí que precisamente la primera de las ponencias generales de este bloque fuera la presentada por Juan Romero Coronado (Universidad de Granada) bajo el título “Igualdad de condiciones de trabajo entre personas trabajadoras de la empresa contratista y la empresa principal”, desarrollando un concienzudo trabajo de análisis jurisprudencial que, desmenuzando caso por caso, le permite individualizar un corpus conceptual sustentador del principio de igualdad de derechos de las personas trabajadoras de la empresa contratista en relación a la empresa principal. Culminaba poniendo el foco de atención en la STS de 29 de diciembre de 2020 que abogaba por esa igualdad al desvincular el objeto de la relación laboral del objeto o actividad propia de la relación contractual entre las empresas intervinientes en la contrata, pero demandando la necesidad de un adecuado marco regulatorio que permitiera garantizar los derechos de las personas subcontratadas, sin desdeñar el importante apunte que en esa línea ha incorporado la reforma de 2021 en el art.42 del ET en relación al convenio colectivo aplicable para las empresas contratistas y subcontratistas.

En segundo lugar, Antonio Álvarez Montero (Universidad de Jaén), abordó el ineludible tema del “Tratamiento de la subcontratación en la negociación colectiva: especial referencia a las empresas multiservicios”, centrando su certero análisis sobre los problemas que surgen de la subcontratación a través de empresas multiservicios, evidenciando la disparidad de criterios a la hora de determinar el convenio sectorial aplicable que trate de cumplir el fin y garantía de homogeneidad de las condiciones laborales. Consideraciones que le sirvieron como punto de partida para afrontar el reto de aportar soluciones que pudieran mitigar o eludir la disparidad (o incluso degradación) de condiciones de trabajo en las empresas multiservicios. A tal fin abogaba por una necesaria y urgente modificación normativa global, comprensiva de todas las instituciones jurídico laborales que sustentan el trabajo en las empresas multiservicios, y que desafortunadamente no se ha visto reflejada en la reforma efectuada por el RD-Ley 32/2021.

Y, en tercer lugar, cerró este bloque la ponencia de Ana Domínguez Morales (Universidad de Sevilla) sobre “Subcontratación y derechos de información y consulta de la representación

legal de las personas trabajadoras”, poniendo acertadamente de manifiesto cómo la perspectiva laboral de la subcontratación plantea evidentes fisuras en el marco de la eficacia y garantía de los derechos de los trabajadores afectados, que las limitadas facultades de información y consulta, tal y como están expresadas en el marco de la subcontratación, no alcanzan a solventar, ni a proteger adecuadamente a los trabajadores de empresas contratistas o subcontratistas. Insuficiencia o limitación que, por lo demás, no ha sido corregida desde la reforma, como nueva prueba de la escasa atención legislativa hacia la importancia, significado y debido alcance que deben merecer los poderes de información y consulta de la representación del personal en la empresa.

Finalmente, el último de los bloques temáticos se dedicó a la contratación en el empleo público, y sobre el que indudablemente planeaban tanto el eco del contundente pronunciamiento del TJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto IMIDRA) sobre el abuso de temporalidad de las administraciones públicas españolas con la figura de los interinos y las renovaciones contractuales, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo fijando en tres años la duración máxima de un contrato de interinidad por vacante en el sector público, así como el acuerdo político alcanzado el 11 de noviembre de 2021 entre el gobierno y sus socios de investidura y que abría el paso a un proceso extraordinario de estabilización de plazas en la Administración dirigida a los interinos que llevaran al menos cinco años en tal condición.

Los frentes abiertos en esta sede fueron desmenuzados a través de tres excelentes ponencias generales. En primer lugar, la desarrollada por Carmen Jover Ramírez (Universidad de Cádiz) afrontando la especial problemática que rodea a la “Interinidad laboral” en el empleo público, pero que no se limita, y de ahí la novedosa y meritoria aportación de la ponencia, al ámbito de análisis que proporcionan la Directiva 1999/70/CE así como los diversos pronunciamientos judiciales (tanto de orden nacional como desde sede europea), sino que desde la diferenciación del funcionario interino y del personal laboral interino, traslada el debate a la crítica de las medidas adoptadas o que deben adoptarse legislativamente para lograr un marco de ordenación y gestión del personal al servicio de la Administración que de cumplimiento cabal a una gestión pública, eficaz y eficiente, del interés general.

En segundo lugar, la temática de la “Equiparación del personal laboral y funcionario” es abordada por Estefanía Rodríguez Santos (Universidad Pablo Olavide), proyectando con rigor y solvencia analítica la dificultad intrínseca de la coexistencia de dos ordenes jurídicos (el Derecho Administrativo y el Derecho laboral), con principios y reglas bien diferentes, para regular la prestación de servicios de las dos categorías de empleados públicos, el personal funcional y el personal laboral, así como los intentos legislativos por establecer un tratamiento unitario que trate de eludir o solventar el ingente número de dificultades jurídicas y aplicativas que surgen por esta dual ordenación y gestión del personal al servicio de la Administración.

Y la tercera ponencia de este bloque temático, dedicada al análisis de la “relación laboral indefinida no fija”, fue desarrollada por M- Luisa Pérez Guerrero (Universidad de Huelva), abordando con la solidez y profundidad que le caracteriza, el impacto y consecuencias de pronunciamientos del TJUE, en interpretación de la Directiva 1999/70/CE, en torno a la ordenación nacional relativa a los límites de la utilización abusiva de la contratación temporal en la administración pública, y especialmente en lo que afecta a la posibilidad de aplicar en el sector público el criterio “laboral” de conversión sin matices del trabajador en indefinido y no la traslación de su relación laboral en una relación de naturaleza funcional. La ponencia no descarta la crítica

acerca de la incertidumbre e inseguridad en que se encuentran los trabajadores indefinidos no fijos, en incumplimiento de la normativa laboral sobre contratación de los trabajadores, y que no ha sido resuelta ni enmendada por la Ley 20/2011, para seguir dejando la decisión, no siempre responsable, en manos de la Administración, aun con la esperanza de que los tribunales apliquen el derecho comunitario, a pesar de los obstáculos nacionales en contra.

El excelente plantel de ponentes generales fue completado con un buen número de ponencias específicas (16 en total) cubriendo particulares espacios de análisis que dejaban abiertos los temas básicos abordados por las jornadas, y que destacaron por lo certero de su contenido y la seriedad de sus aportaciones. Considerando pues la dificultad de selección por tal motivo, el comité científico organizador concedió el Premio *ex aequo* a la mejor ponencia específica para las profesoras Edurne Terradillos Ortmaetxea (Universidad del País Vasco), por su trabajo relativo a “La finalización de la relación del empleo con el personal indefinido no fijo”, y Francisca Bernal Santamaría (Universidad de Cádiz) por su trabajo sobre “La formación dual para las personas con discapacidad en el empleo ordinario”. Asimismo, se concedió un premio de accésit a la ponencia específica sobre “Cesión ilegal de trabajadores ante los nuevos retos de la economía de las plataformas”, presentada por José M- Ruz López (Universidad de Córdoba).

Las jornadas tuvieron como excelente colofón la magnífica y clarificadora ponencia de clausura a cargo de Luis Jimena Quesada, catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat de Valencia, sobre “Contratación laboral y dignidad en el trabajo: retos y perspectivas de mejora a la luz de las exigencias internacionales”. Como él mismo concluía, “la dignidad humana sigue siendo la exigencia axiológica del orden nacional en el mundo del trabajo...y ni siquiera la pandemia debe abocarnos a una deshumanización de las relaciones laborales”.

Desde la organización de estas jornadas y de la correspondiente publicación de sus resultados, se quiere dejar constancia aquí del especial agradecimiento a todos y todas quienes presentaron tanto las ponencias generales como las específicas, y especialmente a las más vinculadas a la reforma en curso, por el doble mérito de desarrollarlas con apenas datos fiables o certeros sobre el contenido de las negociaciones, y de tener que actualizar el texto con posterioridad una vez conocidas tanto las líneas de la reforma laboral tras la aparición del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, como de las previsiones finales de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (tras la tramitación parlamentaria del RD-ley 14/2021, de 6 de julio), con las modificaciones que a su vez incorpora de la LEBEP para reforzar la definición de funcionario interino y las medidas de control de la temporalidad en el empleo público.

Tras el cierre de unas jornadas que retomaron la normalidad pasada, y quebrada por la pandemia, se percibió no solo su éxito organizativo (lo menos relevante, sin duda, pero que se debió a la colaboración conjunta entre el CARL y el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCA), sino también, y lo verdaderamente importante, el nivel científico expresado por los ponentes, tanto generales como específicos, abriendo espacios al debate académico y aportando criterios interpretativos y aplicativos al ingente número de cuestiones sobre contratación laboral que bien estaban siendo abordadas por la negociación en curso de la reforma o bien se encontraban presentes de manera protagonista en el escenario actual de las relaciones laborales. En este sentido sin duda las jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo celebradas en Cádiz cumplieron la función a la que se debe fielmente, y desde su

origen, unos encuentros académicos entre iuslaboralistas que se encuentra ya a las puertas de su cuarta década de vida. El libro pues que aquí se presenta es evidencia de la solidez y calidad científica que caracterizan estas jornadas anuales, y fruto del compromiso de organizadores y participantes por la transferencia y aportación del conocimiento científico en un escenario que, una vez más y de nuevo, nos da muestras de su naturaleza adaptativa y cambiante como es el de las relaciones laborales.

ACUERDO DEL COMITÉ CIENTÍFICO DE LAS XXXIX JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

En Cádiz a 26 de noviembre de 2021, reunido el Comité Científico de las XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.

Tras las correspondientes deliberaciones y análisis de los textos de las diversas ponencias específicas presentadas, que en la presente convocatoria han ascendido a 16, y teniendo en cuenta el interés y relevancia del tema abordado, la identificación de cuestiones significativas para el debate doctrinal y la claridad argumental y expositiva,

ACUERDAN

1. Otorgar el Premio a la mejor ponencia específica ex aequo a:

D^a. Edurne Terradillos Ormaetxea, por su trabajo “La finalización de la relación de empleo con el personal indefinido no fijo”.

Y a **D^a. Francisca Bernal Santamaría**, por su trabajo “La formación dual para las personas con discapacidad en el empleo ordinario”

2. Otorgar 1 premio de accésit entre las ponencias específicas presentadas a:

D. José M^a Ruz López, por su trabajo “Cesión ilegal de trabajadores ante los nuevos retos de la economía en plataformas”

PONENCIA GENERAL PRIMERA
CONTRATOS TEMPORALES CAUSALES. ANÁLISIS DEL ART. 15 LET
PARA UN CONTEXTO DE POSIBLE (Y NECESARIA) REFORMA¹

ANTONIO COSTA REYES
T. U. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

1. A modo de contexto: la temporalidad como problemática
 - 1.1. Algunas notas sobre su evolución histórica: un cambio permanente, pero sin reformas directas de fondo
 - 1.2. Contratación temporal y empleo
 - 1.3. La temporalidad como una flexibilidad mal entendida
 - 1.3.1. La mal llamada flexibilidad de entrada
 - 1.3.2. La cultura de la temporalidad: un problema estructural y generalizado
2. La contratación temporal causal: el art. 15 LET
 - 2.1. Breves reflexiones sobre la incidencia de la directiva 1999/70/CE en la lectura del art. 15.1 LET
 - 2.2. Principios que rigen la contratación temporal estructural
 - 2.2.1. Principio de igualdad
 - 2.2.2. Principio de estabilidad: la temporalidad como excepción
 - 2.2.3. Principio de causalidad-tipicidad y fraude
 - 2.3. Modalidades previstas en el art. 15.1 LET. Principales problemáticas
 - 2.3.1. Contrato para obra o servicio determinado
 - 2.3.2. Eventual por circunstancias de la producción
 - 2.3.3. Contrato de interinidad
3. Algunas conclusiones y propuestas
 - 3.1. Reformulación de las causas del art. 15.1 LET
 - 3.2. Contratación temporal fraudulenta y medidas disuasorias. La efectividad de las normas laborales
4. Bibliografía y otros documentos

¹ Nota aclaratoria: Si bien el contenido de esta intervención es anterior a la reformadora derivada del Real Decreto Ley 31/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (RDL 32/2021); consideramos oportuno hacer ahora referencias también a la misma y no solo, como en el desarrollo de las Jornadas, a los documentos debatidos en el seno de la Mesa de Diálogo Social sobre la Modernización del Mercado Laboral (en adelante *Mesa de Diálogo Social*).

No parece haber muchas dudas en reconocer el consenso en torno al señalamiento del problema de la contratación temporal en España y, en particular, de la denominada *estructural* (art. 15 LET). Tanto desde la perspectiva puramente jurídica como desde la más amplia del empleo o mercado de trabajo, es evidente que la situación en nuestro país puede y debe ser calificada de patológica.

Como veremos, pese a que todos los diagnósticos coinciden en esta conclusión general, lo cierto es que nos encontramos con un marco regulador que ha permanecido, en general, estable en el tiempo (art. 15.1 LET y su desarrollo, el actual RD 2720/1998). En efecto, más allá de algunas cuestiones de detalle o la *fugaz* introducción -más que cuestionable- de alguna que otra modalidad (*v.gr.*, *por lanzamiento de nueva actividad*), lo cierto es que las causas previstas en el art. 15.1 LET se mantienen casi con la misma redacción, incluso, pese a los compromisos y exigencias que derivarían de la Directiva 1999/70/CE, sobre el trabajo de duración determinada.

En definitiva, y como idea general respecto al marco normativo de la contratación laboral temporal, puede concluirse que convivimos entre dos extremos: Por *un* lado, una falta de actuación directa y de fondo, que lleva aparejado el mantenimiento en esencia de un régimen jurídico general sobre contratación temporal estructural, de carácter ambiguo, configurado por *sedimentación* y dentro de un conjunto jurídico-laboral que la realidad evidencia como insuficiente para resolver la multitud de problemas que lleva aparejada la temporalidad en España (segmentación-dualidad, inseguridad jurídica, rotación, etc.).

Y, por otro lado, a la vez, un continuo ir y venir de modalidades temporales especiales, coyunturales o pretendidamente vinculadas a políticas de empleo (tanto temporales como indefinidas con menor tutela extintiva); así como reformas permanentes de figuras contractuales llamadas a tener un peso y una cierta importancia para el acceso al empleo (como pudieran ser los contratos a tiempo parcial y formativos), pero que no llegan a tener ese papel, quizás por esa misma inestabilidad jurídica, su complejidad en ciertos momentos y por la competencia “*desleal*” que juega, no solo la multitud de figuras no laborales existentes (prácticas profesionales no laborales, becas, etc.), sino precisamente la contratación temporal estructural.

Convendría hacer una última precisión en este previo, pues es un lugar común bastante extendido afirmar que nuestra legislación laboral contempla un número excesivo de modalidades contractuales, generando así una importante complejidad y, junto a ello, favoreciendo de algún modo la opción por la temporalidad. Sin embargo, es oportuno observar, *primero*, que otros países de nuestro entorno dan cabida a una diversidad también amplia -incluso superior- de contratos (singularmente, temporales), sin que ello les sea causante ni de una mayor temporalidad ni de una inseguridad jurídica (OJEDA AVILÉS/GORELLI HERNÁNDEZ, 2006, pp. 30 y 31 y 51 y sgs.)². Y, *segundo*, que, más allá de la aparente multiplicidad de opciones contractuales presentes en la legislación laboral vigente, el número de modalidades posibles debe contrastarse con las prácticas empresariales de contratación, de las que podemos extraer que la inmensísima mayoría responden, en orden a su vigencia, al indefinido ordinario y, sobre todo, a los contratos temporales estructurales, en particular, aquellos cuya causa aparece prevista en el art. 15.1, *a* y *b* LET (obra y servicio determinado y eventual -representan el 90% del total de temporales-); el resto de las posibilidades de contratación previstas legalmente son de todo punto marginales y no merecen atención a efectos del problema de

² *Vid.* los casos de Alemania, Francia y Gran Bretaña, en AA.VV. (Gómez Abelleira, Coord.), 2014. También y algunos más, en CASAS BAAMONDE/GARCÍA QUIÑONES, 2021.

la temporalidad en nuestro país³. Precisión que nos parece de interés, al objeto de identificar dónde se sitúa el problema de la temporalidad en los contratos estructurales a efectos de posibles reformas.

En el presente trabajo pretendemos un acercamiento a la realidad del ordenamiento laboral en materia de contratación temporal estructural y poner de manifiesto que, junto a un marco jurídico mejorable, es imprescindible abordar y conocer el papel que juegan los operadores socioeconómicos y jurídicos, por cuanto que, en nuestra opinión, tienen una incidencia negativa particularmente relevante. Solo desde un análisis de la operatividad en la práctica de la regulación podremos formular un diagnóstico más certero de la problemática de la contratación y la (in)estabilidad laboral en nuestro país, algo imprescindible para aportar soluciones adecuadas a los problemas de la temporalidad y sus efectos en el mercado de trabajo español. En este sentido, comenzaremos este análisis de la contratación temporal teniendo en cuenta su incidencia y papel en nuestro mercado de trabajo (1), para afrontar en un momento posterior, el estudio jurídico de su marco regulador y, singularmente, de aquellos aspectos y supuestos más problemáticos y que mayor incidencia tienen en términos de inseguridad y temporalización del empleo (2); y concluiremos finalmente con algunas de propuestas reforma (3), y sin perjuicio de que a lo largo del texto se vayan haciendo referencias críticas y líneas de solución a los problemas planteados y a los diversos contenidos y documentos que se debatieron en la *Mesa de Diálogo Social* (y que han dado lugar al RDL 32/2021).

1. A MODO DE CONTEXTO: LA TEMPORALIDAD COMO PROBLEMÁTICA

1.1. Algunas notas sobre su evolución histórica: un cambio permanente, pero sin reformas de fondo/estructurales

Las cuestiones que en torno a la contratación laboral afectan a nuestro país vienen de largo e inciden en muy diversos planos. Baste un acercamiento a las principales reformas laborales acontecidas desde el periodo democrático para comprobar que han estado presentes, con mayor o menor intensidad, en todas ellas⁴.

A modo de síntesis, cabe comenzar recordando lo que viene siendo señalado como el origen del problema: las medidas que (desde finales de los ‘70, pero, sobre todo) durante los años ‘80 se introdujeron en favor de la contratación temporal sin causa y que implicaban el desmantelamiento del *principio de estabilidad* (fundamentalmente, a través de la Ley 32/1984).

Posteriormente, desde los años ‘90 se pretenderá un giro para dar respuesta a las nefastas consecuencias de la política de empleo (temporal) de esa etapa anterior. Sin embargo, ese cambio de orientación carecerá de la intensidad suficiente en su intervención directa sobre la contratación temporal, pues no pasará de derogar la contratación temporal de fomento (sin causa) y de una tímida recuperación del principio de causalidad con la contratación temporal estructural. Ciertamente, para el contexto y prácticas de contratación laboral de ese momento, la redacción final de ésta recogerá unas causas tan abiertas y ambiguas -y unas irrelevantes consecuencias para el abuso en su utilización-, que las empresas buscaron y consiguieron pronto “compensar la desaparición del contrato temporal no causal en las modalidades existentes” en el art. 15 LET (DELGADO

3 CRUZ VILLALÓN, 2016, págs. 213 y 214. También, CONDE RUIZ/LAHERA FORTEZA, 2021.

4 En extenso, TOHARIA CORTÉS, 2002 y GÓMEZ ABELLEIRA, 2017.

CASTAÑEDA, 2017, 108 / TOHARIA CORTÉS, 2002, 123 y sgs)⁵. Y, en segundo lugar y más relevante, el pretendido cambio se basará principalmente en una doble intervención indirecta: Por un lado, desde la mera “lógica del fomento jurídico-económico de la contratación indefinida, y no en la de la lucha contra las patologías crónicas de (...) la temporalidad y la rotación tan elevadas por su utilización abusiva”, lo que sin duda restará efectividad a las reformas pretendidamente encaminadas a reducir la temporalidad (CASAS BAAMONDE, 2017). Por otro lado, y principalmente, ese giro (en particular, aunque no exclusivamente, con las reformas de 1994, 2010 y, sobre todo, de 2012) implicará en contrapartida la centralidad de las medidas de flexibilidad en el *núcleo*, esto es, esencialmente, en materia de despido (flexibilizando causas, reduciendo costes económicos y procesales, etc.) y en las condiciones de trabajo (flexibilidad *interna*). Podemos afirmar así sin temor a error que las reformas de los últimos 30 años buscarán resolver el problema del empleo, pero también el de la temporalidad, desde la supuesta idea-fuerza, cual *dogma*, de que la mayor protección de la contratación estable es la causa principal que genera desempleo y dualidad del mercado de trabajo español y, por tanto, su apuesta será por una creciente y continuada flexibilidad⁶.

En definitiva, al menos desde 1994 y de forma sostenida, se han realizado múltiples reformas laborales (*indirectas*) en orden a incentivar la contratación indefinida y reducir la temporalidad, y todas ellas han incidido en esa idea-fuerza, favoreciendo reformas flexibilizadoras, al punto de que no se puede negar que han cambiado de manera radical el panorama y limitaciones jurídico-laborales que originariamente se daban para explicar la propensión a la temporalidad en nuestro país⁷. y, pese a todo, se evidencia una línea de continuidad en los efectos y manifestaciones de la temporalidad y, por tanto, todas esas reformas parecen haber tenido similar resultado: un clamoroso fracaso en su intento, y por tanto, incapaces de dar solución a los perniciosos efectos que esta situación provoca⁸.

No parece pues que la mera y constante reforma legal, sobre todo, vía *indirecta*, tenga incidencia relevante en términos de reducción drástica de la temporalidad. Y junto a ello, es importante recordar no solo el escaso valor del legislador para afrontar una reforma directa y de calado en el marco normativo de la contratación temporal estructural, sino incluso su ambigüedad sobre (la bondad) de la temporalidad⁹. Se comprenderá así que, al mantenerse el mismo marco regulador de la contratación temporal (*estructural*, art. 15 LET) y las tímidas consecuencias legalmente previstas frente a su abuso y fraude, la tasa de temporalidad y el número de contratos de ese tipo sea ahora incluso mayor que el existente antes de algunas de tales reformas. Pero si grave es este dato, más preocupante es la continua minoración en la duración media de los contratos y, de forma paralela, el alarmante incremento en la rotación laboral y la multiplicación del número de contratos temporales¹⁰.

5 Sobre el papel favorable que la negociación colectiva jugará en ello, CRUZ VILLALÓN, 1999 (AA.VV.), págs. 334 y sgs., y MONEREO PÉREZ/FERNÁNDEZ AVILÉS, 1999 (AA.VV.), págs. 373 y sgs.

6 *Vid.* en este sentido lo señalado al respecto en el Libro Verde, 2006. Una certera reflexión crítica sobre tal orientación, en BAYLOS GRAU/PÉREZ DEL REY, 2009, especialmente, págs. 30 y sgs.

7 Incluso el propio TS se ha manifestado en tal sentido (*v.gr.*, STS de 29/12/2020, rec. 240/2018).

8 ROQUETA BUJ, 2017, pág. 3. En extenso, GÓMEZ ABELLEIRA, 2014 (AA.VV.).

9 Sobre los vaivenes en esta materia, SÁNCHEZ TRIGUEROS/HIERRO HIERRO, 2020, págs. 93-124.

10 *Vid.* CES, *Memoria socioeconómica y laboral de España* (años 2020, 2019 y 2017, respectivamente, págs. 345-347, págs. 24, 25 y 324 y pág. 317). También, *Plan Estratégico de la ITSS 2021, 2022 y 2023*, pág. 21.

Sin duda, el principio de estabilidad ha terminado siendo el gran *sacrificado* en aras de otros objetivos (empleo y flexibilidad en los márgenes) y sin que se sostengan las razones económicas (crisis) esgrimidas para explicar la falta de resultados, pues, por un lado, también en tiempos de expansión se está agudizando la proliferación de la (micro)contratación temporal y la rotación¹¹. Es más, por otro, pese a que en apariencia el contrato indefinido (instrumento) sea la concreción del principio de estabilidad (objetivo material), lo cierto es que no siempre es así (CRUZ VILLALÓN, 2016, 210211). En efecto, la realidad del mercado español (fruto de la interminable apuesta por la flexibilidad en el núcleo) refleja claramente esta disociación, pues tampoco las figuras indefinidas (no solo las anteriormente existentes *de fomento*) permiten ya evitar la creciente inestabilidad laboral¹².

1.2. Contratación temporal y empleo

Como venimos de observar, el fomento del empleo ha sido una orientación que ha guiado en gran medida la actuación del legislador en materia de contratación temporal, sea para descausalizarla o para justificar una intervención indirecta y limitada¹³. Ante tal “insistencia” normativa, cabe preguntarse qué de real tiene la función de creación de empleo o de mejora de la empleabilidad con la que se suele justificar la empecinada apuesta por esta contratación atípica como medida de política de empleo. Al respecto y de forma clara, queremos poner de manifiesto que la proliferación o la general admisión de modalidades contractuales temporales no solo no crea empleo neto, sino que ni tan siquiera, al menos en nuestro país, sirve como como vía de tránsito al empleo estable. Más al contrario, es un peligroso instrumento de inestabilidad que termina por incidir no solo en los trabajadores temporales sino también en los indefinidos¹⁴.

Así, y respecto a lo *primero* (creación de empleo), de los datos disponibles puede concluirse que con el ajuste legislativo lo que se obtiene principalmente es una transformación de la estructura o composición del empleo existente; esto es, no es propiamente más ocupación lo que se logra, sino un aumento en la tasa de cambios de empleo, traducida en el general de los casos en un traspaso de la ocupación en favor de plazas atípicas (temporales o a tiempo parcial)¹⁵. Ciertamente, lo constatado es que, con reformas liberalizadoras o poco exigentes con la contratación temporal, si bien en los inicios de los ciclos económicos de expansión se facilita que las personas se ocupen más rápidamente, lo hace con un efecto destructivo sobre las fuentes de trabajo permanente, que a la postre se transforman en colocaciones temporales e inestables o de jornada reducida¹⁶. Y como efecto reflejo, termina por favorecer proyectos empresariales y

11 Algunos datos, en BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, 2018 (AA.VV.), págs. 217 y sgs.

12 En extenso, CÁRDENAS/VILLANUEVA, 2020.

13 Sobre el papel de la contratación temporal en España como política de empleo, también, PÉREZ DEL PRADO, 2014 (AA.VV.).

14 Contundente tras los datos; LORENTE/PITXER/SÁNCHEZ, 2013 (AA.VV.).

15 También, CRUZ VILLALÓN, 2016, pág. 211; MONTOYA MELGAR, 2008, y TOSCANI GIMÉNEZ, 2009. Es ilustrativo el seguimiento de los efectos de las medidas de política de empleo realizadas por LAPARRA NAVARRO, 2006, especialmente, págs. 111 y sgs. Igualmente, en relación a la política de empleo de los ‘80, MONTOYA MELGAR, 2008. Otro efecto de menor relevancia en este momento es que, a lo sumo y precisamente por hacerse menos garantes y con menor coste, encontremos cierta regularización o afloramiento de empleos que hasta el momento anterior se mantenían ocultos (en negro), particularmente en aquellos sectores más precarizados; FINA SANGLAS, 2001, págs. 72 y 73.

16 BENTOLILA/SEGURA/TOHARIA, 1991. También, MALO OCAÑA/TOHARIA CORTÉS, 1999, pág. 128 y VALDÉS DAL-RÉ, 2007, pág. 248.

actividades económicas de escaso valor añadido que tienen su ventaja competitiva precisamente en la temporalidad y en sus menores costes (CONDE RUIZ/LAHERA FORTEZA, 2021).

En otras palabras, el acelerar momentáneamente el incremento de la contratación parece olvidar que ello implica que “el empleo, como objetivo, actúa contra su protección jurídica” (función propia de la legislación laboral) -CASAS BAAMONDE, 2016, pp. 182 y 183- y, en consecuencia, desconoce que, en el medio y corto plazo, ello termina repercutiendo de manera evidente y general sobre las condiciones de trabajo del conjunto de trabajadores, muy particularmente en términos de una pérdida de estabilidad (FINA SANGLAS, 2001, pp. 69-72).

Y en relación a lo segundo, esto es, si la temporalidad permite, al menos, transiciones positivas o más bien, no favorecen progreso alguno o lo que es peor, si conllevan giros marginadores o de exclusión; la evidencia disponible apunta a que una regulación- interpretación favorecedora de la inestabilidad (sea en términos de contratación temporal o escasa tutela frente al despido), conlleva un perjuicio añadido: una mayor rotación laboral, y un incremento importante en la extensión de los periodos de transición desde la temporalidad a la contratación indefinida¹⁷.

Concluimos, a modo de síntesis, llamando la atención sobre la secuencia que solo es posible apreciar en este largo tiempo: si desde los años ‘80 el problema de nuestro mercado de trabajo era el desempleo, la solución legal (fomento de la contratación temporal sin causa), no solo no lo resolvió, sino que generó una alta temporalidad, dando lugar así a un nuevo problema: la *dualización* o segmentación. Y las medidas flexibilizadoras *en el núcleo* emprendidas a partir de mediados de los ‘90 (y en particular, la de principios de la pasada década) no solo no han resuelto este problema, sino que parecen traer uno nuevo y que, paradójicamente, sí iguala a *insiders* y *outsiders*: la escasa estabilidad y calidad del empleo en España. El resultado es que cada vez es más difícil realizar la transición hacia un trabajo estándar, mientras que es cada vez más fácil ser expulsado desde un contrato indefinido (CÁRDENAS/VILLANUEVA, 2020, pp. 15-19).

1.3. La temporalidad como una flexibilidad mal entendida

1.3.1. La mal llamada flexibilidad de entrada

Ha sido una constante, tanto en las directrices comunitarias como en las reformas laborales desde la Transición, procurar una diversificación de los tipos contractuales como mecanismo para “*adaptarse a las necesidades de las empresas*” (productivas y exigencias del mercado, coyunturales particularmente). Recordemos que desde principios de este milenio se reclamaba a los países comunitarios la revisión de su ordenamiento laboral al objeto de que recogiese fórmulas contractuales más flexibles (atípicas), particularmente, vía contratación temporal¹⁸. Las pésimas consecuencias en términos de inestabilidad laboral y temporalidad de tal línea-guía, implementada en las diferentes reformas laborales acontecidas en los años posteriores en Europa, es sobradamente

¹⁷ En COSTA REYES, 2018 (AA.VV.), pág. 255. También, CES, Memoria socioeconómica y laboral de España (año 2019), pág. 298, y CONDE RUIZ/LAHERA FORTEZA, 2021.

¹⁸ *Vid.* Libro Verde, 2006. Con acierto se afirmó que el Libro Verde contemplaba una visión unidimensional de la flexiguridad, donde poco o nada atiende a la seguridad, y en esta línea, lejos de pretender “reducir la ‘liberalización’ de la contratación temporal; más bien postula mayor *soupléssé*” de tales contratos; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, 2015, págs. 327 y 330.

conocida y evidencia la relación entre ese favorecimiento normativo y la proliferación de tal contratación temporal¹⁹.

Realidad que ya conocíamos en España desde antes de aquellas directrices (el famoso fenómeno patrio de la “cultura de la temporalidad”). Ciertamente, la temporalidad excesiva no se puede explicar por la composición sectorial de nuestro país²⁰, lejos de ello, ese abuso deriva de que la contratación de duración determinada jugará un papel evidente para la adaptación de las plantillas, siendo una conclusión consolidada que se utiliza sobre todo para eludir las cargas y tutelas de la relación laboral común²¹.

Por esa razón, y como precisión, debe concluirse que la temporalidad, si bien se predica respecto al momento originario (esto es, para justificar la contratación), lo cierto es que, más acertadamente, sobre lo que opera es en materia de extinción, de ahí lo desacertado del término flexibilidad *de entrada*.

Se podría decir que en el conjunto de supuestos previstos en el art. 15.1 LET lo que está prefijada es, más que la causa de la contratación (temporal), la de la extinción, ya que simultáneamente esa “causa” justifica su lícita celebración y en su caso, la posterior extinción objetiva del contrato (por interés empresarial) -FERRARO, 2008, pp.78 y 79-. Esta es sin duda la gran diferencia con las causas empresariales de extinción (TOPE), ya que éstas, si bien conocidas de manera abstracta por las partes, precisan que acontezcan hechos concretos (desconocidos *a priori*) que permitan tanto su actualización como su concreción y determinación²².

En conclusión, las llamadas causas temporales previstas en el art. 15.1 LET, más que un elemento de flexibilidad *de entrada* es, simplemente o más acertadamente, una vía de flexibilidad de salida o extinción de la relación laboral, y con ello, un importante factor de poder empresarial unilateral (TOHARIA CORTÉS, 2002 / ROMAGNOLI, 2006, p. 1062). Y esta es una apreciación relevante: la extinción del contrato es un tema de poder dentro de la relación laboral (aspecto obviamente esencial en el ámbito contractual). De tal apreciación cabe deducir que las soluciones a la temporalidad basadas en la mera monetización o coste de la indemnización extintiva en términos similares al contrato indefinido olvidarán que hay otras ventajas en la temporalidad -no solo la cuantitativa inmediata- cuyo valor no se quiere perder (BAYLOS GRAU/ PÉREZ REY, 2009, 40, pp. 44-49). Se entiende así que, pese a que *a priori* se nos ha planteado en el debate que la temporalidad es el *precio a pagar* por la falta de mayores dosis de flexibilidad interna y extintiva (de nuevo, CONDE RUIZ/LAHERA FORTEZA, 2021 / DURÁN LÓPEZ, 2021), los datos no corroboren esa conexión tan directa, pues realmente son aspectos (institucionales) los causantes del abuso (BANYULS/RECIO, 2017). Como se puede evidenciar, pese a las

19 Una síntesis de algunos de los principales países, con referencia a la adopción actual o futura de medidas para remediar los importantes problemas de estabilidad y temporalidad que generaron, en AA.VV. (Gómez Abelleira, Coord.), 2014, y CASAS BAAMONDE/GARCÍA QUIÑONES, 2021.

20 CONDE RUIZ/LAHERA FORTEZA, 2021. Quienes además aportan contundentes datos sobre las diferencias de nuestro país, incluso con independencia del nivel formativo de nuestros trabajadores.

21 OJEDA AVILÉS/GORELLI HERNÁNDEZ, 2006, págs. 43 y sgs. Como decimos, tales conclusiones vienen manteniéndose en el tiempo, v.gr., el Informe de la Comisión de Expertos, 2005, págs. 123 y 127; o BENTOLILA/SEGURA/TOHARIA, 1991. En Italia, *vid. Libro Bianco*, 2001, pág. 63.

22 En extenso, sobre la similitud entre los supuestos del art. 15.1 LET y las causas TOPE (arts. 51 y 52.1, a LET), GÓMEZ ABELLEIRA, 2017, págs. 129 y sgs. También, OJEDA AVILÉS/GORELLI HERNÁNDEZ, 2006, págs.184-186, 243-245, 280-281, 337-338 y 263-364.

continuas reformas favorecedoras de mayores dosis de flexibilidad interna y externa (despido), e incluso, de una contratación indefinida *de fomento* y sus mayores facilidades extintivas; la opción por la temporalidad se mantiene inmutable como la prioritaria por parte de las empresas, conclusión que se ve confirmada en la economía postindustrial (ROMAGNOLI, 2006, p. 1062, y 2007, p. 28) y que todo apunta a su mayor expansión -incluso- con el modelo laboral de la *gig economy*.

1.3.2. *La cultura de la temporalidad: un problema estructural y generalizado*

Como se ha reiterado, una de las grandes paradojas de nuestro sistema de relaciones laborales es el hecho de darse una altísima tasa de temporalidad en un marco legal (en apariencia) enormemente restrictivo de los contratos de duración determinada (al menos, en comparación con los de los países de nuestro entorno). Sin embargo, la paradoja se resuelve desde el momento en que se analiza con mayor detalle no solo la amplitud en la redacción de las causas que los justifican -y las limitadas consecuencias previstas frente al abuso o fraude-, sino también el comportamiento y la práctica (favorecida sin duda por esa misma ambigüedad normativa y guiada por la referida *cultura de la temporalidad*), de los agentes jurídicos (tribunales), sociales (negociación colectiva) y económicos (empresarios)²³.

Como venimos de señalar, en la extensión del fenómeno de la temporalidad, además de contar con los referidos intereses cortoplacistas de los empleadores y la ambigüedad del legislador, no podemos desconocer el relevante papel de la negociación colectiva y, particularmente, de nuestros tribunales que han actuado en demasiadas ocasiones obviando el sentido último de la normativa comunitaria y *descausalizando* en gran medida las tipologías temporales estructurales. No se trata tampoco de una conclusión reciente, sino que desde tiempo atrás se han criticado ciertas líneas interpretativas de los tipos legales por ser favorables en exceso a la opción por la temporalidad, de forma que tanto la negociación colectiva como el control judicial han devenido factores esenciales que influyen sobre la eficacia de los (débiles) instrumentos de las políticas de empleo dirigidos a reducir la temporalidad (AGUILERA IZQUIERDO, 2001, p. 110/Informe 2005, pp. 14 y 127)²⁴.

a) *El (mal) papel de la negociación colectiva*²⁵

En nuestro país, sobre todo a partir de la reforma de 1994, junto al trasvase de materias desde la ley a la negociación colectiva en general, observábamos cómo se impulsaban a la vez nuevas funciones para ésta mediante la introducción de reglas de negociación y participación en las medidas de gestión del empleo en la empresa (*v.gr.*, en contratación temporal y formativa, impulso de la indefinida, etc.)²⁶.

Así, encontrábamos llamadas a la intervención convencional para atajar algunos de los principales problemas de nuestro mercado laboral: la segmentación o dualidad laboral y el abuso de la contratación temporal o la excesiva rotación. Y para ello, si bien se limita formalmente su

23 GÓMEZ ABELLEIRA, 2014 (AA.VV.) y 2017, págs. 26 y 27. Particularmente interesantes las reflexiones sobre el tema en OJEDA AVILÉS/GORELLI HERNÁNDEZ, 2006, págs. 28 y sgs. o 43 y sgs.

24 El Alto Tribunal parece entonar un *mea culpa* sobre este tema con la STS de 29/12/2020 (rec. 240/2018).

25 En extenso, COSTA REYES, 2020 (1), págs. 187 y sgs

26 GUAMÁN HERNÁNDEZ, 2016, pág. 930-932.

capacidad creativa de nuevas modalidades, lo cierto es que se reconoce un amplio papel a la negociación colectiva en importantes aspectos de la contratación temporal estructural²⁷.

No obstante, la actuación de la negociación colectiva no ha podido o sabido dar respuesta a las exigencias que desde la norma se le reclamaban, evidenciando también las limitaciones que la misma tiene para poder generalizar los objetivos de empleo marcados en materia de limitación de la temporalidad²⁸, cuando no incurriendo en actuaciones impregnadas de esa *cultura de la temporalidad*²⁹.

En suma, se compadecen mal las proclamas planteadas en la cumbre (AENC I-IV) con una realidad negocial cuyos convenios apenas prestan una atención mínima a la excesiva contratación temporal, a los instrumentos para evitar el abuso (*ú.gr.*, rotación) o al menos, a una ordenación de la misma conforme a la normativa y objetivos de reducción real.

Con todo, estos déficits no deben llevarnos a excluir el papel de la negociación colectiva, sino más bien a corregirlo o incitar su intervención en otro sentido. En esta línea, creemos importante subrayar la necesidad de que la norma fije elementos (como una regulación supletoria) que inciten a dicha intervención negocial, pues sin tal aliciente, es muy difícil que la parte que se encuentra en una posición de poder como la actual se vea interesada en actuar con mayor contundencia o celeridad³⁰.

b) *Los Tribunales y su lectura no conforme del art. 15.1 LET*

La *cultura de la temporalidad* también aparece presente en la doctrina de nuestros tribunales (en concreto, el TS), al punto de que, creemos, la ha favorecido o, cuando menos, no ha facilitado la reducción de la temporalidad (MERCADER UGUINA, 1999, p. 153 / CASAS BAAMONDE, 2017).

En términos puramente jurídicos, en nuestra opinión, la posición del TS al interpretar las causas de temporalidad de art. 15 LET no parece casar bien con la realidad en la que debe ser aplicado tal precepto (art. 3.1 C.Civ.), pues, sigue apoyándose en unas interpretaciones cuyo contexto originario era sustancialmente distinto al de los últimos lustros (en términos de flexibilidad en el núcleo, de modelo económico, de paradigma de la producción, etc.), y que además no responden a la *voluntas legislatoris* que lleva décadas pretendiendo limitar la temporalidad. Pero, sobre todo, en nuestra opinión, tal posición conlleva dos desajustes importantes con la Directiva 1999/70/CE³¹: Uno, porque la misma no parece estar presidida por una clara vocación de *excepcionalidad* de su admisión; y otro, porque desconoce hasta qué punto alguna jurisprudencia genera

27 Sobre los mismos y el alcance de la intervención colectiva en ellos, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, 2010, págs. 16 y sgs. Como complemento, cabe mencionar los tímidos mecanismos reconocidos a la RLT para el control de legalidad de la contratación temporal, en detalle, GÓMEZ ABELLEIRA, 2014 (AA.VV.).

28 Al punto que el legislador tuvo que intervenir para corregir desviaciones convencionales; a modo de ejemplo, *vid.*, NICOLÁS BERNAD, 2017, págs. 28 y sgs., 106 y sgs. y 162 y sgs. (en relación al contrato eventual o a limitar el encadenamiento de contratos temporales, etc.).

29 *Vid.* VALDÉS DAL-RÉ, 2007, págs. 252, SORIANO CORTÉS, 2015 (AA.VV.), págs. 556 y sgs., o VILA TIERNO, 2018, págs. 212 y sgs. o el Informe de la Comisión de Expertos, 2005, pág. 118.

30 COSTA REYES, 2014, especialmente, págs. 17 y 18.

31 En extenso, COSTA REYES, 2010.

ciertas tendencias de reiteración de la contratación temporal que no se ajustan a los objetivos comunitarios de evitar el abuso.

En definitiva, lo que pretendemos subrayar ahora es que, si bien las causas justificativas de la temporalidad ya existían en el ordenamiento español con el art. 15.1 LET antes de la Directiva 1999/70/CE, tras ella, la interpretación de las mismas deberían -además- servir para evitar la reiteración y el abuso, porque de lo contrario (esto es, si no limitan la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o la generalización de la contratación temporal), no parece que estemos ajustándonos a los objetivos (*efecto útil*) de dicha Directiva³².

Lo dicho no desconoce que en los últimos años parece percibirse un cierto cambio de orientación judicial, más restrictiva ahora al interpretar algunas de las causas del art. 15 LET (COSTA REYES, 2021). No obstante, en nuestra opinión, aquella aún se muestra insuficientemente y algo conservadora, porque no rompe de manera clara con la jurisprudencia asentada y, en todo caso, porque carece de una adecuada y firme dogmática; de ahí que tales cambios sean parciales, sujetos a extrañas particularidades y sin una completa visión de sus implicaciones con respecto a la regulación europea.

2. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL CAUSAL: EL ART. 15 LET

Desde nuestro punto de vista, cualquier análisis a las causas de temporalidad, para ser respetuosos con los retos que el problema nos plantea, debe partir no solo de las exigencias y planteamientos comunitarios que nos obligan, sino también de una clara asunción de los principios que debe regir la contratación de duración determinada. Por razones de espacio no podemos adentrarnos con profundidad en ambos aspectos, pero sí estimamos oportuno al menos su mención, al objeto sobre todo y también, de explicar nuestra posterior línea de interpretación de las causas del art. 15.1 LET.

2.1. Breves reflexiones sobre la incidencia de la Directiva 1999/70/ce en la lectura del art. 15.1 LET

Como adelantábamos, no pretendemos un análisis pormenorizado ni exhaustivo de tal Directiva ni de su incidencia en nuestro Derecho interno³³. Más modestamente, lo que queremos es simplemente plantear los elementos generales de la misma a los solo efectos de la posterior explicación sobre la interpretación que defenderemos de las causas del art. 15.1 LET y para justificar nuestra anterior crítica general a nuestra jurisprudencia.

En este sentido, debemos comenzar recordando que “el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el Acuerdo marco parte de la premisa de que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma general de relación laboral (...). Por consiguiente, el recurso a contratos de duración determinada reviste un carácter excepcional en relación con los contratos

32 También, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, 2019 (AA.VV.), págs. 32 y 33. Sobre dicha exigencia, STJUE de 26/01/2012 (C-586/2010), § 27 y 28.

33 Sobre el tema, AA.VV. (Molina Navarrete, Coord.), 2019.

de duración indefinida”, por cuanto que “el beneficio de la estabilidad en el empleo se concibe como un factor importante para la protección de los trabajadores”³⁴.

Junto a ello, no debe desconocerse que, tal y como declara la propia Directiva, su objetivo no es tanto el control general e inicial (de la causa) del contrato de duración determinada, cuanto evitar su abuso, esto es, que el mismo pueda reiterarse (al objeto de limitar la precarización de los trabajadores así empleados)³⁵. Y a tal efecto, se indican dos momentos en los que pueden operar las medidas para evitarlo: primero (aunque no necesariamente), en las propias razones objetivas que justifican el contrato temporal (A.M., CG 7)³⁶; y, segundo (ahora sí de manera exigible), en el caso que se pretenda su renovación o pueda acontecer una sucesión³⁷.

Cabe advertir ahora que, como obligados a dicho cumplimiento de la Directiva son los Estados miembros, es decir y por lo que ahora interesa señalar, no solo el poder político, sino también el judicial³⁸. En consecuencia, una normativa (o su interpretación) que posibilite “de manera general y abstracta la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no se ajustaría a las exigencias”, pues tal normativa, de carácter meramente formal, no permitiría cumplir los objetivos (*efecto útil*) de la Directiva³⁹.

En consecuencia, y por lo que ahora respecta, las limitaciones a la contratación temporal previstas en los ordenamientos nacionales (causas, duración máxima, etc.), deben “interpretarse de conformidad con la finalidad del Acuerdo Marco, de modo que no vacíe de contenido el principio que establece que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma general de relación laboral”⁴⁰. Dicho de manera resumida, no parece acertado (ex principio de eficacia de la Directiva) admitir una interpretación de las causas del art. 15 LET que o bien facilite la temporalidad generalizada en las relaciones laborales existentes en la empresa o sector (poniendo así en cuestión el carácter común de la contratación indefinida), o bien no evite la reiteración o sucesión de tal contrato temporal.

2.2. Principios que rigen la contratación temporal estructural

A los solos efectos de señalar los principios que deben regir los contratos de duración determinada previstos en el art. 15.1 LET, y sin ánimo de entrar en un análisis sobre su significación, se

34 SSTJUE, 10/03/2011 (C-109/2009) §30 y de 22/11/2005 (C-144/2004) §64, y de 25/10/2018 (C-331/2017), §31. La estabilidad en la relación laboral es concebida como un índice de seguridad, el cual es uno de los principales criterios de calidad en el empleo (*vid.*, por contraste, OIT, Informe, 2016.).

35 STJUE de 04/07/2006 (C-212/04), §63.

36 “La exigencia automática de conclusión de contratos de duración indefinida (...) frente a una necesidad recurrente o permanente (...) iría más allá de los objetivos pretendidos por el Acuerdo marco CDD y la Directiva 1999/70 (...)”, STJUE de 26/01/2012 (C-586/2010), §54. No obstante, en algún momento parece cuestionarse la contratación temporal ante una excesiva duración de la misma derivada de la imprevisibilidad de su finalización (pues impugnaría el carácter común de la indefinida), por todas, STJUE 05/06/2018 (C-677/16), §64.

37 Por todas, SSTJUE, de 26/01/2012 (C-586/2010), §36 y 39, de 22/11/2005 (C-144/2004) y de 23/04/2009 (C-378 a C-380/2007).

38 Por todas, SSTJUE, de 07/08/2018 (C-122/17) y de 19/06/2010 (C-555/07)

39 STJUE de 26/01/2012 (C-586/2010), §27 y 28.

40 STJUE de 04/07/2006 (C-212/2004), §73.

indican ahora algunas cuestiones de interés o actualidad sobre los mismos, al objeto de subrayar su significación y, en su caso, su incidencia en la interpretación de tal precepto.

2.2.1. Principio de igualdad

Como sabemos (art.4.4 Directiva y art. 15.6 LET), el principio de igualdad opera plenamente respecto de las condiciones de trabajo que dependen de la duración de la relación laboral (*v.gr.*, económicos, como el complemento de antigüedad o el cambio de nivel retributivo, etc.), por lo que en este caso no caben diferencias, salvo que se establezcan criterios distintos por *razones objetivas* que lo justifiquen⁴¹. De los diversos ejemplos en los que tal principio se ha manifestado, queremos ahora subrayar el relativo a la antigüedad en la empresa del trabajador afectado por una cadena de contratos temporales y a la doctrina de la “*unidad esencial del vínculo*” planteada por el TS⁴². Así, nuestro Alto Tribunal, por un lado, ha ido reformulando su jurisprudencia sobre el complemento de antigüedad, hasta concluir que debe considerarse/computarse todo el tiempo trabajado bajo diversos contratos temporales, con independencia -en principio- de la extensión de la interrupción entre contratos (salvo previsión convencional distinta y dentro de unos límites)⁴³. Frente a ello, por otro lado, ha defendido que aquella doctrina opera de manera distinta a efectos del cálculo de la indemnización extintiva y, en consecuencia, sí tomará en consideración que haya una interrupción *significativa* entre esos contratos temporales para negar la continuidad de la relación laboral (y por tanto el computo conjunto de todos los contratos) -y sin perjuicio de los matices que añade para admitir una mayor amplitud temporal de la interrupción en función, *v.gr.*, de que exista fraude en el contrato temporal a computar en la cadena-⁴⁴.

No compartimos esta diferenciación o al menos, no las limitaciones para generalizar esa mayor amplitud entre interrupciones, y no solo porque algunos de sus apoyos argumentativos suponen una confusión con respecto al sentido dado a tales íterin en relación a algunas cuestiones relativas al abuso *ex* Directiva (sucesión de contratos)⁴⁵, sino porque, una vez más, pierde la oportunidad para reforzar la tutela del trabajador temporal *per se* (y no solo en los casos de fraude).

Por otro lado, también se ha justificado la diferencia de trato en materia de indemnización por extinción sobre la base de que existe una razón objetiva: la previsibilidad y conocimiento *a priori* del tiempo o causa de extinción, es decir, de la menor incertidumbre⁴⁶. Resultado final que

41 Respecto a su configuración y articulación, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, 2019 (AA.VV.), págs. 52 y sgs. Con amplia indicación de pronunciamientos del TJUE; CAMPOS DAROCA, 2017, págs. 79 y sgs.

42 Otros ejemplos: en materia retributiva; STJUE 09/07/2015 (C-177/2014); a los efectos de los procesos de selección, STJUE 12/10/2012 (C-302 a C-305/2011). Y más recientemente, para acceder a una *segunda actividad* en caso de IPT, STS de 03/12/2020 (rec. 87/2019), o sobre el derecho a excedencia voluntaria (STS de 17/06/2020, rec. 1373/2018).

43 SSTS, de 16/05/2012 (rec. 177/2011) y de 21/09/2021 (rec. 45/2020). Se supera así la anterior doctrina que consideraba todo el tiempo trabajado, pero solo si la interrupción entre contratos no era excesiva teniendo en cuenta el conjunto del tiempo al servicio del mismo empresario (por todas, SSTS, de 16/05/2005, rec. 2425/2004, y de 24/10/2005, rec. 3069/2004)

44 Por todas, STS, de 20/12/2020 (rec. 3954/2018).

45 Sobre el tema, LAHERA FORTEZA, 2007.

46 ATS de 25/10/2017 (rec. 3970/2016) en relación a STS de 13/03/2019 (rec. 3970/2016). Se señalaba así que con las SSTJUE de 05/06/2018 (C-574/16 y C-677/16) -reiterada con la STJUE de 21/11/2018 (C- 619/17)- se vendría a corregir el sentido de las SSTJUE de 14/09/2016 (singularmente,

no compartimos o al menos, no de forma absoluta, por las razones que ahora mencionamos brevemente:

Una, en nuestro país la fijación de la indemnización nunca ha respondido al mayor o menor conocimiento del riesgo de ver extinguido el contrato, lejos de ello y como puede evidenciarse en las razones (*volunta legislatoris*) para el establecimiento de la indemnización para los contratos temporales, era simplemente procurar equiparar mejor los costes extintivos entre éstos y los indefinidos, pero no hasta tal punto, entendía, de que pudiera desincentivar la contratación⁴⁷.

De cualquier forma, *dos*, tampoco aquella justificación permitiría explicar en todo caso el diverso nivel de tutela indemnizatorio, ya que en ciertos casos la ocasión de la extinción del contrato temporal viene “envuelta en una intensa incertidumbre, imprevisible de una forma razonablemente segura en el inicio del programa contractual, por ser sobrevenida (...)”, de tal modo que “la objetividad y previsibilidad de la decisión extintiva se diluye, y se vincula más a decisiones de mercado (...) o atinentes al empresario”, creándose así una “situación comparable a la de los trabajadores indefinidos (...)” -MOLINA NAVARRETE, 2016, pp. 34 y 35-.

Y finalmente, *tres*, por lo razonado *supra* sobre la equivalencia entre las causas de temporalidad estructural (extinción) y las previstas para despidos empresariales (TOPE). En efecto, desde la perspectiva del tratamiento de la misma causa de extinción (*u.gr.*, el fin de una contrata, la minoración de demanda, etc.), considero que podría sostenerse una desigualdad no justificada, porque en esos casos se encuentran en una *situación comparable* (Directiva, Cláusula 3.2 AM)⁴⁸.

2.2.2. Principio de estabilidad: la temporalidad como excepción

Fruto de tal principio se mantendrá no solo el carácter *común* de la contratación indefinida (también por la propia Directiva 1999/70/CE, Preámbulo y §6º), sino la *causalización* de la contratación temporal, y en particular, su tipificación legal como norma de derecho necesario (ALONSO OLEA, 1981)⁴⁹. Y como consecuencia derivada se corresponderá una visión

C-596/2014, *Diego Porras* -seguidos, como sabemos, de los asuntos, todos ellos de 2015, C-16 y C-184 y C-197).

47 No está demás subrayar que el razonamiento del Alto Tribunal español más que resolver, conllevará, como no puede ser de otra forma, otro problema: si la indemnización no pretende evitar los abusos en la contratación temporal, a falta de otras medidas efectivas respecto al referido objetivo, nos hallaríamos ante un dato importante de la inadecuada transposición de tal norma comunitaria y, por ende, la posible responsabilidad el Estado. *Vid.* STJUE, de 21/11/2018 (C-619/2017) y STJUE de 19/03/2020 (asuntos C-103/18 y C-429/18). También, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, 2018 (AA.VV.), pág. 229.

48 Apuntándolo también, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, 2019 (AA.VV.), pág. 52. Sobre los pronunciamientos que lo han advertido; MOLINA NAVARRETE, 2016, págs. 52 y sgs (56-57). Sobre la base de la STJUE de 11/04/2019 (C-29/18, C-30/18 y C-44/18), parecen concluir en este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, 2019, y ROJO TORRECILLA/GUTIÉRREZ COLOMINAS, 2019. Negando nuestra posición, STS, de 09/01/2019 (rec. 108/2018). El TJUE también admitiría una diferencia de trato indemnizatorio entre temporales (irregulares) e indefinidos sobre la base de que técnicamente una extinción y un despido no son lo mismo y, por ende, permitirían *a priori* justificar ese distinto tratamiento; STJUE de 12/12/2013 (C-361/12), §48.

49 *Vid.* STS 20/01/2003 (rec. 323/2002). También, MARTÍN BARREIRO, 2016, págs. 33 y sgs.

restrictiva de la opción por la contratación temporal, en cuanto excepción a dicho principio, el cual, por oposición a aquélla, se identificará con el contrato indefinido⁵⁰.

Finalmente, el RDL 32/2021 ha recogido la propuesta que fue objeto de debate en la *Mesa de Diálogo Social*, y que reafirma expresamente tal principio. De hecho, en la propuesta (doc. 17/11/2021) vino a recogerse desde la propia denominación: *Artículo 15. Supuestos excepcionales de contratación de duración determinada. 1.-El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido*

Más allá incluso, y en coherencia con la *dimensión tuteladora o de protección* al que sirve el referido principio de estabilidad, el mismo permitirá explicar otros mecanismos legales que, más allá de reclamar una causa justificativa de la temporalidad (*dimensión conceptual o jurídica*), exijan la contratación indefinida incluso cuando esa causa está presente (MOLINA NAVARRETE, 2016, pp. 34 y sgs). En este sentido, baste recordar que, si bien el encadenamiento de contratos temporales sería válido si lo son cada uno de los que lo integran⁵¹, lo cierto es que será el principal aspecto que pretende evitarse por la Directiva, ya que se entiende que esa sucesión provoca importantes perjuicios a los trabajadores. A tal efecto, el art. 15.5 LET que adquirirán la consideración de fijos los contratados temporalmente cuando concurren los siguientes requisitos⁵²:

– *Temporales*: que sea empleado -directa (incluido el caso de subrogación o transmisión empresarial) o indirectamente (vía ETT)- al menos 24 meses en un periodo de 30, con o sin solución de continuidad.

Desde nuestro punto de vista, tan amplios periodos empleado temporalmente hacen que esta medida pierda efectividad en un contexto, como el español, caracterizado por la escasa duración de la vigencia de los contratos temporales. En definitiva, sería oportuno que el legislador revise esos plazos para ajustarse a nuestra realidad.

– *Funcionales*: que presta sus servicios durante ese tiempo en el mismo o distinto puesto, en la misma empresa o grupo de empresas -o cuando *se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial*⁵³.

50 Sobre el carácter indefinido como regla en la contratación y la temporalidad como excepción a la misma, STS de 06/05/2003 (rec. 2941/2002); reiterado en otras muchas, por ejemplo, STS de 29/12/2020 (rec. 240/2018) y de 15/11/2007 (rec. 3344/2006). Esa relación (regla-excepción) se puede ver también en la carga de la prueba, pues al trabajador se le exige tan solo que aporte indicios de que la actividad en la que es empleado no es temporal, y el empresario deba acreditar el carácter temporal de los servicios, STS, 25/11/2002 (rec. 1038/2002).

51 Por reciente, STS, de 15/01/2020 (rec. 2845/2017).

52 Por expresa previsión legal (DA 3ª LET y DA 3ª Ley 32/2006), se excluye su aplicación en el sector de la construcción respecto del llamado *fijo de obra* (art. 24 CCol. General de la Construcción). Previsión que se ha considerado no ajustada a la Directiva, STJUE, de 24/06/2021 (asunto C-550/19). En este sentido, debe recordarse la exclusión que del art. 15.5 LET hace también la DA 15a LET respecto a las figuras previstas en la LOU 6/2001 y la Ley 14/2011 (CTI), si bien y por lo que respecta a cierto profesorado universitario temporal, se ha admitido su validez cuando concurren de manera estricta los requisitos (*razones objetivas*) que justifican tal reiteración, STJUE de 13/03/2014 (asunto C-190/13) y SSTs de 08 y 16/07/2020, respectivamente, rec. 2288/2018 y 2232/2018 (y jurisprudencia allí citada).

53 En relación al *puesto de trabajo*, y a estos efectos, se optó para identificar si era el mismo -y salvo mayor precisión convencional-, por el criterio funcional (no el locativo), al ser más ajustado a la finalidad del precepto; por todas, SSTs de 03/12/2013 (rec. 816/2013), y de 22/06/2011, rec. 4556/2010).

– *Cuantitativos (encadenamiento)*: que el referido plazo se supere con al menos dos contratos temporales de la misma o distinta modalidad.

A estos efectos (Directiva, Cláusula 5 AM), se considera que puede existir sucesión de contratos también cuando exista *prórroga* de uno ya existente, esto es, aunque formalmente no se celebren nuevos contratos⁵⁴. Del mismo modo, en los casos de prolongación del contrato temporal en los concurra algún elemento *novatorio* distinto, por accesorio que sea, también se considerará que -a estos efectos- existió una sucesión de contratos (COSTA REYES, 2021).

– *Excepciones*. Esta previsión no es aplicable a los contratos formativos, de relevo e interinidad, o cualesquiera temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación o con empresas de inserción cuyo objeto sea parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

El RDL 32/2021 limita el alcance de esta previsión a una de las dos modalidades temporales previstas en el reformado art. 15 LET (los llamados contratos *por circunstancias de la producción*). Dicha redacción es más limitativa que algunas de las propuestas planteadas en la *Mesa de Diálogo Social*, donde para el referido cómputo se tenían en cuenta los contratos temporales con el mismo trabajador, “cualesquiera que sean las razones de su concertación”, sin que la excepción entonces planteada (y pese a su criticable sistemática) alcanzara a la otra modalidad (*por sustitución*).

Pero, por otro lado, junto a esta tutela -parcial- del trabajador, el legislador se remite a la negociación colectiva para que establezca los mecanismos oportunos para prevenir la excesiva rotación de sucesivos trabajadores en un mismo puesto de trabajo (art. 15.5, 3º LET). La realidad, sin embargo, deja mucho que desear y evidencia una grave desatención por parte de los negociadores.

En consecuencia, y atendida la innegable y creciente gravedad del problema (en algunos casos, consecuencia de la práctica empresarial por eludir las medidas frente al encadenamiento antes mencionado), se hace imprescindible que la norma intervenga de manera clara y contundente para evitar este fenómeno, para lo cual se apuntan ciertas propuestas que compartimos⁵⁵. En particular, parece acertado aplicar un régimen (con la precisión apuntada sobre lo excesivo de los plazos) similar al de la sucesión o encadenamiento de contratos temporales con el mismo trabajador (también GÓMEZ ABELLEIRA, 2017, pág. 125).

EL RDL 3/2021, en esta línea, ha terminado incluyendo una previsión expresa para los casos de rotación, en principio equivalente al supuesto de encadenamiento, aunque con dudas. No obstante, en la *Mesa de Diálogo Social* se llegaron a plantear (doc. 17/11/2021) hasta dos previsiones en relación a esta cuestión que finalmente no se han plasmado en la norma: una general, para cualesquiera contratos del art. 15 LET (incluido también el de *por sustitución*), y otra específica para el llamado contrato por circunstancias de la producción ocasionales por naturaleza.

54 STJUE, 11/02/2021 (C-760/2018), particularmente, §39 y sgs.

55 En Portugal se establece como regla la prohibición al empleador de contratos temporales sucesivos para un mismo puesto; CASAS BAAMONDE/GARCÍA QUIÑONES, 2021, pág. 15. Respecto a la prohibición en el caso francés, *ibidem*, págs. 42 y 45.

2.2.3. Principio de causalidad-tipicidad y fraude

Como adelantábamos, solo es posible proceder a la contratación temporal en los supuestos legalmente previstos. En nuestro caso, art. 15.1 LET, los mismos responderán en principio a necesidades objetivas temporales de las empresas.

Pues bien, atendiendo a las consecuencias derivadas del referido principio de estabilidad y el carácter común del contrato indefinido, corresponde una admisión limitad(or)a de los supuestos reconducibles a las causas de temporalidad tasadas en el art. 15 LET, en lógica además con las limitaciones que a estos efectos juega el *principio de tipicidad extintivaprioritaria* respecto de la cláusula abierta del art. 49.1, b) LET⁵⁶. Sobre esta base, es oportuno realizar una importante advertencia sobre el papel de la negociación colectiva en materia de contratación temporal estructural⁵⁷: las previsiones normativas en orden a que los convenios colectivos pueden identificar supuestos o realizar concreciones para que una actividad pueda cubrirse con la modalidad temporal estructural están sujetas al control judicial de su adecuación a las previsiones/tipos legales, en particular, lo relativo a la ampliación de las causas justificativas, las cuales constituyen derecho necesario indisponible por las partes (ex art. 85 LET)⁵⁸. Como efecto de todo lo que llevamos señalado, se entiende que la consecuencia del fraude en la contratación temporal (incluso sobre la base de lo previsto en el convenio de aplicación) conlleve la consideración como indefinida de la relación laboral (art. 15.3 LET) no pudiendo excluirse tal consecuencia (ex art. 3.5 LET), aunque el siguiente contrato temporal se realice correctamente⁵⁹.

Con todo, como después tratamos (apartado 3.2), es criticable el marco jurídico sobre las consecuencias derivadas del fraude en la contratación temporal (estructural), por cuanto que, como allí señalaremos, deviene en un factor que poco o nada aporta a evitar que acontezca, ya que en gran medida termina por no servir de reacción frente a la empresa incumplidora. Volveremos sobre ello.

2.3. Modalidades tipificadas en el art. 15.1 LET. Principales problemáticas

Antes del análisis particular de los supuestos de contratación temporal causal-estructural del art. 15 LET⁶⁰, nos parece oportuno un par reflexiones generales sobre las causas tipificadas y su interpretación por el Tribunal Supremo.

56 Por todas, STS 17/09/2014 (rec. 2069/2013), más recientemente, SSTS 04/04/2019 (rec. 165/2018), y de 24/01/2020 (rec. 148/2019). Sobre el juego del art. 49 LET, PÉREZ REY, 2004 (II), págs. 262 y sgs.

57 Respecto al juego de los convenios empresariales, debe recordarse que, además de las expresas remisiones (la mayoría con un protagonismo subsidiario), podría jugar a su favor la previsión del art. 84.2, e) LET. No obstante, debemos tener en cuenta, por un lado, que la propuesta de reforma que actualmente está planteada en la *Mesa de Diálogo Social* eliminará esa posibilidad y, por otro, que la jurisprudencia sobre este convenio de empresa derogatorio, pues el ámbito del mismo debe ser necesaria la empresa y no los centros de trabajo (SSTS de 22/09/2016, rec. 248/20 y de 09/05/2017, rec. 115/2016).

58 En resumen, reiteramos, la voluntad de las partes (individual o colectiva) no puede desconocer el carácter de derecho necesario de la normativa en materia de contratación temporal. La jurisprudencia es constante y abrumadora en tal sentido, por todas, SSTS 21/09/1993 (rec. 129/1993) o de 07/03/2003 (rec. 36/2002).

59 No obstante, debe tenerse en cuenta a estos efectos la ya criticada diferencia de tratamiento de la doctrina de la *unidad esencial del vínculo* que mantiene el TS. También, SELMA PENALVA, 2017, págs. 40-42.

60 Más allá de tales modalidades, debe de tenerse en cuenta la normativa especial sobre contratación de docentes universitarios (particularmente, profesores asociados y ayudantes doctores). Sobre ellas, señala

Respecto a lo primero, debemos recordar que el grupo de modalidades contractuales que contempla se encuentran presentes, aunque bajo diversas denominaciones, en la práctica totalidad de ordenamientos jurídicos europeos; es más, en muchos ellos se hace sobre la base de causas establecidas de manera más abierta, ambigua y poco concreta, permitiendo -como en nuestro caso-, un amplio margen de flexibilidad en su interpretación. Sin embargo, como ya advertíamos al inicio de este trabajo, ello no les ha implicado tan alto índice de temporalidad y un problema semejante de dualidad, al menos en un momento inicial. Ahora bien, y como también afirmábamos, lo que sí parece evidenciarse en esos países (*u.g.r.* Holanda, Polonia, Italia, Alemania, etc.) -y que viene a corroborar lo concluido respecto al modelo español-, es que las reformas laborales *liberalizadoras* de la temporalidad, que redujeron o eliminaron las exigencias propias del principio de causalidad, favorecieron la “*cultura de la temporalidad*”, la cual se expandió con independencia del mayor grado de flexibilidad en el conjunto del marco laboral⁶¹.

En cuanto a nuestra jurisprudencia, nos parece que viene “*enredándose*” en ciertos aspectos conceptuales (técnicos y normativistas) patrios, sin alcanzar a comprender que el abuso de la temporalidad en los términos de la Directiva 1999/70/CE no debe ser entendido ni necesariamente como equivalente al abuso del derecho *ex art. 7 C.Civ.* ni, en todo caso, como falta de justificación causal (conclusión errada, fruto de una lectura histórica e interna del art. 15.1 LET, pero en todo caso, no necesariamente *conforme* a la Directiva). La idea-fuerza es que el contrato temporal no debe servir para atender a cualesquiera necesidades objetivas y limitadas en el tiempo, sin importar su extensión o forma en la que se manifieste (irregular reiteración, etc.); conclusión tanto más necesaria en una realidad económica como la actual -y futura-, donde impera al límite la llamada *destrucción creativa* en los negocios y por la cual se aceleran los procesos por los que éstos o los proyectos que desarrollan tienen en sí una vida cada vez menor. Por concluir, queremos adelantar que nuestra pretensión -y así lo vamos a manifestar en la exégesis que realizaremos de las causas de temporalidad del art. 15.1 LET-, es plantear que cuando, pese a concurrir una aparente causa de temporalidad, ésta no evite su reiteración o la imprevisibilidad de su finalización y/o una duración inusualmente larga; en tal caso, afirmamos, estaremos ante un dato claro del carácter indefinido que desdibuja la temporalidad⁶².

nuestro Alto Tribunal, “no hay obstáculo legal alguno que impida a la Universidad contratar temporalmente a su profesorado para la realización de estas tareas docentes que forman parte de sus ordinarias y permanentes necesidades, pero teniendo en cuenta que la modalidad de contratación debe ajustarse ineludiblemente a los requisitos y presupuestos que la habilitan en razón de las finalidades legalmente previstas para cada una de ellas” -actividad profesional ajena, asignaturas vinculadas a su actividad profesional, dedicación a tiempo parcial- (SSTS de 08 y 16/07/2020, respectivamente, rec. 2288/2018 y 2232/2018; y jurisprudencia allí citada). En definitiva, en este supuesto se expresa la excepción admitida en la Cláusula 5.1, a Directiva, y por tanto “permite a las universidades renovar sucesivos contratos de duración determinada (...) desde el momento en que tales contratos están justificados por una razón objetiva”; STJUE de 13/03/2014 (asunto C-190/13).

61 KONLE-SEIDL/TRÜBSWETTER, 2011. Respecto a las reformas en Polonia y el incremento desmesurado de la contratación temporal (solo superada por España), RUBEL, 2007, págs. 319 y sgs. En Italia, *vid.* Informe ALDE, 2016.

62 *Vid.* STS 11/04/2018 (rec. 540/2016), FJ 3º.2. Igualmente, STJUE de 05/06/2018 (asunto C-677/16), §64. Al respecto, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, 2018 (AA.VV.), pág. 232.

Dicho de otro modo, y frente al sentir mayoritario del TS (por todas, STS de 19/07/2018, rec. 823/2017), defendemos que “una duración temporal del contrato que no se acomode a lo que resulta habitual puede ser perfectamente legal y estar plenamente fundamentada; sin embargo, cuando esa duración carece de soporte por ser injustificada tendrá como consecuencia que el contrato no pueda ser considerado

2.3.1. Contrato para obra o servicio determinado

a) Causa (productiva). Obra o servicio determinado con autonomía y sustantividad propia

En lógica con lo que aquí pretendemos, vamos a centrar nuestro análisis a los que consideramos *elementos clave* de este contrato, es decir, en aquellos aspectos de su regulación legal que permitirían acotar adecuadamente esta modalidad en aras a evitar su actual expansión⁶³.

Primero, la obra o servicio determinado que justifica este contrato debe responder a necesidades autónomas y no permanentes de la producción. En concreto, debe contener elementos que permitan predicar de ella autonomía o sustantividad propias dentro de la *actividad ordinaria* de la empresa, entendida ésta como la habitual, regular y básica (en términos cualitativos, pero también cuantitativos: volumen o ritmo general). Este aspecto es muy relevante, por cuanto que aporta el marco general -en el cual se emplea al personal indefinido- frente a la que aquélla se explica o define como excepcional (autónoma y distinta de ésta). En otras palabras, solo fuera de tal actividad habitual en la empresa cobra sentido la plantilla temporal y solo su existencia permite que ésta pueda ser parangonada con un trabajador indefinido comparable (*ex* Directiva 1999/70/CE).

Sobre la base de este argumento que excluye la *autonomía y sustantividad propia* exigida por la norma, puede inferirse su incidencia en el tradicional supuesto típico de este contrato: las actividades de construcción. Sin duda, en estos casos, aceptar la posible generalización de esta modalidad contractual para atender a cada una de las obras que desarrolla la empresa supone desconocer que faltaría la actividad empresarial que define el volumen ordinario o habitual (SEMPERE NAVARRO/CARDENAL CARRO, 1999). Sin duda, la reciente doctrina del TS sobre las contratas y concesiones administrativas como causa de este contrato o la STJUE (de 24/06/2021, C-550/19) sobre el *fijo de obra*, refuerzan nuestra conclusión (COSTA REYES, 2021). Y *segunda*, subrayamos ahora que la obra o servicio debe ser de naturaleza temporal (aun cuando la duración sea incierta), esto es, consiste en la ejecución de una determinada actuación limitada *per se* en el tiempo⁶⁴. En consecuencia, la extinción del contrato vendrá marcada -en principio- por la finalización de dicha obra o servicio y no tanto por un plazo preestablecido (pues no estamos ante un contrato *a término*)⁶⁵. De lo afirmado se debería extraer que la obra o

temporal” (Voto particular a la STS de 05/12/2019, rec. 1986/2018), lo que tienen lugar “al convertirse el objeto del contrato en una actividad que, por el extenso periodo de tiempo, necesariamente se ha incorporado al habitual quehacer” (STS de 24/04/2019, rec. 1001/2017 -y otras sentencias allí citadas-)

63 Junto al supuesto del art. 15 LET y el RD 2720/1998, debe traerse a colación otras figuras laborales equivalente, como -por ejemplo- las previstas en la LOU 6/2001 y en la Ley 14/2011 (CIT), porque en ellas se prevén supuestos como los proyectos de investigación que justifican o legitiman la realización de un contrato temporal para obra o servicio determinado. En esta línea, deben tenerse en cuenta las peculiaridades de esta modalidad en algunas relaciones laborales especiales (deportistas profesionales, art. 6 RD 1006/1985, o artistas en espectáculos públicos, art. 5.1 RD 1435/1985).

Con todo, el RDL 32/2021 (DD Única.3) procede a derogar las previsiones que sobre tal contrato por obra o servicio puedan existir también más allá de la LET, como las que acabamos de señalar.

64 Como excepción a lo señalado en el texto -y al necesario uso del contrato fijo discontinuo-, debe destacarse la situación de los profesores de religión católica, cuyo especial régimen jurídico justifica la modalidad temporal frente a la lógica fijeza; en extenso, CARDENAL CARRO, 2007.

65 Lo dicho no implica que todos los trabajadores empleados en una misma obra o servicio deban concluir al finalizar de forma íntegra dicha obra o servicio, sino que es admisible la terminación escalonada,

servicio que justifica este contrato no puede ser una actividad permanente o *eventualmente limitada* (GARRIGUES GIMÉNEZ, 2005, p. 23), sino una que de manera cierta concluya o se consuma en su total realización, pues es ese elemento el que la acota en el tiempo. Adviértase la contradicción de lo afirmado ahora con la jurisprudencia sobre la instrumentalización de este contrato en los procesos de externalización continuada y, en general, con las actividades que permiten su muy dilatada extensión temporal⁶⁶.

En nuestra opinión, el error del legislador fue añadir más confusión, fruto de su tradicional tibieza a la hora de intervenir para limitar la temporalidad, al no prohibir esa instrumentalización y, sin embargo, fijar una vigencia máxima de 3 años (ampliable incluso por la negociación colectiva), cuya duración es a todas luces excesiva en nuestro contexto, incluso si se compara con los ya dilatados plazos del art. 15.5 LET.

b) Supuestos problemáticos

Analizaremos ahora algunos de los supuestos más conflictivos actualmente⁶⁷.

– Contratas y concesiones administrativas: la lenta caída del criterio *funcional*⁶⁸. Es oportuno recordar que una de las principales explicaciones de expansión de la contratación atípica, singularmente la temporal, se vincula con los cambios en la organización de la producción derivados de la economía postindustrial, problema que, salvo que se adopten las medidas oportunas, se acrecentará en la *gig economy*.

En este sentido, es de un interés particularmente relevante la conexión de la modalidad que estamos tratando con la organización productiva empresarial, en particular, en lo relativo a los negocios entre las empresas con los que formaliza una colaboración continuada (externalización y empresa en red), especialmente, vía contratas o concesiones administrativas (lo que llamamos *mercado interno*). Se trata, como puede inferirse, de una cuestión de una enorme repercusión práctica y que ha dado lugar a un importante número de sentencias por parte del TS, siendo la línea impuesta desde finales de los años '90 favorable a que tanto unas como otras sirvan para justificar o legitimar un contrato de obra o servicio determinado por parte del empresario contratista o concesionario. De manera resumida, conforme al criterio *funcional* al que responde tal jurisprudencia, la temporalidad del contrato vendría determinada no porque así lo sea actividad en la que se integra la labor del trabajador, sino por un elemento formal- externo (el negocio jurídico

en función de que vayan concluyendo las concretas tareas en las que participa el trabajador; por todas, STS, de 16/03/2005 (rec. 118/2003).

66 Es interesante, en este sentido, la STJUE de 05/06/2018 (C-677/16, *Montero Mateos*), §64. Al respecto, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, 2018 (AA.VV.), pág. 232.

67 No nos referiremos a los casos en los que tales contratos se vinculan a una subvención y que, como sabemos, frente a un primer momento en el que el TS, aparentemente, lo admitió, finalmente, él mismo de manera expresa lo matizó primero y después precisó de forma importante (¿cambió?) dicha doctrina: la dotación presupuestaria ajena, limitada en el tiempo y variable, no es un elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal. Por todas, SSTS, de 19 y 21/03/2002 (reces. 1251/2001 y 1701/2001), de 25/11/2002 (rec.1038/2002), y de 31/05/2004 (rec. 3882/2003).

68 En extenso, COSTA REYES, A., 2021 y 2010. Igualmente, téngase en cuenta lo aquí tratado por su potencial repercusión respecto a los trabajadores empleados temporalmente en los “enclaves laborales” (ex arts. 5 y 8.5 RD 290/2004), al configurarse éstos como una contrata de obras y servicios.

que articula la externalización), que a la postre implicará que dicha actividad sea temporal para el empresario (contratista) contraparte del contrato⁶⁹.

Es más que lógica la inquietud que provoca tal criterio, por cuanto que puede permitir una abusiva *temporalización* generalizada del empleo y con ello, además, hacer depender (implícitamente) las causas de extinción del contrato de trabajo de las previsiones y cláusulas pactadas en el negocio mercantil o administrativo que sirve de base (esto es, de la voluntad empresarial) -como de hecho ocurrió-. Se entiende así que la admisibilidad de esta modalidad respecto al fenómeno de la descentralización productiva se haya evidenciado como el caso paradigmático del papel judicial en la proliferación de la temporalidad.

No obstante, y quizás por ello, esa línea interpretativa no ha sido clara, coherente y constante. Ciertamente, esos riesgos y una mirada más atenta al contexto normativo y productivo, llevará al TS a ir progresivamente variando las consecuencias de su doctrina (criterio *funcional*), la cual será precisada y matizada, cuando no corregida (con la inseguridad jurídica que ese casuismo conlleva), ante los problemas que ha suscitado su aplicación⁷⁰.

En esta línea de corrección, destacamos ahora algunos de los más recientes pronunciamientos del Alto Tribunal que, en materia de externalización, han negado la existencia de autonomía y sustantividad propia que justifican la temporalidad. Por un lado, en aquellos casos en los que se produce una reiteración y prolongación de la contrata, por cuanto que con ello la actividad que ésta representa termina por diluirse dentro de la actividad habitual de la empleadora⁷¹. Y del mismo modo, por otro lado, en los supuestos de generalización de las contrataciones como actividad propia de la empleadora, ya que, por su normalización, dichos negocios están dentro de su actividad ordinaria⁷².

Si bien estas “matizaciones” y cambios en su inicial posición permiten minimizar en parte los efectos que tal jurisprudencia implica en la expansión del fenómeno de la temporalidad, no son sino el enésimo *muro* para evitar el desplome del criterio judicial que aquí criticamos. Por todo ello, abogamos por el carácter indefinido de los contratos de trabajo realizados al amparo de aquellas contrataciones o concesiones administrativas que forman parte del mercado interno entre empresas y que, por tanto, simplemente formalizan esa colaboración para el desarrollo de una actividad que es permanente en la empresa principal o que es habitual en la contratista. Lo afirmado no niega que puedan existir obras o servicios determinados que, por sus perfiles, tengan la autonomía y sustantividad que justifiquen este contrato temporal, pero tal planteamiento supondría rescatar el originario criterio *sustantivo o físico*, aunque de manera más restrictiva quizás

69 STS de 15/01/1997 (rec. 3827/1995). Con ello el TS cambió el “criterio *físico* en la configuración de la obra o servicio”, por “un criterio *funcional* desde la perspectiva de las necesidades de trabajo de la empresa contratista”; STS 20/11/2000 (rec. 3134/1999).

70 Por ejemplo, negando finalmente que, en caso de renovación de la misma contrata, el empleador pudiera entender extinguidos los contratos de sus empleados afectos a la anterior; *vid.* SSTS de 23/09/2008 (rec. 2126/2007) y de 28/04/2009 (rec. 1419/2008). Por otro lado, considerando la pérdida o disminución de encargos de actividad no como causa de extinción del art. 49.1, c LET, sino como una extinción *ante tempus* por causa productiva (arts 51 o 52, c LET), STS 17/09/2014 (rec. 2069/2013), más recientemente, SSTS 04/04/2019 (rec. 165/2018), y de 24/01/2020 (rec. 148/2019). Igualmente, negando como causa de extinción la mera voluntad del contratista de no continuar con la contrata, *vid.* SSTS de 02/07/2009 (rec. 77/2007) y de 10/06/2008 (rec. 1204/2007).

71 Por todas, SSTS de 19/07/2018 (reces. 823/2017, 824/2017, 972/2017 y 1037/2017).

72 STS de 29/12/2020 (rec. 240/2018).

(excluyendo las contrataciones sobre actividad no ordinaria en las empresas cuya actividad habitual sean tales negocios con terceros).

Por lo que ahora interesa, debe resaltarse que tal conclusión viene a plasmarse en la reforma contenida en el RDL 32/2021 (art. 15.2, últ. párr. y art. 16.1, 2º LET). Pese a las dudas en los documentos iniciales (doc. 30/06/2021 o doc. 11/10/2021), este planteamiento estuvo presente también en los debates desarrollados en la *Mesa de Diálogo Social* (doc. 17/11/2021 y doc. 14/12/2021).

– Pluralidad de obras o servicios y contrato *fijo de obra* Otra importante duda es determinar si es posible que, bajo un mismo contrato temporal como el ahora analizado, pueda el trabajador desempeñar su trabajo en diversas obras o servicios, todas ellas concretadas como causa del mismo. Se trata de una cuestión de enorme relevancia, vista la realidad práctica y convencional que suele acompañar a estos trabajadores (singularmente, en el sector de la construcción)⁷³. En estrecha conexión con ello, pero como supuesto particular y diferenciado, convendría mencionar el llamado *contrato fijo de obra* (art. 24 CCol. General de la Construcción). Como sabemos, se trata en principio de una modalidad creada convencionalmente para adaptar esta modalidad a las peculiaridades del sector de la construcción, pero sin que se alteren, afirmaríamos el TS, las normas de derecho necesario que supone el art. 15.1, a) LET, pues se “trata, simplemente, de evitar las cargas burocráticas que supondría la formalización de sucesivos contratos con un mismo trabajador, para «ajustarse mejor a las necesidades productivas de la empresa, a la vez que facilitar una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores»”⁷⁴. Sin embargo, como sabemos, lo cierto es que tal jurisprudencia terminaría por concluir que se trata de un único contrato (sobre el tema, LUJÁN ALCARÁZ, 2010).

A esta admisión jurisprudencial, la ambigüedad característica del legislador añadió la posibilidad de que esta modalidad pueda excepcionar la vigencia máxima legal prevista y el régimen para evitar la sucesión o encadenamiento abusivo de contratos temporales del art. 15.5 LET, delegando la regulación de todo ello en la negociación colectiva sectorial (DA 3ª LET y DA 3ª Ley 32/2006).

No podemos compartir (ni las consecuencias finales de) esa admisión jurisprudencial ni mucho menos la habilitación legal señalada. Por un lado, y por lo que respecta a los requerimientos causales del art. 15.1.a) LET, esa posibilidad y la previsión convencional, más que especificar particularidades o las tareas que evidencien esa autonomía y sustantividad propias, a lo que está procediendo es a aglutinar artificialmente una pluralidad de obras/servicios (alejándose así incluso de la formulación legal *-determinada*, en singular-). En esencia, por tanto, no es más que una “sucesión de contratos de obra objetivamente independientes”, pero que son considerados como un único contrato por mor de esta actuación de las partes (SEMPERE NAVARRO, 2011, p. 157). Y, por otro lado, aunque muy en conexión con lo anterior, el sentido de la Directiva reclamaría excluir ambas

73 Se ha defendido así que, como la peculiaridad de este contrato temporal reside, no en el objeto, sino en la causa del mismo, se puede concluir que será admisible esa pluralidad de obras o servicios si los mismos quedan suficientemente delimitados y así se recogen expresamente, y si la extinción no queda condicionada a un plazo cierto desligado de las propias obras o servicios que habrán de concluirse (todas), pues siendo la causa temporal, el objeto podrá ser plural. Por todas, STS, de 30/06/2005 (rec. 2426/2004), y jurisprudencia allí citada. En la doctrina, CAMPS RUÍZ, 1998, págs. 26 y sgs.

74 Por todas, STS de 30/06/2005, rec. 2426/2004

posibilidades⁷⁵. Ciertamente, al aceptarse pactar en un único contrato una pluralidad de obras o servicios y excluir incluso el art. 15.5 LET para el caso de sucesivos contratos *fijos de obra* (art. 24.4 CCol. General Construcción), se favorece eludir los objetivos de la norma comunitaria.

Debe recordarse, además, que las implicaciones que finalmente han derivado del *fijo de obra* o de esa concentración de obras o servicios determinados tampoco se ajustarían a las razones por las que se admitió originalmente, a saber, evitar la “formalización de sucesivos contratos” de obra o servicio con un mismo trabajador e indirectamente, “facilitar una mayor estabilidad en el empleo a los trabajadores” (dentro de la temporalidad, claro). En efecto, al concebirse como un único contrato ni se trata ya de un mero recurso formal para evitar multiplicar formalizaciones ni favorece la estabilidad (al limitar que se aplique el art. 15.5 LET)⁷⁶.

El RDL 32/2021 (Artículo segundo) ha terminado plasmando en gran medida las propuestas que sobre esta figura (*fijo de obra*) fueron debatidas en la *Mesa de Diálogo Social*. Así y en esencia, la nueva redacción dada a la DA 3º Ley 32/2006 implicará, ahora sí, el carácter indefinido del trabajador no de estructura y adscrito a obras de empresas del sector de construcción. Y junto a ello, introduce sendas previsiones para el caso de que la obra en la que es empleado finalice (concepto que también aclara la norma⁷⁷): una, reclamando de la empresa que realice al trabajador afectado una *propuesta de recolocación*, previo desarrollo, en su caso y siempre a cargo de la empresa, del proceso de formación o recualificación que sea preciso; y otra, creando una *doble* causa específica de extinción (denominada “por motivos inherentes a la persona trabajadora”)⁷⁸.

75 STJUE, de 24/06/2021 (asunto C-550/19), en la cual además se recuerda que la mera habilitación legal no supone *per se* una de las excepciones previstas frente a la renovación en la Directiva (cláusula 5), pues deben concurrir razones objetivas de esa necesidad auténticamente temporal que precisa reiterarse (lo que no puede aceptarse que acontezca respecto a la actividad objeto del contrato *fijo de obra*, pues se trata de la propia, permanente o habitual de una empresa de construcción); junto a ello, añade, el convenio no fija ninguna medida que evite la sucesión en el contrato fijo de obra, ni tan siquiera un número máximo de renovaciones.

76 Por ello, somos más partidarios de considerar que “la modalidad contractual prevista en el artículo 15.1 a) LET sólo autoriza contratar a su amparo, cuando el objeto lo constituye una sola obra o servicio «determinado», no un conjunto de ellos”; SSTs de 19 y 21/03/2002 (recs. 1251/2001 y 1701/2001).

77 A estos efectos, lo que se entiende por finalización no es sino en gran medida lo que ya se extraía de la doctrina judicial (*v.gr.*, STSJ de Castilla y León/Valladolid, 28/05/2002, rec. 1037/2002).

En consecuencia, a nuestro parecer, no debiera confundirse la finalización de los trabajos propios de la especialidad dentro de la obra para la que fue contratado el trabajador, con que éstos devengan innecesarios a consecuencia de un cambio introducido por la empresa en las técnicas o métodos utilizados para realizar ese trabajo, ya que de ser así no estamos ante finalización por alcanzarse el término, y por tanto, en tal caso, la extinción solo podría justificarse, a lo sumo, por causas objetivas; STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 18/07/2005 (nº 1297). Y del mismo modo, tampoco debe equipararse a la reducción del volumen de la actividad en la que es empleado el trabajador cuando dicha disminución deriva de factores externos a la misma (*v.gr.*, grado o volumen de demanda o aceptación por los clientes o consumidores), porque con ello se priva “desde el inicio la posibilidad de definir la obra o servicio que era objeto del contrato haciendo imprevisible e incontrolable su duración”; STS de 08/11/2010 (rec. 4173/2009), que recuerda que, en estos casos, lo que procede, en su caso, es una extinción por causas objetivas (empresariales). También, STS de 22/12/2011 (rec. 357/2011).

78 Causa que, por otro lado, se considerará situación legal de desempleo a los efectos de dicha prestación (RDL 32/2021, *Artículo tercero. Tres*, que modifica el art. 267.1 LGSS). En su conjunto, esta *reconfiguración* guarda importantes parecidos con el contrato indefinido de “*chantier*” o de “*opératori*” existente

2.3.2. *Eventual por circunstancias de la producción*

Sin duda estamos ante el más claro ejemplo de la tímida apuesta por el principio de causalidad de los años '90, porque en su configuración están los elementos que explican que estadísticamente sea uno de los contratos estrella (y *refugio*) de la temporalidad. Para remediar en algo esta situación legal, los convenios colectivos tenían la posibilidad de jugar un importante papel en la delimitación de los caracteres y requisitos de esta figura (art. 15.1, b, 3º LET), y a darle con ello la dimensión colectiva que le falta (en coherencia con la causa), necesaria como veremos para evitar el abuso (BENAVENTE TORRES, 2020). Sin embargo, los resultados son decepcionantes⁷⁹. En consecuencia, debiera buscar el legislador vías para fortalecer esa dimensión de control colectivo e incitar al menos a que el convenio sectorial fije un porcentaje máximo de tales contratos, entre otras, estableciendo una regulación supletoria mínima o un porcentaje máximo en todo caso, pero en función de diversas escalas de plantilla, y sin perjuicio de que, en este último caso, se prevean situaciones o ítem transitorios (porcentajes, plantilla, etc. -de manera similar al art. 4.4 Ley 32/2006, LCC y Cap. III y DT 2ª RD 1109/2007-).

En esta lógica se estuvo moviendo gran parte de los documentos que se plantearon en la *Mesa de Diálogo Social*, con diversas matizaciones -en función de la plantilla, etc. (vid. docs. 14/10/2021 y de 17/11/2021)-.

a) *Causa (productiva): Circunstancias (extraordinarias) del mercado*

Si el problema delimitador de la obra o servicio determinado se encuentra no tanto en la redacción en sí de la causa, cuanto en la aplicación (extensiva) que los operadores hacen de la misma (criterio *funcional*); en la modalidad que ahora tratamos es indiscutible subrayar que la fórmula legal es evidentemente vaga e imprecisa, al punto de poder afirmarse que la misma equivale a no tipificarla (GÓMEZ ABELLEIRA, 2017, p. 109 y sgs).

Para poder dar alguna pauta interpretativa que, en coherencia con los principios arriba señalados, permita acotar su causa, dos son los *elementos clave* que ahora queremos subrayar: *Primero*, la necesidad eventual de trabajo debería estar motivada por factores externos, productivos (advirtase que la norma habla de circunstancias *del mercado*). No parece pues que la justificación de esa intensificación, acumulación o incremento de tareas se deba a razones *ad intra*, esto es, que afecten a la propia plantilla normal de la empresa (vacaciones, descansos, etc.)⁸⁰. En definitiva, esta modalidad se prevé para afrontar trabajos que, por razones extraordinarias y transitorias de mercado (externas), no pueden ser atendidos con una adecuada plantilla (factor interno) que, por tanto, debería ser suficiente para atender la actividad ordinaria y habitual. Y *segundo*, esa acumulación, incremento o intensificación de la actividad debe ser puntual, episódico y transitorio y, por tanto, terminará por desaparecer definitivamente. En consecuencia, se excluye esta

en Francia para sectores como el de la construcción, CASAS BAAMONDE/GARCÍA QUIÑONES, 2021, pág. 40.

⁷⁹ En referencia al primero de los límites, se ha criticado su escasa previsión en la norma convencional; por todos, PRADOS DE REYES, 2001, págs. 38 y 39; y AGUILERA IZQUIERDO, 2001, pág. 116. Conclusión que también es trasladable al mecanismo de los porcentajes, BENAVENTE TORRES, 2020 (AA.VV.), págs. 181 y 182.

⁸⁰ STS 09/12/2013 (rec. 101/2013).

modalidad cuando se trate de atender a la actividad en la empresa de carácter ordinaria o habitual (en términos cuantitativos), por cuanto que lo identificativo sería lo ocasional, extraordinario y coyuntural de la intensificación en las necesidades de la empresa que no pueden ser atendidas por tanto con la plantilla propia de la actividad habitual⁸¹.

Pese a que algunos pronunciamientos e interpretaciones exigen el carácter *imprevisible* de dichas circunstancias de mercado, lo cierto es que la cuestión no es tanto que no sea posible en ningún caso haber podido conocer o conjeturar anticipadamente las circunstancias de mercado que podrían requerir tal mano de obra añadida⁸², sino que la misma tenga carácter temporal y ocasional y que no responda a factores que se encuentren dentro del círculo rector de la empresa.

La reforma planteada en este caso en el RDL 32/2021 ha confirmado tal extremo, si bien, aun admitiendo la causa de temporalidad en esos casos, establece una mayor limitación (tal circunstancia no podrá general contratos temporales por tiempo superior a 90 días -y no continuados- al año). Recuérdese que, aunque inicialmente no se preveía así (*vid.* doc. 30/06/2021), en los posteriores documentos manejados la *Mesa de Diálogo Social* sí se incluía ya (*v.gr.* doc. 17/11/2021).

Una última precisión. Lo afirmado no pugna con que esta modalidad también está prevista para poner al día los trabajos habituales atrasados. Ahora bien, para evitar un uso abusivo o reiterado en exceso en estos casos, se reclamarán ciertos requisitos añadidos: *a)* que el retraso/acumulación que reclama esa mayor mano de obra sea consecuencia de la decisión organizativa empresarial de emplear a sus trabajadores en unas tareas distintas a las habituales al objeto de aprovechar unas (previas) concretas circunstancias del mercado. Y *b)* que este recurso a la contratación eventual no sea frecuente, sino excepcional/ocasional, porque lo contrario denotaría que la necesidad no es eventual sino permanente y, por tanto, que el requerimiento de nuevo personal es consecuencia no de factores externos, sino de un previo déficit de personal ordinario suficiente.

Siendo esta la regla general, no obstante, cabe matizar que, en ciertos casos, los tribunales han admitido esta modalidad para atender el trabajo ordinaria cuando “por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo”⁸³. Sin embargo, como decimos, dicha admisión es muy excepcional, tanto en la reiteración como en atención a los supuestos y sujetos-empleadores (públicos). Volveremos sobre ello al referirnos a la interinidad.

De cuanto llevamos señalado podemos extraer al menos dos conclusiones. Por un lado, que la existencia de la actividad *extraordinaria* no puede depender del círculo de la empresa ni del riesgo en el mercado que ésta debe asumir (*v.gr.*, lanzamientos, campañas, etc.), pues en estos casos, estamos ante una actividad planificable a la que le faltaría la previa ocasionalidad externa. Y, por otro lado, que dicha actividad no puede tener carácter cíclico o recurrente (con independencia de que se manifieste o no en fechas homogéneas), porque de ser así nos encontraríamos dentro de los niveles ordinarios y habituales (aunque irregulares en algunos casos) de la actividad empresarial. En consecuencia, de acontecer esa reiteración intermitente, el contrato temporal no

81 STS 20/03/2002 (rec. 1676/2001).

82 GARCÍA MURCIA, 2003 (AA.VV.), pág. 218.

83 STS 07/12/2011 (rec. 935/2011). También, SEMPERE NAVARRO, 2013.

estaría justificado y, en cambio, parecería más acertado el fijo-discontinuo (art. 16 LET), ya que en su regulación no se exige necesariamente una regularidad temporal⁸⁴.

En definitiva, es la *ocasionalidad* de la actividad la que determina la vigencia del contrato, mientras que la mera coincidencia en la fecha de reiteración solo afectará a la determinación de la jornada⁸⁵.

En esta línea parece moverse la reforma del art. 16 LET planteada en el RDL 32/2021 (aspecto que estuvo presente siempre en los diversos documentos tratados en la *Mesa de Diálogo Social*).

b) Vigencia y periodo de referencia

Debemos subrayar ahora la difícil delimitación de cuándo una actividad empresarial es habitual u ocasional o cuándo la que inicialmente era excepcional e irregular deviene en ordinaria. Este es, a nuestro parecer y sin duda, el gran problema en esta modalidad, tanto más en un contexto económico de incertidumbre y cambio permanente como el actual. Pues bien, y a falta de otros instrumentos, nuestra jurisprudencia entenderá que “para marcar la frontera entre la necesidad contingente y la permanente, el legislador acude a un factor objetivo, como es el tiempo en que persisten esas circunstancias”, esto es, la propia vigencia (máxima) del contrato y el periodo de referencia en el que puede acontecer o actualizarse la necesidad ocasional que justifica el contrato⁸⁶. Esos tiempos son, en concreto y en principio, un máximo de 6 meses de duración del contrato dentro de un periodo de 12, contados desde que se inició la causa que legitima la contratación eventual. No obstante, el legislador otorgó a los negociadores la facultad para que, vía convenio colectivo estatutario de ámbito sectorial, puedan modificar (“en atención al carácter estacional de la actividad”) no sólo la duración del periodo dentro del cual puede contratarse bajo esta modalidad, sino también cual sea la vigencia máxima de dicho contrato.

En nuestra opinión tanto la propia previsión legal justificadora como, sobre todo, la labor de los negociadores en este tema es cuando menos criticables. Ciertamente, la práctica convencional no solo no cumple con los referidos cometidos que en este sentido debería jugar, sino que, en demasiadas ocasiones incluso, facilita la rotación y admite de manera generalizada la superación -al máximo- de los límites temporales legalmente previstos (vigencia y periodo de referencia), pero no en atención a razones objetivas sectoriales plausibles y coherentes, sino a una mal entendida *flexibilidad* vía contratación temporal⁸⁷.

84 En este sentido, BENAVENTE TORRES/RODRÍGUEZ COPÉ, 2002, págs. 76 y sgs. En contra de lo que planteamos, recordando su clásica doctrina que exige “intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad”; STS de 30/07/2020 (rec. 3898/2017).

85 Con todo, en supuestos de irregularidad temporalmente no homogénea como los advertidos, toma sentido la afirmación de que es “lógico tomar una cierta perspectiva de varios años, para discernir así si una serie de contrataciones formalizadas bajo otras modalidades responden realmente a necesidades de carácter permanente (...)”; por todas, STS, de 25/02/1998 (rec. 2013/1997).

86 STS, 21/04/2004 (rec. 1678/2003). STSJ Islas Canarias/las Palmas, 27/06/2005 (nº 761), con el límite temporal “lo que se quiere es permitir atender circunstancias excepcionales concurrentes en la actividad de la empresa (...), estimándose que la excepcionalidad no se da ya si se mantiene por tiempo superior al año o si, dentro de éste, se precisan los servicios por más de seis meses”.

87 PRADOS DE REYES, 2001, pág. 41; y BALLESTER PASTOR, 2005, pág. 60, y BENAVENTE TORRES, 2020 (AA.VV.), págs. 176 y 177

Por todo lo cual, sería necesaria una intervención normativa más contundente, delimitando de forma más clara esta causa justificativa y, del mismo modo, restringiendo -o excluyendo- las posibilidades que la negociación colectiva tiene para ampliar los plazos legalmente previstos (vigencia y periodo de referencia)⁸⁸.

El RDL 32/2021 vuelve a remitir a negociación sectorial para que amplíe la duración máxima legal (6 meses) del llamado contrato temporal “*por circunstancias de la producción*” (hasta un año). La redacción final parece admitir de forma menos restrictiva esa posibilidad convencional que las propuestas que hasta último momento se presentaron en la *Mesa de Diálogo Social* (v.gr., doc. 14/12/2021), pues en éstas esa ampliación se admitía “*excepcionalmente*”.

En todo caso, y en atención a su actual regulación, analizaremos esos dos elementos temporales que nuestra jurisprudencia utiliza para marcar la referida *frontera* y su relación entre ellos y la propia causa material de temporalidad.

Por lo que respecta al periodo de referencia, debemos recordar que el mismo simplemente delimita el tiempo en que, se presume, una circunstancia de mercado es excepcional/ ocasional. En otras palabras, el legislador considera que la eventualidad de las concretas circunstancias del mercado alegadas se dará, como máximo, durante ese periodo de referencia (contado desde que surgió la causa justificativa alegada), dentro del cual se podrá contratar eventualmente por esa causa. Obsérvese pues que dicho periodo no determina que, en todo caso, durante el mismo, la causa está actualizada, pues su función es acotar un periodo en el que una circunstancia de mercado ocasional puede acontecer. Por tanto, deviene esencial identificar cuándo surgen las circunstancias extraordinarias y ocasionales del mercado (causas), pero el problema es que la norma no da ninguna pauta ni las partes colectivas han sido capaces de hacerlo. Y, en consecuencia, en la práctica y a efectos de evitar abusos, este periodo no aporta realmente nada⁸⁹.

En cuanto a la vigencia del contrato, cabe recordar que, ante la evidente dificultad para el trabajador individual para verificar la concurrencia de la causa alegada por la empresa, el TS buscó otras vías para darle seguridad jurídica, no tanto para que pueda cuestionar la naturaleza temporal de la actividad en la que es empleado durante el contrato (y con ello, reclamar el carácter indefinido del vínculo), sino para evitar que éste sea extinguido en cualquier momento, por cuanto que, visto el carácter difuso de las causas que lo legitiman, quedaría en gran medida a merced de la contraparte- empresario⁹⁰. A tal efecto, y sobre la base de la configuración normativa literal del contrato (arts. 49.1.c) LET y 8.1.b) RD 2720/1998), nuestro Alto Tribunal concluirá que “la causa justifica el recurso a la temporalidad, pero no determina, al menos de forma completa, la duración del contrato”, lo que a la postre implicará configurar a esta modalidad como un contrato *a término*. En definitiva, tal doctrina implica una desconexión entre la causa

88 También LAHERA FORTEZA, 2001, pág. 160 y VILA TIerno, 2018 (AA.VV.), pág. 225.

89 El problema, como se ha subrayado, es que “*la perspectiva prevalentemente individual*” desde la que se observa este contrato lleva a que en la práctica la fecha de inicio del referido periodo no se fije de manera ajena al concreto contrato eventual, sino que termina vinculado al (primero de ellos) que sea celebrado por esa concreta causa; BENAVENTE TORRES, 2020 (AA.VV.), pág. 179.

90 Por todas, STS de 04/02/1999 (rec. 2022/1998). Seguida, entre otras muchas, en SSTs de 17/12/2002 (rec. 66/2001) y de 05/05/2004 (rec. 4063/2003).

que justifica la celebración (o prórroga) del contrato y su vigencia y, en consecuencia, justificará la legalidad de los contratos eventuales cuando al formalizarlos (inicialmente y en cada prórroga) exista causa material (actividad extraordinaria), aunque en un momento posterior, durante su vigencia, no concorra realmente. Y de igual modo, el contrato no podrá extinguirse *ex art. 49 LET* antes de la fecha pactada, por lo que, si la empresa quisiera hacerlo, debería acudir, en su caso, a causas empresariales (TOPE)⁹¹.

Siendo loable la intención que guía esta jurisprudencia, no podemos compartirla, pues el legislador no ha configurado un contrato *a término*, sino más acertadamente, ha exigido un término para delimitar la actividad extraordinaria y evitar el abuso. Por tanto, es imprescindible que los momentos en los que durante su vigencia se produce una disminución de las tareas sean mínimos, escasamente relevantes y absolutamente secundarios respecto a los mayores episodios de incremento de la producción derivados de la actividad extraordinaria y ocasional que reclama ampliar la plantilla, pues de no concurrir ésta y, pese a ello, continuar el trabajador prestando servicios, éstos lo serán sobre la actividad habitual de la empresa y lo lógico sería rechazar el contrato temporal⁹².

El RDL 32/2021, en su nueva redacción del art. 15.1, 2º *in fine* LET parece seguir la idea que planteamos, al exigir que en el contrato se precisen “las circunstancias concretas que la justifiquen y su conexión con la duración prevista” -el subrayado es nuestro-.

En relación con la vigencia máxima del contrato, se plantea otra importante cuestión: la contratación eventual sucesiva por la misma causa; esto es, si tras la extinción de un contrato eventual inicial es posible la celebración de otro contrato con base en la misma circunstancia. El problema es menor cuando nos referimos al mismo trabajador, pues de lo que llevamos explicado hasta ahora la respuesta es clara: no será admisible que el encadenamiento pueda superar la vigencia máxima total establecida⁹³. Pero sin duda, la cuestión de la sucesión de contratos eventuales se complica cuando el trabajador contratado eventualmente no sea el mismo. Ciertamente, en estos casos el control judicial se limita a exigir el límite temporal con cada trabajador individualmente considerado, idea que parece reforzar la remisión del art. 15.5, 3º LET a la negociación colectiva para que establezca medios para prevenir el abuso en la rotación. A nuestro parecer, es absurdo admitir el contrato eventual por la misma causa para el mismo o similar puesto con sucesivos empleados y no con el mismo, pues no solo se perjudica al trabajador concreto que tendrá necesariamente que concluir su relación laboral (pese a que esas mismas funciones van a ser desempeñadas por otro trabajador eventual), sino que, en todo caso, desactiva cualquier intento de control de su uso irregular y favorece la rotación. No debería perderse de vista que, si los límites temporales juegan, en opinión de los

91 ÁLVAREZ DE LA ROSA, 2004, págs. 12 y 13; y AGUILERA IZQUIERDO, 2001, págs. 116 y 117.

92 También, ALFONSO MELLADO, 2002, pág. 194, BURGOS GINER, 2009 (AA.VV.), pág. 63, y BALLESTER PASTOR, 1999 y 2005, pág. 51. Desde sus orígenes, esta jurisprudencia recibió una crítica, también por sus perniciosos efectos, SEMPERE NAVARRO/CARDENAL CARRO, 1999.

93 STS, de 21/04/2004 (rec. 1678/2003). Lo afirmado será de aplicación cuando se produzcan supuestos de subrogación (legal o convencional) o fenómenos de grupos de empresas (PÉREZ REY, 2006, págs. 61 y 62), o incluso concorra la contratación indirecta vía ETT (por todas, STS de 15/11/2007, rec. 3344/2006, y de 17/10/2006, rec. 2426/2005 -que reitera doctrina de 04/02/1999, rec. 2022/1998).

propios tribunales, para preservar que la actividad no es permanente, esa vigencia del contrato debiera ser al menos la máxima para un mismo puesto (entendido como ámbito donde en la empresa opera la movilidad funcional *ex art. 39.1 LET*)⁹⁴. Esta conclusión nos parece más acertada y coherente con la referida función de frontera de la vigencia máxima, de modo que la misma actúe “como límite total y absoluto, tanto para la duración del contrato como para la celebración de otros contratos en razón a las mismas circunstancias, para preservar la naturaleza de la eventualidad”⁹⁵.

Recordemos que el RDL 32/2021 introduce algunas previsiones conectadas con lo señalado: por un lado, la ya señalada garantía frente a la rotación del puesto (art. 15.5, 2º LET); y por otro, la duración máxima para el contrato por circunstancias de la producción ocasional, pero previsible (al fijar 90 días -no continuados- como límite total de tiempo que rige la causa, con independencia de cuantos trabajadores sean contratados por esta causa-submodalidad en ese tiempo).

c) Supuestos problemáticos

- Campañas y trabajos de temporada (agrícolas, rebajas, etc.)

Como fácilmente se entenderá, en estos casos correspondería el contrato fijo discontinuo (art. 16 LET) o el fijo periódico (art. 16.1, 2º LET y art. 12.3, LET), pues en todos ellos se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente en el tiempo, pero reiterada y dotada de una cierta homogeneidad (en cuanto al objeto -actividad-, más que al momento), lo cual evidencia que tales trabajos responden no a necesidades ocasionales, sino habituales y permanentes (aunque no continuadas)⁹⁶. En definitiva y remitiéndonos a lo señalado *supra*, existiendo tal reiteración en el tiempo, lo que corresponde será el referido contrato indefinido⁹⁷.

Tal conclusión viene a plasmarse en la propia reforma del art. 16 LET. Con todo, se recogía con mayor claridad y de forma más expresa en los documentos debatidos en la *Mesa de Diálogo Social* (*vid.*, *v.gr.* doc. 17/11/2021)

94 También, BENAVENTE TORRES, 2020, pág. 179. *Vid.* la propuesta de reforma (doc. 17/11/2021), finalmente, no incluida en el RDL 32/2021, sobre el contrato temporal *por causa productiva ocasional* respecto a la posibilidad de conversión en indefinido de puestos de trabajo que se ocupen rotativamente.

95 STS, 21/04/2004 (rec. 1678/2003). También, STSJ Islas Canarias/las Palmas, 27/06/2005 (nº 761).

96 En estos casos se incluyen las encuestas no excepcionales ni extrañas a las que forman parte de la investigación continua y periódica de la entidad (EIA, EPA, etc.), aunque la misma no acontezca en fechas similares; SSTS, de 05/07/1999 (rec. 2958/1998), de 22/02/2011 (rec. 2498/2010) y de 21/12/2006 (rec. 792/2005). Incluso en el caso de las rebajas, aunque puedan representar perfiles muy variados (al punto de que no es exigible que se oferten) y respondan todas ellas a aumentos de demanda, lo cierto es que son habituales en el sector y reiteradas con periodicidad; STS de 11/04/2006 (rec. 22/2003). Respecto a las tareas agrícolas, STS 26/10/2016 (rec. 3826/2015).

97 Y sin que la negociación colectiva pueda, en ningún caso, exigir requisitos añadidos, ajenos al objeto o actividad, para conllevar la calificación como fijo-discontinuo; SSTS 26/10/2016 (rec. 3826/2015) y de 04/10/2017 (rec. 176/2016).

– Descentralización productiva

De nuevo, en relación con los procesos de descentralización y externalización productiva continuada, nuestro Alto Tribunal admite supuestos de temporalidad, en este caso, sobre la base de un contrato eventual y para atender al mayor volumen de trabajo que, en el inicio de una contrata, puede requerirse para su adecuada puesta en marcha (“hasta la consolidación de la práctica en la ejecución”)⁹⁸.

La cuestión, desde nuestro punto de vista, es de nuevo la desconexión entre la causa de temporalidad y la actividad habitual, lo que acontece ahora también en términos similares a los ya explicados al referirnos al contrato por obra o servicio determinado (a donde nos remitimos). Es decir, si en el general de los casos la actividad objeto de una contrata requiere de un mayor volumen de trabajo al inicio, costaría entender la eventualidad para empresas dedicadas a operar en dicho *mercado interno*, pues ese plus inicial será una necesidad habitual para ellas (aunque no se manifieste de manera continuada durante toda la contrata). En otras palabras, para este tipo de empresas, las contrataciones implican ese mayor trabajo inicial, por lo que éste no es sino parte de su actividad ordinaria.

Consecuentemente, en nuestra opinión, debiera acudirse al contrato fijo discontinuo (art. 16 LET) que, por lo general, al depender de que se concierte una nueva contrata (lo que, bien observado, no deja de ser un mero riesgo empresarial de operar en este mercado interno), no acontecerá en fecha cierta, sino de manera irregular.

El RDL 32/2021 parece plasmar esta conclusión en su reforma de los arts. 15 y 16 LET.

Y en esta línea, por dar coherencia a la interpretación judicial y mantener la previsión convencional dentro de una lógica limitativa (ex art. 15.1, c) últ. párr. LET), debería concluirse que solo será posible la contratación eventual en estos casos si, además, concurre una excesiva acumulación de tareas en dicha fase del proceso de avance de la campaña, por cuanto que ese mayor requerimiento inicial no se presume por la mera previsión convencional⁹⁹. Esta conclusión es además coherente con la idea de que la mera introducción de nuevas líneas de negocio o apertura de nuevos establecimientos no puedan justificar esta causa, pues en ellos faltaría el término de comparación (cuál sea la actividad empresarial ordinaria o habitual) - PÉREZ REY, 2006, pp. 15-17-¹⁰⁰. Pero de admitirse¹⁰¹, en estos casos, la comparativa debería realizarse no con la actividad a desarrollar en cada contrata (la inicial en relación a la finalmente requerida), sino con lo que sucede en otras contrataciones similares que ejecuta la empleadora.

98 Nos referimos a la STS de 12/12/2018 (rec. 151/2017), que legitima la validez de la cláusula convencional que admite la posibilidad, en su caso, de utilizar el contrato eventual en los primeros meses de las campañas que puedan acordar la empresa de *contact center* y la cliente.

99 BENAVENTE TORRES, 2020, págs. 180 y 181, y la propia STS de 12/12/2018 (rec. 151/2017)

100 Dicho autor sostiene la necesidad de acreditar la actividad requerida para la empresa antes y después de tales circunstancias (*ibidem*, págs. 33 y 34). También, BALLESTER PASTOR, 2005, pág. 47.

101 Cuestionando que esas *novedades* no puedan justificar el contrato y, en todo caso, subrayan la complejidad de distinguir con nitidez qué tareas justifican la causa, debido precisamente a la amplitud y vaguedad de los términos legales, en GÓMEZ ABELLEIRA, 2017, pág. 111.

2.3.3. *Contrato de interinidad*

El último de los supuestos contemplados en el art. 15 LET (y RD 2720/1998) responde a razones organizativas: la falta transitoria del personal previsto¹⁰². Por tanto, esa insuficiencia temporal de mano de obra para atender las necesidades empresariales no es consecuencia de variaciones externas (circunstancias del mercado, etc.), sino internas: ausencias del personal existente o falta de cobertura de un puesto ya previsto en la empresa para atender a la actividad habitual.

Antes de entrar en su concreta regulación, debe advertirse que, aunque esta modalidad sea la que menor número o porcentaje de contratos de duración supone (particularmente respecto al sector privado), no menos cierto es que manifiesta una duración temporal media ostensiblemente más corta incluso que los dos anteriores¹⁰³. Y del mismo modo, que la mayor parte de los problemas en términos de temporalidad se vinculan a las AA.PP. (y respecto a la interinidad por vacante).

Una última observación. Como sabemos, esta modalidad estructural no tiene prevista indemnización alguna al extinguirse (art. 49.1, *c* LET). Si quiera brevemente, queremos manifestar que no compartimos tal exclusión, particularmente, respecto a la interinidad por vacante, pues ni siquiera frente al mismo son sostenibles las razones esgrimidas para justificar la excepción en la interinidad por sustitución (*u.gr.*, que el puesto no se elimina y, junto a ello, que el trabajador sustituido, en el general de los casos, seguirá devengando antigüedad también a efectos indemnizatorios por extinción).

a) Causa (organizativa): Sustitución o vacante

– Sustitución

Salvo la expresa previsión para la cobertura de la jornada reducida en ciertos casos (art. 5.2 RD 2720/1998)¹⁰⁴, el elemento definidor de este contrato es, esencialmente, la ausencia de un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo¹⁰⁵. En ambos casos, la vigencia del contrato se extenderá hasta que desaparece tal derecho, y en particular ahora, cuando concluya la mencionada reserva (art. 8.1, *c*) RD 2720/1998), lo que acontece por reincorporación del sustituido o por finalización del plazo para dicho reingreso sin que éste se produzca, o bien, porque se extinga la causa concreta que otorgaba el derecho a la reserva.

¹⁰² Téngase presente, además, la posibilidad de que esta modalidad contractual pueda celebrarse para cubrir la ausencia de autónomos o cooperativistas que cesen temporalmente en su trabajo por alguna de las causas que prevé el art. 48 LET (art. 4.3 RD 2720/1998).

¹⁰³ Los datos, CES, 2021, pág. 347.

¹⁰⁴ Al respecto, RODRÍGUEZ IZQUIERDO, 2002, pág. 36. Tal y como se plasmó en los documentos debatidos en la *Mesa de Diálogo Social* (doc. 17/11/2021), el RDL 32/2021 ha incluido expresamente en el nuevo art. 15.3, 2º LET) el supuesto ya contemplado reglamentariamente, aunque ampliando su alcance a “aquellos otros supuestos en que, de conformidad con lo establecido legal o convencionalmente, se haya acordado una reducción temporal de la jornada del trabajador sustituido”.

¹⁰⁵ Como ha aclarado el TS no es necesario que la reserva del puesto derive de una previa suspensión del contrato del sustituido, pues la norma no lo exige y existen otras posibilidades que así lo permite; por todas, STS, de 26/05/2021 (rec. 2199/2019), en la cual, además, se especifica que las causas que dan lugar a la reserva del puesto son las que puedan establecerse en la ley o por las partes (colectivas o individuales incluso).

PONENCIA GENERAL PRIMERA:
CONTRATOS TEMPORALES CAUSALES. ANÁLISIS
DEL ART. 15 LET PARA UN CONTEXTO DE POSIBLE
(Y NECESARIA) REFORMA

49

Adviértase pues la importancia de los términos en los que la sustitución se contemple en el contrato, porque especificada en él una situación concreta, al concluir la misma, se justifica el cese, aunque el trabajador sustituido pase directamente a una nueva situación de reserva de puesto de trabajo que posibilite otra vez esta modalidad, ya que en ningún caso la empresa estará obligada a cubrir la vacante originada tras el fin de la sustitución¹⁰⁶. En este sentido, y en una lógica inversa, cuando no se menciona la específica causa de la reserva del puesto de trabajo, sino más ampliamente, mientras tal reserva perdure, la desaparición de una de las concretas circunstancias que dan lugar a la misma no permite la extinción del contrato en tanto que el derecho de reserva se mantenga (*v.gr.*, trabajadora en IT que, tras ella, y sin solución de continuidad, es dada de baja por maternidad, etc.)¹⁰⁷.

Si bien finalmente no se ha plasmado en el RDL 32/2021, debe señalarse que en la *Mesa de Diálogo Social* (*v.gr.*, docs. de 14/10/2021 y de 17/11/2021) se barajó que en este supuesto la extinción del contrato se produciría “*exclusivamente por la reincorporación de la persona sustituida*” (incluso, inicialmente -doc. 30/06/2021-, se llegó a señalar que “cuando hayan transcurrido veinticuatro meses sin que se haya producido la reincorporación de la persona sustituida, la contratada con carácter temporal adquirirá la condición de fija”; y a tal efecto, de darse esa reincorporación posterior, preveía la misma como una nueva causa de extinción en el art. 52 LET).

En nuestra opinión, parece acertada la reformulación final, tanto por razones técnico-jurídicas como de oportunidad.

– Vacante

El segundo de los supuestos de interinidad es el previsto para empleo a un trabajador *durante* el proceso de selección o promoción que da lugar a la cobertura de un puesto (sea temporal o indefinidamente)¹⁰⁸. Esta submodalidad de interinidad se extingue con la finalización del proceso de elección/promoción (haya o no cobertura) y, en todo caso (art. 8.1, c) 4º RD 2720/1998), de llegar antes, por el transcurso del plazo máximo previsto.

Adviértase que la vigencia máxima no tiene ninguna incidencia directa en el propio proceso selectivo o de promoción, pues existiendo al momento de la contratación, nada impide que el mismo se haya iniciado con anterioridad al contrato de interinidad y/o que continúe con posterioridad. Y del mismo modo, al no existir en principio obligación de cubrir el puesto (por tanto, salvo previsión en sentido contrario), la extinción del contrato no podrá extenderse más allá de la finalización de tal proceso (haya o no cobertura), pues la causa de temporalidad opera no *por* la cobertura, sino por el desarrollo de dicho proceso (*durante*), por lo que concluido éste, sea cual fuere el resultado, decae la causa¹⁰⁹.

106 Sobre todo ello, *vid.* SSTs de 29/09/2003 (rec. 3539/2002), de 16/05/2005 (rec. 2646/2004) y de 13/05/2008 (rec. 1561/2007).

107 Por todas, STS 10/05/2011 (rec. 2588/2010).

108 RODRÍGUEZ IZQUIERDO, 2002, pág. 40, y RODRÍGUEZ RAMOS, 1996, págs. 40 y 41.

109 Respecto a los puestos reglamentados que exigen la cobertura de la plaza interina (*v.gr.*, AA.PP.), cabe señalar que la extinción no procederá cuando el proceso se declare desierto, por cuanto en estos casos no se alcanza tal término final: la cobertura definitiva (no solo provisionalmente). En todo caso, bastaría la cobertura, aunque el titular no la desempeñe materialmente porque simultáneamente decida solicitar una excedencia. Con todo, habrá que atender muy especialmente no solo a las normas legales y reglamentarias, sino también a las previsiones que en este sentido establezca el convenio de aplicación, que bien puede

En todo caso, parece razonable concluir la ilicitud de un nuevo contrato de interinidad para la cobertura de la misma plaza que justificó uno anterior, porque de lo contrario podría abrirse una peligrosa vía de fraude y abuso (rotación), consistente en la contratación temporal de interinos de forma sucesiva (al no existir, en principio, tal obligación de cobertura). Por tanto, de constatarse esta práctica ilícita, el resultado debiera ser la consideración como despido improcedente del interino que indebidamente vio así extinguido su contrato¹¹⁰.

En otro orden de cosas, cabe recordar que la duración máxima legal (tres meses) admite alguna excepción, en concreto, la expresamente prevista para el caso de las AA.PP. (que se regirá por sus propias normas). Sin embargo, pese a tal excepción *subjetiva*, nuestra jurisprudencia ha extendido tal ampliación del plazo máximo legal a otras empresas en los que sus procesos de selección estén reglados (*u.gr.*, convencionalmente), pues la fijación de aquél “es una garantía frente a los abusos o fraudes”, por lo que, en los casos ahora referidos “la garantía surge de la propia regulación legal o convencional, y el empresario no tiene disponibilidad sobre la aplicación de un proceso reglado”¹¹¹. No compartimos esta conclusión, pues indirectamente está favoreciendo que la negociación colectiva pueda ampliar la duración de esta modalidad, lo que no parece que fuera la voluntad del legislador, como fácilmente se puede deducir, *sensu contrario*, de lo acontecido en las otras modalidades temporales¹¹². Es además dudoso que la solución planteada sea más tuteladora para el colectivo de trabajadores, pues como la experiencia en el sector público evidencia, pueden ser mayores los problemas que la solución.

Por todo lo cual, y en todo caso, la solución de mínimos -teniendo en cuenta además lo acontecido en las AA.PP.- debiera ser que el contrato devenga indefinido, al decaer la justificación de ese exceso por no observarse las reglas y/o plazos convencionalmente previstos que eran los que servían para excepcionar la vigencia máxima¹¹³.

El RDL 32/2021 ha plasmado previsiones en todo lo señalado, así, ha excluido esta última excepción, y fija una vigencia máxima de 3 meses, pero ahora el convenio colectivo solo podrá minorar tal duración. Del mismo modo, excluye la posibilidad de un nuevo contrato para el mismo objeto una vez superada la duración máxima. Finalmente, precisa ahora que esta submodalidad del contrato por sustitución solo pueda tener lugar para la cobertura definitiva “mediante un contrato fijo” (excluyendo, por tanto, su validez cuando el puesto sea temporal).

conllevar causas de extinción distintas a la cobertura definitiva (ex art. 49.1, *b* LET). Sobre todo ello y su evolución, STS, de 19/09/2019 (rec. núm. 217/2018).

110 Así se desprendía, entre otras, de la STS de 14/06/1999 (RJ 6157).

111 Por todas, STS 11/04/2006 (rec. 1394/2005).

112 En definitiva, una vez más, la solución judicial nos remite a esa una lógica flexibilizadora que nos recuerda la ya clásica afirmación de que “ni los requisitos de forma exigidos para válida contratación temporal de trabajadores podían ser valorados como requisitos sustanciales, ni cualquier exigencia temporal podía ser interpretada de forma que impidiera la introducción de matices justificativos de una temporalidad superior a la establecida”; Por todas, STS de 20/06/2000 (rec. 4282/1999).

113 En relación con las AA.PP., sobre el tema, *vid.* STS de 28/06/2021 (rec. 3263/2019), condicionada en gran medida por la doctrina del TJUE, particularmente, STJUE 03/06/2021 (C-726/19). En el empleo público se plantea además otro problema, cual es la cuestión de las OPE y CPE y su conexión con (la extinción de) los contratos de trabajo afectos. Al respecto, *vid.* STS (C-A) de 12/12/2019, rec. 3554/2017).

Más restrictivas eran las propuestas debatidas en la *Mesa de Diálogo Social* sobre esta submodalidad, pues en ellas se planteaba que “*Salvo en el caso del empleo público, en ningún caso el contrato por causa de sustitución permitirá la cobertura de vacantes*” (previsión que solo desapareció en el último momento -doc. 14/12/2021-).

b) Supuestos problemáticos: vacaciones y otras interrupciones periódicas

Conviene hacer algunas observaciones a ciertos supuestos que generan mayores dudas y conflictividad y que posiblemente estén generando los advertidos problemas de rotación y menor duración medida que se detectan en esta modalidad.

En este sentido, se han planteado importantes dudas sobre la admisión de la contratación temporal estructural para las ausencias del trabajador debidas a interrupciones periódicas de la prestación (festivos, vacaciones, etc.). Al respecto, se ha defendido la posible la realización de un contrato eventual o incluso de interinidad¹¹⁴. Descartada esta última opción por el propio TS¹¹⁵, se ha admitido en alguno de esos supuestos, pero de manera muy limitada, la posibilidad de un contrato eventual (al tratarse de una necesidad genérica de trabajo, no la específica de un puesto concreto previsto)¹¹⁶. Como adelantábamos al referirnos a esa modalidad, tal excepción aparece circunscrita al ámbito público (AA.PP. u otros organismos públicos), precisamente por las restricciones a la agilidad en la contratación en el empleo público. No obstante, esta explicación, al igual que ha ocurrido con el plazo de vigencia del contrato de interinidad por vacante, podría permitir su extensión a cualesquiera entidades -públicas o no- que tengan reglamentada las posibilidades de contratación indefinida de manera igualmente “*rígida*”, lo que no parece aceptable sin más.

Sea como fuere, partiendo de aquella consideración (excepcionalidad y -cierta- limitación subjetiva), para su admisión se requiere la concurrencia de otras exigencias adicionales: de un lado, la existencia acreditada de un incremento de las necesidades productivas de la empresa que provoque “una desproporción entre la actividad a realizar y la plantilla de la que se disponía” (lo que no se presume por la mera existencia de interrupciones periódicas)¹¹⁷. Además de ello, de otro, que se trate de una concreta y ocasional situación (circunstancias no previsibles), pues no es posible su recurso continuado para hacer frente a dichas ausencias periódicas, ya que “comportaría admitir una «eventualidad» que se produciría cada año y que por ello obligaría a

114 Sobre esta última, RODRÍGUEZ IZQUIERDO, 2002, pág. 35; con algún matiz, PRADOS DE REYES, 2001, pág. 40.

115 Por todas, SSTS de 12/07/1994 (rec. 121/1994), y de 12/06/2012 (rec. 3375/2011).

116 STS de 07/12/2011 (rec. 935/2011). *Vid.* también, ALFONSO MELLADO, 2002, págs. 191 y 192; y GARCÍA MURCIA, 2003, pág. 221. En todo caso, cuando la existencia de una necesidad de mano de obra no derive de circunstancias externas, del mercado (causas productivas), sino que lo es respecto a tareas correspondientes a una plaza o puesto concreto que, pese a estar previsto, no se encuentra cubierto (pero sí iniciado un proceso para ello), sí podría justificarse un contrato de interinidad por vacante; STS de 07/12/2011 (rec. 935/2011). *Vid.* también, ALFONSO MELLADO, 2002, págs. 191 y 192; y GARCÍA MURCIA, 2003, pág. 221.

117 *Vid.* STS de 12/06/2012 (rec. 3375/2011). También, STS de 05/07/1994 (rec. 83/1994) y de 26/03/2013 (rec. 1415/2012).

contratar anualmente un trabajador por (*un tiempo cierto y ante una misma circunstancia*), lo que mal puede sostenerse¹¹⁸.

Compartimos esta conclusión final ya que “nada de extraordinario resulta el disfrute de los periodos de descanso y vacaciones (...)¹¹⁹, más al contrario, se trata de interrupciones periódicas y previsible (coincidentes incluso en periodos similares), por lo que es claramente cuestionable la reiteración de la contratación temporal (interinidad/eventual) para darles cobertura. En consecuencia y en tal caso, defendemos que el contrato que correspondería es el fijo discontinuo¹²⁰.

El RDL 32/2021 ha incluido expresamente como causa del nuevo contrato temporal por circunstancias de la producción, las oscilaciones que deriven de las vacaciones anuales.

3. ALGUNAS CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

De todo cuanto hemos señalado respecto al papel de la contratación de duración determinada en materia de empleo y flexibilidad podemos extraer que, en un contexto dominado por la denominada “*cultura de la temporalidad*”, es ilusorio pensar en revertir la situación con meros retoques normativos en dirección a favorecer la contratación indefinida o centrados en incidir en otras vías de flexibilidad *en el núcleo*. Más acertadamente, y tras décadas de tales intervenciones, parece obvio que, como vimos *supra*, no sea pensable que así las empresas vayan a renunciar a las cotas de flexibilidad-poder *unilateral* que la temporalidad les permite (CRUZ VILLALÓN, 2015, 26-27).

En consecuencia, creemos que la intervención del legislador en este ámbito debe ser más directa y radical, acorde a la gravedad del problema (TOHARIA CORTÉS, 2002, pp. 137-139)¹²¹. Y en este sentido, abogamos por una mejor y más clara delimitación de los aspectos centrales y sustanciales de tales contratos temporales (causa y contenido), al objeto de hacer real su carácter de excepción a la contratación indefinida. Y también, por la introducción de elementos que no solo equiparen mejor el tratamiento jurídico y de costes de temporales e indefinidos (*v.gr.*, indemnización por extinción, etc.), sino, sobre todo, que hagan especialmente gravosa la contratación temporal en general (*v.gr.*, cotizaciones adicionales, etc.) y la fraudulenta en particular¹²².

118 STS 09/12/2013 (rec. 101/2013) -el subrayado en nuestro-. De especial interés, STS, 10/11/2020 (rec. 2323/2018).

119 STS de 30/10/2019 (rec. 1070/2017).

120 También, BALLESTER PASTOR, 2005, págs. 49 y 54. En contra, SSTSJ de Aragón, de 25/02/2002 (nº 186 y 187), o de Cataluña, de 24/05/2001 (nº 4497).

121 Obviamente, a ello cabría añadir una política de empleo que convenga a los empresarios “de las debilidades subyacentes de una plantilla” como la que implica la alta temporalidad y rotación: desmotivada, sin formación, etc.; OJEDA AVILÉS/GORELLI HERNÁNDEZ, 2006, pág. 33. También, MARTÍN BARREIRO, 2016, págs. 40 y sgs.

122 Algunas ideas, en CASAS BAAMONDE, 2017, y CRUZ VILLALÓN, 2016, págs. 215 y sgs. (en especial, 221 y sgs.). En relación a las cotizaciones, el RDL 32/2021 ha recogido una reforma del art. 151 LGSS algo más acertada, a nuestro parecer, que la que se planteó ante la *Mesa de Diálogo Social* (docs. 05 y 17/11/2021), ya que ésta implicaba un incremento de cotizaciones de los trabajadores temporales solo durante los periodos de baja, lo que implicaba otros riesgos ya constatados de despidos de trabajadores en dicha circunstancia (En extenso, COSTA REYES, 2019-2). Más acertada nos parecería incluso la solución más ambiciosa prevista en Italia; *vid.* CASAS BAAMONDE/GARCÍA QUIÑONES, 2021, pág. 34.

3.1. Reformulación de las causas del art. 15.1 LET

Como hemos pretendido evidenciar a lo largo de nuestro estudio, particularmente visto en comparación con otros países, la formulación de las causas no es ni la única ni la principal causante de las altísimas tasas de temporalidad, pues con tipos más abiertos incluso que los de nuestro país, arrojan cifras menos dramáticas. Ahora bien, también hemos constatado que la regulación de los tipos o causas justificativas sí tienen una importante incidencia en el abuso de la temporalidad, *per se* y porque sobre las mismas actúan los operadores jurídicos y socioeconómicos.

Por tanto, subrayamos, es importante una intervención más contundente y decidida sobre tipos contractuales admitidos, que restrinja y delimite claramente las causas que justifican la contratación de duración determinada, singularmente en nuestro país, atendida la extensión de la *cultura de la temporalidad* en el mismo.

Nuestra posición se aleja pues de planteamientos como los que recientemente rescatan el *contrato único*, ya que no compartimos la idea de que una restricción en la temporalidad deba abrir, una vez más, mayores grados de flexibilidad en el despido TOPE¹²³. De forma más ajustada al contexto comunitario y a nuestra propia tradición, defendemos admitir modalidades de contratación temporal estructural, si bien acotando los supuestos posibles, lo que parece implicar un mayor rigor y precisión en los términos con que aquéllas se expresan (tanto en positivo como en negativo).

El RDL 32/2021, en la redacción dada al art. 15 LET, ha mantenido esta lógica.

Como ya nos hemos referido a los *contratos por sustitución* de persona trabajadora (antes, *por razones organizativas*), por su similitud a los contratos de interinidad, nos vamos a centrar ahora en los temporales por circunstancias de la producción (antes, *por razones productivas*)¹²⁴. Y comenzamos advirtiendo que algunas voces han visto en la regulación propuesta la desaparición material del *contrato temporal por obra o servicio determinado* (art. 15. 1, a LET)¹²⁵. Frente a ello, y en línea con lo propuesto por nuestra parte, creemos que la lectura correcta es excluirlo solo cuando el mismo se vincule a una contrata o concesión administrativa continuada o referida a la actividad habitual (de la principal o de la empleadora), lo que, como sabemos, no pasa de ajustarse a la reciente jurisprudencia sobre esa problemática relación temporalidad-externalización. Lo mismo cabe señalar, como hemos estudiado, respecto trabajos de naturaleza estacional o vinculados a campañas, sobre los cuales ya hemos puesto de manifiesto la doctrina judicial contraria a justificar *per se* la contratación temporal del trabajador en ellas empleado.

123 En extenso, CONDE RUIZ/LAHERA FORTEZA, 2021. Recordemos además que la finalización de la contrata se considera ya una posible causa de extinción, bien con los límites y garantías del art. 51 o 52 LET, por todas, SSTS, de 31/01/2018 (rec. 1990/2016), y de 03/11/2020 (rec. 1521/2018).

En todo caso, es cuando menos *llamativo* los vaivenes en las conclusiones de los estudios económicos sobre la relación entre desempleo y coste-indemnización por extinción del contrato, lo que en definitiva corrobora nuestra conclusión; GIMENO DÍAZ DE ATAURI, 2014, págs. 84 y sgs.

124 La propuesta original y la anterior (doc. 14/10/2021) parecían más restrictiva con esta modalidad.

125 Algo que ya fue planteado por la doctrina, LAHERA FORTEZA, 2001, págs. 157-159.

Como complemento, y en línea con lo que hemos defendido, la propuesta de reforma parece destinar la figura del contrato fijo-discontinuo para dar cobertura a tales supuestos, cuya regulación y configuración se verá afectada para darles cabida expresa. Con todo, esa mayor indefinición del momento en que se actualiza el objeto de la prestación en estos casos (al depender incluso de factores no absolutamente ajenos a la empresa ni al riesgo propio del mercado), abren el riesgo a una “absoluta aleatoriedad de las necesidades a cubrir” y, por tanto, a la “disponibilidad absoluta del trabajador” (BENAVENTE TORRES/RODRÍGUEZ COPÉ, 2002, pp. 82-84). Por tanto, es imprescindible la introducción de elementos que tutelen la situación del trabajador (en concreto, para no ser despedido) cuando concurra causa que justifique su no incorporación/negativa al llamamiento; aspecto en el que la negociación colectiva puede jugar un importante papel y permitir también con ello a la empresa poder disponer de la fuerza de trabajo que precisa, particularmente.

El RDL 32/2021, en la redacción dada al art. 16 LET parece contemplar algo en este sentido, si bien de manera menos concreta que lo recogido en algunas de las propuestas debatidas (*vid.*, *v.g.*, doc. 17/11/2021). Quizás la limitación máxima del tiempo de espera o inactividad (3 meses) y la posterior habilitación para que la empresa decida qué hacer con el trabajador, minoren los riesgos señalados, pero no los eliminan (tanto más por cuanto que la negociación colectiva puede modificar ese tiempo)

3.2. Contratación temporal fraudulenta y medidas disuasorias. La efectividad de las normas laborales.

Además de una doctrina judicial y un marco legal y convencional poco restrictivo con la temporalidad, no debemos olvidar que también es un factor determinante de su excesivo uso “el conjunto de sanciones que se siguen del incumplimiento de la prohibición declarada en el texto, y el alcance y eficacia de los procedimientos de exigencia del cumplimiento de la ley” (GÓMEZ ABELLEIRA, 2014 -AA.VV.-). En este sentido, debemos referirnos a (la ineficacia disuasoria de) algunos los mecanismos actualmente existentes ante actuaciones fraudulentas o abusivas por parte de la empresa:

Primero, las sanciones y otras consecuencias administrativas. Debemos recordar que si bien la LISOS (art. 7.2) tipifica como infracción grave tal fraude y sanciona con multa tal conducta (art. 40.1, b LISOS), lo cierto es que la cuantía es a todas luces ínfima como para disuadir (incluso cuando concurren circunstancias agravantes, art. 39.2 LISOS)¹²⁶. Tampoco la interpretación del art. 149 LRJS ha permitido servir de acicate contra la contratación temporal irregular¹²⁷. En nuestra opinión, un pequeño cambio en este precepto y en la LISOS (en el sentido de que la multa lo sea por cada contrato temporal fraudulento)¹²⁸, supondrían una adecuada medida complementaria para reducir la temporalidad y castigar el abuso y fraude.

¹²⁶ También, GÓMEZ ABELLEIRA, 2014 (AA.VV.). Tal es así que las últimas propuestas gubernamentales del anterior Gobierno iban en la línea de incrementar su cuantía; ver documento “*Apertura del curso del Diálogo Social*” (septiembre de 2017). En esta línea, proponiendo al menos la consideración en todo caso como infracción muy grave; ILLUECA BALLESTER, 2013 (AA.VV.), págs. 284 y 285.

¹²⁷ *Vid.* SSTs de 22/05/2009 (rec. 1620/2008) y de 10/10/2007 (Rec. 3782/2006). En todo caso, la propia redacción del precepto ya evidenció su limitado alcance como vía a luchar contra la temporalidad; al respecto, PÉREZ REY, 2004 (II), págs. 441 y sgs.

¹²⁸ También, CONDE RUIZ/LAHERA FORTEZA, 2021

Si bien no se contemplaba tal actuación en ninguno de los documentos presentados ante la *Mesa de Diálogo Social*, finalmente, el RDL 32/2021 (Artículo Quinto) ha introducido importantes cambios en este sentido en la LISOS.

Y *segundo*, las consecuencias del fraude de ley en la contratación temporal (art. 15.3 LET). Como sabemos, en estos casos se prevé la consideración como indefinido del contrato y, tal y como establece nuestra jurisprudencia, se procedería a aplicar las reglas -y costes- previstas para el despido improcedente. Obsérvese que con esta respuesta, aquella inicial actuación ilícita empresarial (fraude/abuso) no tendrá especial repercusión, ya que esa equiparación entre la extinción del contrato temporal fraudulento y el despido improcedente no implicaría mayores consecuencias para el empresario infractor que si desde el inicio hubiera obrado correctamente (contrato indefinido) y solo en la extinción actúa ilícitamente, de manera que ese doble incumplimiento (fraude en la contratación temporal y extinción ilícita), no tiene una mayor trascendencia, como sería lo razonable.

A esta ineficacia disuasoria ha contribuido muy especialmente, y como efecto reflejo, las reformas flexibilizadoras del despido, porque la reducción de los supuestos de nulidad y de los costes derivados del despido improcedente, pensados en principio para el caso del contrato indefinido, han terminado no solo cuestionando la efectividad del principio de estabilidad, sino muy particularmente, haciendo menos gravosa -o al menos equivalente- la opción por la contratación temporal fraudulenta o abusiva¹²⁹. De todo lo señalado es razonable concluir que deberían explorarse también otras vías con mayor capacidad de incidencia disuasoria. En concreto, y al menos en caso de fraude en la contratación temporal, debería preverse una indemnización adicional como resarcimiento al trabajador por los perjuicios derivados del fraude o el abuso al que se ha visto sometido¹³⁰. En este sentido, no podemos olvidar que ya en el ámbito general de los despidos improcedentes fraudulentos empieza a contemplarse esa posibilidad (*ex art. 30 CDFUE y art. 24 CSE*), precisamente para reforzar el innegable objetivo disuasorio de la indemnización¹³¹.

Igualmente, y de forma adicional a lo anterior, nos parece que debería considerarse la nulidad de la extinción del contrato temporal fraudulento o abusivo (en términos equivalentes a

129 GOERLICH PESET, 2017, pág. 16. También, (Editorial), 2021, págs. 7-8. Es más, la ya observada escasa goerencia de los contratos temporales en nuestro país (unido a la alta rotación y menor salario de los así empleados), hace prácticamente inexistente el interés del trabajador por reclamar su situación (también, GÓMEZ ABELLEIRA, 2017, págs. 114 y 115. Todo lo cual refuerza la idea de que el criterio indemnizatorio utilizado (el correspondiente al despido improcedente, recordemos, fijado sobre la base de la antigüedad), es claramente ineficiente e ineficaz y termina por reforzar la criticada cultura de la temporalidad. Al respecto, *vid.* las reflexiones y datos sobre nuestro país, a colación de la STC italiano 26/09/2018 (Nº 194) y a la decisión del CEDS de 11/02/2020 (reclamación 158/2017), en EDITORIAL, 2021, págs. 10 y sgs.

130 Más matizadamente, GÓMEZ ABELLEIRA, 2017, págs. 112, 113 y 126. CONDE RUIZ/LAHERA FORTEZA, 2021, plantean una indemnización superior a la actual por despido improcedente y recuperar la antigua indemnización de 45 días/año para estos casos de fraude.

131 En extenso, respecto al despido abusivo, MOLINA NAVARRETE, 2021. Algunas salas de Suplicación han admitido esta posibilidad, pero no la han otorgado por no haberse acreditado las excepcionales circunstancias que lo justificarían; *v.gr.* STSJ Cataluña 14/07/2021 (rec. 1811/2021) STSJ Castilla y León/Valladolid 01/03/2021 (rec. 103/2021) y STSJ Navarra de 24/06/2021 (rec. 198/2021). Sobre la jurisprudencia tradicionalmente contraria en nuestro país y sus razones, GORELLI HERNÁNDEZ, 2010, especialmente, págs. 118 y sgs.

lo previsto en los arts. 53.4 y 55.5 LET) o, al menos, el reconocimiento al trabajador temporal de la opción en caso de despido improcedente (derivado del fraude en la contratación temporal).

Dentro de esta línea se movían todos documentos presentados ante la *Mesa de Diálogo Social*, los cuales contemplaron siempre y expresamente la nulidad en los casos de la extinción del contrato temporal en fraude, “*cualquiera que sea la causa alegada para la extinción*”. No obstante, como sabemos, el RDL 32/2021 no ha plasmado esa propuesta de reforma del art. 55 LET.

4. BIBLIOGRAFÍA Y OTROS DOCUMENTOS

AA.VV.

- 1999.- (MONEREO, Dir.) Reforma del marco normativo del mercado de trabajo y fomento de la contratación indefinida: puntos críticos; Comares.
- 2004.- (SEMPERE, Dir./MARTÍN, Coord.), Los contratos de trabajo temporales; Aranzadi.
- 2009.- (GARCÍA, Coord./VICENTE, Coord.) Contratación temporal y medidas de fomento del empleo; Atelier, 2010.- Contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratación en la negociación colectiva; CCNCC-MTIN.
- 2013.- (GUAMÁN, Dir./CORDERO, Coord.) Temporalidad y precariedad del trabajo asalariado: ¿el fin de la estabilidad laboral?; Bomarzo,
- 2014.- (GÓMEZ ABELLEIRA, Coord.), La temporalidad laboral como problema jurídico. Diagnósticos y soluciones; Tirant lo Blanch (TOL4.155.670).
- 2015.- (CRUZ VILLALÓN, Coord.), El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: Causa determinante e instrumento de contención; Tirant lo Blanch (TOL5.537.087).
- 2016.- (MONEREO/FERNÁNDEZ/LÓPEZ, Coord.) Las Políticas Activas de Empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional; Aranzadi.
- 2018.- (GALÁN/CALVO, Dirs.) Pobreza en la ocupación e instrumentos de reacción; Laborum, 2018
- 2018 (II).- (SÁEZ LARA, Coord.) “La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía”; Monografías Temas Laborales-CARL.
- 2019.- (MOLINA NAVARRETE, Coord.) Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; CARL (MTL).
- 2020.- (SÁEZ LARA/NAVARRO NIETO, Coord.) La negociación colectiva ante los retos sociolaborales del Siglo XXI; Bomarzo.

AGUILERA IZQUIERDO, R., “El principio de causalidad en la contratación temporal”, *RM-TAS*, 33/2001

ALDE, Informe “Estabilidad en el empleo y protección del trabajador en caso de despido: el marco jurídico europeo y propuestas de debate para posibles nuevas reformas en España”, 2016

ALFONSO MELLADO, C.L., “Contratación temporal en unificación de doctrina;” *RDS*, 18/2002.,

ALONSO OLEA, M., “Principios generales en la contratación temporal”; AA.VV., La contratación temporal; ACARL, 1981

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “La contratación temporal por circunstancias de la producción: la prueba de la eventualidad”; T.S., nº 167, 2004

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “El impacto de la jurisprudencia del TJUE en el ordenamiento español en materia de contratación temporal: cuestiones no resueltas”; AA.VV. (MOLINA NAVARRETE, Coord.), 2019

ALZAGA RUIZ, I., “La contratación laboral temporal en el Derecho alemán”; en AA.VV. (Gómez Abelleira, Coord.), 2014.

ARAGÓN GÓMEZ C., “Incidencia de la precarización del mercado de trabajo en la seguridad social”; AA.VV. (GÓMEZ ABELLEIRA, Coord.), 2014.

BALLESTER PASTOR, I.

- 1999.- “El contrato eventual por circunstancias de la producción: la necesaria formalización de la causa de la contratación, la naturaleza del contrato como sometido a término cierto y el esfuerzo jurisprudencial por controlar la extensión temporal de la duración máxima operada por vía convencional”; AS, nº 13 (BIB 1999\689).
- 2005.- BALLESTER PASTOR, I., “Avances y defectos en el control del uso fraudulento del contrato eventual por acumulación de tareas. El importante papel del juzgador y el panorama actual tras una incipiente, pero creciente, intervención del regulador convencional: los nuevos retos planteados”; AS, nº 16.

BANYULS/RECIO, “Labour segmentation and precariousness in Spain: theories and evidence”, AA.VV., Making Work More Equal: A New Labour Market Segmentation Approach; Manchester University Press, 2017.

BAYLOS GRAU/PÉREZ DEL REY, El despido o la violencia del poder privado; Trotta, 2009

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.,

- 2018.- “Temporalidad y calidad en el empleo: algunas propuestas de reforma”; AA.VV. (GALÁN/CALVO, Dirs.) Pobreza en la ocupación e instrumentos de reacción; Laborum, 2018
- 2019.- Contrato de obra y servicio vinculado a una contrata: ¿el TJUE abre la puerta a su calificación como indefinido? (casos C-29/18, C-30/18 y C-44/18, Cobra Servicios Auxiliares)”, Blog *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales* (<https://ignasibeltran.com>), abril.

BENAVENTE TORRES, I., “Los contratos temporales de obra o servicio y eventuales en la negociación colectiva”; AA.VV. (SÁEZ LARA/NAVARRO NIETO, Coord.), 2020.

BENAVENTE TORRES/RODRÍGUEZ COPÉ, “Empresas de Trabajo Temporal y contratación indefinida: los periodos de inactividad”; REDTSS-EF, 236/2002 BENTOLILA/SEGURA/TOHARIA, “La contratación temporal en España”; Documentos de Trabajo (Working Paper) CEMFI, 11/1991

BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., “La contratación temporal: el caso anglosajón”, AA.VV. (GÓMEZ ABELLEIRA, Coord.), 2014.

BURGOS GINER, M.A., “El contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción”; AA.VV. (GARCÍA, Coord./VICENTE, Coord.), 2009.

CAMPOS DAROCA, J.M., Empleo público y fraude en la contratación temporal; Wolters Kluwer, 2017

CAMPS RUÍZ, L.M., La contratación laboral temporal; Tirant lo Blanch, 1998

CÁRDENAS/VILLANUEVA, “Flexibilization at the core to reduce labour market dualism: evidence from the spanish case”; British Journal of Industrial Relations, April 2020 (0007-1080)

CASAS BAAMONDE, M.E.,

- 2016.- “La eficacia y la eficiencia del Derecho del Trabajo”; Revista de Administración Pública, nº 47
- 2017.- “La contratación temporal: problemas y soluciones. Un debate necesario”; Derecho de las relaciones laborales, 11/2017 (EDC 2017/512969).

CASAS BAAMONDE/GARCÍA QUIÑONES, “Estudio de síntesis en derecho comparado sobre la contratación temporal y los costes del despido en Europa (Alemania, Reino Unido, Portugal, Italia y Francia)”; UGT-ESTUDIOS, nº 17, 21 de octubre de 2021.

CES, Memoria socioeconómica y laboral de España (año 2019), 2020 / (año 2020), 2021 / (año 2017), 2018

COMISIÓN DE EXPERTOS PARA EL DIÁLOGO SOCIAL, Informe “*Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas*”, 31/01/2005

CONDE RUIZ/LAHERA FORTEZA, “Contra la dualidad laboral”; Fedea Policy Papers, 07/2021 (junio)

COSTA REYES, A.

- 2010.- “Exigencias comunitarias, descentralización productiva y contratación temporal: a propósito de la Jurisprudencia española sobre contratos y contrato de obra o servicio”; RL, nº 1.
- 2014.- “Reforma de la Negociación Colectiva ¿Hacia dónde vamos?”; Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Vol 2, 1/2014
- 2018.- “La precarización del contrato de trabajo como medida de favorecimiento del emprendimiento: el caso del contrato de apoyo a emprendedores y del contrato a tiempo parcial”; RDS, 82, 2018.
- 2018 (AA.VV).- “Impulso al emprendimiento o precarización del trabajo: incidencia (del nuevo objetivo) de las reformas laborales en materia de contratación indefinida y a tiempo parcial”; AA.VV. (GÓMEZ MUÑOZ, Dir.), 2018
- 2019.- “Fomento del empleo en los ‘viernes sociales’. A propósito del RD-Ley 8/2910”, TL, nº 148.
- 2019 (2).- “Extinción del contrato del trabajador con ocasión de su incapacidad laboral: desajustes normativos y jurisprudenciales a la luz de la Directiva 2000/78/CE”; Derecho de las Relaciones Laborales, 9/2019 (EDC 2019/752594).

- 2020 (AA.VV).- “La negociación colectiva y el empleo. Límites y eficacia de las cláusulas de empleo, un problema no resuelto”; AA.VV. (SÁEZ LARA/NAVARRO NIETO, Coord.), 2020
- 2021.-, “Descentralización productiva y contrato temporal de obra o servicio determinado. A propósito de la STS de 29 de diciembre de 2020 (nº 1137, rec. 240/2018)”; Trabajo y Derecho, nº 3

CRUZ VILLALÓN, J.

- 1999 (AA.VV.) “Las reformas de 1997 y 1998 en materia de despido directo por causas económicas y empresariales”, AA.VV. (MONEREO, Dir.), 1999
- 2015 (AA.VV.), “Presentación: Claves de la relación entre negociación colectiva y segmentación laboral”; AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, Coord.), 2015.
- 2016.- “La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual”; Derecho de las Relaciones Laborales, nº 3.

DELGADO CASTAÑEDA, A., “Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la lucha contra el fraude en la contratación temporal: vicisitudes y carencias”; RMESS, 128/2017,

DURAN LÓPEZ, F., “El sacrificio de la contratación temporal en el altar de la rigidez”; Newsletter Laboral; Garrigues, Julio 2021

EDITORIAL, “Despido injustificado e indemnización: marco regular deficiente y reforma necesaria”; RDS 93/2021

ESPIN SÁEZ, M., “Temporalidad, relaciones laborales y recursos humanos: el caso francés”; AA.VV. (GÓMEZ ABELLEIRA, Coord.), 2014.

EUROFOUND, *Mapping youth transitions in Europe*; EU, 2014.

FERRARO, G., “Il contratto a termine rivisitato”; ADL, 3/2008

FINA SANGLAS, L., Mercado de trabajo y políticas de empleo; CES, 2001

GARCÍA MURCIA, J., “Contrato eventual”; AA.VV. (OJEDA AVILÉS, Dir.), Modalidades de contrato de trabajo; Tecnos, 2003

GARRIGUES GIMENEZ, A., “La “descausalización” en la contratación temporal”; TS, 171/2005

GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., El coste del despido; Lex Nova-Thomson Reuters, 2014

GOERLICH PESET, J.M., ¿Es necesario revisar el marco normativo de la contratación temporal?”, SL, 110/2017-II

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.

- 2014 (AA.VV.) “La contratación laboral temporal: balance y perspectivas”; AA.VV. (GÓMEZ ABELLEIRA, Coord.), 2014.
- 2017.- Contratos laborales y temporalidad; Tirant lo Blanch, 2017

GORELLI HERNÁNDEZ, J., El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito; Monografía Temas Laborales-CARL, 2010

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva”; AA.VV. (MONEREO/FERNÁNDEZ/LOPEZ, Coord.), 2016

ILLUECA BALLESTER, H., “La actuación de la Inspección de Trabajo en materia de contratación temporal”; AA.VV. (Guamán, Dir./ Cordero, Coord.), 2013. ITSS, Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021, 2022 y 2023 KONLE-SEIDL/ TRÜBSWETTER, “*Dynamik auf den europäischen Arbeitsmarkten. Sind unsichere Verträge der Preis für mehr Beschäftigung?*”; IAB Kurzbericht, 25/2011

LAHERA FORTEZA, J.

- 2001. - Los contratos temporales en la unificación de doctrina; Wolters Kluwer.
- 2007.- “La definitiva crisis de la jurisprudencia de los 20 días en el encadenamiento de contratos temporales a la luz de la jurisprudencia comunitaria”; RL, nº 6.

LIBRO BIANCO Sul Mercato del Lavoro in Italia. “*Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*”; 2001

LIBRO VERDE, “*Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*” (COM-2006-148 final)

LORENTE/PITXER/SÁNCHEZ, “La lógica de la temporalidad en el mercado laboral español”; AA.VV. (GUAMÁN, Dir./ CORDERO, Coord.), 2013.

LUJÁN ALCARÁZ, J., “El contrato fijo de obra del sector de la construcción en la reforma laboral de 2010”; Revista Doctrinal Aranzadi Social, 12/2010 (BIB 2010\2144). MALO OCAÑA/TOHARIA CORTÉS, Costes de despido y creación de empleo; MTAS, 1999

MARTÍN BARREIRO, M., Los contratos temporales causales; Tirant lo Blanch, 2016

MERCADER UGUINA, J.R., La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

MESA DE DIÁLOGO SOCIAL sobre la *Modernización del Mercado Laboral* (docs. de 30/06/2021, de 14/10/2021, de 17/11/2021 y de 14/12/2021).

MOLINA NAVARRETE, C.

- 2016.- El empleo temporal en el laberinto judicial: desenmarañando el enredo; Sepin.
- 2021.- “La función disuasoria de la indemnización por despido arbitrario: contenido esencial ‘olvidado’ del derecho al trabajo”; RDS, 93/2021. Del mismo autor, “El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada?”; RTSS-CEF, nº 455

MONEREO PÉREZ/FERNÁNDEZ AVILÉS, “Empresa y despido: mecanismos extintivos del contrato de trabajo por necesidades de la empresa”, AA.VV. (MONEREO, Dir.), 1999

PONENCIA GENERAL PRIMERA:
CONTRATOS TEMPORALES CAUSALES. ANÁLISIS
DEL ART. 15 LET PARA UN CONTEXTO DE POSIBLE
(Y NECESARIA) REFORMA

61

MONTOYA MELGAR, A., “Sobre globalización, “flexiguridad” y estabilidad en el empleo”; Aranzadi Social, 6/2008 (BIB 2008\1179).

NICOLÁS BERNAD, J.A., Necesidades productivas y temporalidad laboral; Aranzadi, 2017

OIT, El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas; 2016

OIT, Informe Non-standard employment around the world. Understanding challenges, shaping prospects; 2016, págs. 52 y sgs.

OJEDA AVILÉS/GORELLI HERNÁNDEZ, Los contratos de trabajo temporales; Iustel, 2006

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.P., “Naturaleza jurídica de las normas reguladoras de los supuestos estudiados”; AA.VV., 2010

PÉREZ DEL PRADO, D., “Los efectos de la temporalidad más allá del mercado de trabajo”; AA.VV. (Gómez Abelleira, Coord.), 2014.

PÉREZ REY, J.

- 2006.- El contrato eventual por circunstancias de la producción, Bomarzo.
- 2004 (I) La transformación de la contratación temporal en indefinida; Lex Nova.
- 2004 (II) Estabilidad en el empleo; Trotta.

PRADOS DE REYES, F.J., “Cláusulas de contratación y empleo en la negociación colectiva”; D.L., n° 64, 2001-I

RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R., “La causa del contrato de interinidad”; TS, 144/2002

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Flexiguridad: el debate europeo en curso; en Tres décadas de Relaciones Laborales en España; Universidad de Sevilla, 2015

RODRÍGUEZ RAMOS, P.T., El contrato de interinidad por vacante; Tirant lo Blanch (n° 33), 1996

ROJO TORRECILLA/GUTIÉREZ COLOMINAS, “A vueltas con las diferencias indemnizatorias nacionales en las extinciones de contratos temporales e indefinidos en el marco de una contrata”; Revista de Jurisprudencia Laboral, 2/2019

ROMAGNOLI, U.

- 2006.- “Il diritto del lavoro del ‘900: un’eredità difficile”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile; Giuffrè-Editore, 4/2006
- 2007.- “Y de pronto es ayer: sobre la precariedad de las relaciones laborales”; RDS, 38/2007

ROQUETA BUJ, R., “Presentación”, DL: 110/2017 (vol II) (Monográfico “Los retos en materia de contratación laboral”)

RUBEL, K., “Los contratos de derecho civil como forma de empleo en Polonia. Una flexibilidad ¿para qué seguridad?”; RL, 15/2007

SELMA PENALVA, A., La contratación indefinida en España; Dykinson, S.L., 2017.

SEMPERE NAVARRO, AV.

- 2011.- El contrato de trabajo (Vol. III). Contratos de trabajo temporales; Aranzadi.
- 2013.- “Contratación adecuada para afrontar vacaciones de la plantilla”; AS, n° 4 (BIB 2013/1523).

SEMPERE NAVARRO/CARDENAL CARRO

- 1996.- Los contratos temporales ordinarios en el ordenamiento laboral; La Ley- Actualidad
- 1999.- “La necesaria sujeción del contrato eventual a un término final y la STS de 4 febrero 1999”; AS, n° 5 (BIB 1999\1164).

SERVICIOS DE LA COMISIÓN (documento de trabajo); “Informe sobre España 2020” que acompaña al Documento “Semestre Europeo 2020. Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) n.º 1176/2011” {COM(2020) 150 final}, 26/02/2020; SWD(2020) 508 final.

SORIANO CORTÉS, D., “Principales aspectos del régimen institucional en los que se materializa la segmentación desde el punto de vista jurídico y el papel de la negociación. Negociación colectiva y estabilidad en el empleo”; AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, Coord.), 2015.

TOHARIA CORTÉS, L., “El modelo español de contratación temporal”; TL, 64/2002

TOSCANI GIMENEZ, D., “Algunas propuestas de reforma del derecho del trabajo como punto de partida para el diálogo social” Aranzadi Social, 5/2009 (BIB 2009\664)

VALDÉS DAL-RÉ, F., “Contratación temporal y trabajo a tiempo parcial en España: la normalización jurídica de la precariedad laboral”; Revista Sociedad y utopía, 29/2007

VILA TIERNO, F., “Modalidades de contratación y empleo. Contenidos de la negociación colectiva en el nuevo contexto laboral”; AA.VV. (SÁEZ LARA, Coord.), 2018.

**PONENCIA GENERAL PRIMERA
CONTRATOS FORMATIVOS. PROPUESTAS PARA CONSTRUIR
EL FUTURO A PARTIR DE LOS PROBLEMAS DEL PRESENTE**

MARÍA SALAS PORRAS

Prof. Titular de Universidad Dpto. Dcho. del Trabajo y la Seg. Soc.

Universidad de Málaga

mariasalas@uma.es

1. Introducción
2. Breve referencia a la trayectoria de los contratos con causa formativa
 - 2.1. Contrato de aprendizaje
 - 2.2. Contrato de trabajo en prácticas -para posgraduados-
 - 2.3. Contrato en prácticas -para estudiantes de ciclos superiores de formación profesional y universitarios-: ¿germen de la formación en alternancia?
3. Configuración jurídico-normativa actual y principales cuestiones litigiosas que los circundan
 - 3.1. La existencia de la relación jurídica y de su carácter laboral
 - 3.2. El ámbito subjetivo: requisitos de las partes contratantes
 - 3.3. El deber de formación: modo y contenido
 - 3.4. La duración del contrato
 - 3.5. Salario y condiciones de trabajo
 - 3.6. Presunciones y *onus probandi*
4. Propuestas conclusivas: Atención a la reformulación introducida por la reforma laboral y el necesario desarrollo reglamentario del contrato para la formación en alternancia a nivel universitario
5. Referencias bibliográficas
6. Referencias jurisprudenciales y de doctrina judicial

1. INTRODUCCIÓN

Con el sonido de fondo de una todavía incierta¹ reforma laboral y, en aras de conocer dónde estamos, hacia dónde nos dirigimos y cuál sea la mejor ruta a seguir, sin duda resultan recomendables jornadas de reflexión como esta, dedicada al análisis de la contratación laboral, en las que se abordan, de forma paralela, instituciones jurídicas clave para la buena marcha del mercado de trabajo, tales como la contratación en empleo público, la subcontratación y las modalidades de contratación.

Precisamente con relación a la última de las mencionadas, los contratos formativos juegan un nada desdeñable papel en la medida en que, si han sido lugar común de reformas laborales previas, -en la que estamos inmersos también han sido retocados-, se debe especialmente a que son considerados mecanismos necesarios para robustecer el propio mercado de trabajo desde la triple perspectiva de incrementar la empleabilidad de los trabajadores, mejorar la adaptabilidad formativa a las necesidades de la producción y fomentar el empleo.

Nada nuevo se descubre si subrayamos en estas líneas introductorias que, con mayor o menor visibilidad, cuando el legislador recurre a modificar -rediseñar, incluso- estos concretos tipos contractuales, laten debajo las siempre acuciantes cifras de desempleo y la punzante exigencia social y política de reducir las casi a cualquier precio. De ahí que las alteraciones en el régimen jurídico de estos contratos -y según sobre qué aspectos recaigan estas- provoquen una ruptura en el equilibrio que habría de existir entre las dos finalidades que en ellos se dan encuentro: formar al futuro trabajador para que afronte los desafíos del mercado de trabajo y mermar el número de parados desde los estadios iniciales de la situación de desempleo.

Ese desequilibrio que referimos, cuando se atisba o se produce, despierta una especial preocupación entre juristas y operadores jurídicos -entendidos ambos en el sentido más amplio de la acepción- quienes se afanan por buscar mecanismos que contribuyan a su restablecimiento. Y, en este menester, se circunscribiría el estudio que introducimos, puesto que su finalidad resulta desvelada por el título que lo rubrica: ofrecer propuestas a partir del trayecto que hemos recorrido en materia de contratos formativos.

Tomando como orientación tal meta, quedaría justificada la propia estructura del ensayo, construida sobre tres apartados generales que se destinan, en primer lugar, a recordar la trayectoria habida por esta tipología contractual a lo largo de la historia de la vigencia del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, resulta de obligado cumplimiento por nuestra parte avisar al lector de la brevedad del viaje. Y, ello, como se podrá intuir, debido a las perennes limitaciones de tiempo y espacio con que ha de afrontarse un estudio de este calibre. En segundo lugar, se presenta su configuración jurídico-normativa actual y se ofrece una foto fija de los problemas de que adolecen estos institutos, si bien es menester señalar que, para la selección de tales controversias, hemos utilizado dos filtros. Uno referido a analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo más

¹ Los días en que se elabora este ensayo pende, cual espada de Damocles, otra reforma sobre el sistema de relaciones laborales en España. Aun sin certeza sobre su viabilidad como tal realidad reformadora por los sospechosos errores cometidos en la votación de su convalidación en el Parlamento nacional, a lo largo del texto se realizan apreciaciones sobre la posible nueva configuración jurídico-normativa de estos contratos introducida por el controvertido RD Ley 32/2021, de 28 de diciembre (BOE n° 313, de 30 de diciembre) y cuya entrada en vigor se augura, cuanto menos, compleja.

trascendente al asunto que nos ocupa. Otro, la aplicación del criterio temporal para seleccionar las resoluciones de la doctrina judicial. De este modo la elaboración del segundo apartado, como podrá comprobarse, se asienta en el estudio de sentencias emitidas por la doctrina judicial en los dos últimos años exclusivamente. Con estas mimbres -la sombra de lo que fueron y las dificultades que entrañan lo que son- construimos el tercero de los apartados que configuran el ensayo, destinado, como se ha avanzado, a realizar dos tipos de propuestas para el futuro. Una de ellas, ubicada en la probabilidad, cuenta ya con un diseño legal que, aunque básico, permitiría avanzar con paso relativamente cierto. La otra, sin embargo, la hemos debido asentar únicamente en las conclusiones extraídas de las *litis* analizadas, las orientaciones y presunciones de los operadores jurídicos y la doctrina científica, por lo que habrá de permanecer en la esfera de las posibilidades.

Así planteado el tema de estudio y el esquema de observación que hemos seguido, querríamos alertar de la exclusión conscientemente realizada por nuestra parte de referencias a medidas relacionadas con el fomento de la formación para el empleo -es decir, mecanismos de incentivación para la utilización de los contratos formativos- puesto que, su alusión siquiera, nos habría obligado a sobrepasar en exceso las indicaciones de espacio y tiempo que, lógicamente, ha de respetar una obra de estas características.

2. BREVE REFERENCIA A LA TRAYECTORIA DE LOS CONTRATOS CON CAUSA FORMATIVA

La extrañeza que pudiera originar la reflexión del Prof. Vida Soria en su contribución al Libro Homenaje al Prof. Tomás Sala Franco² bien podría quedar disipada tras la lectura de este primer apartado, en la medida en que, como se verá, se cumple en toda su extensión para el caso de los contratos formativos.

En aquella contribución, afirmaba el Profesor granadino que el Estatuto de los Trabajadores de 1980 “no introdujo ningún modelo laboral nuevo, sino que lo que hizo fue curiosamente consolidar el modelo preexistente y condicionar el siguiente”³. Este asentimiento, decimos, alcanza su plenitud en los contratos formativos puesto que su origen no sólo trae causa del anterior modelo laboral existente en la historia contemporánea de España⁴, sino que, además, las modificaciones acometidas sobre ellos difícilmente han alterado su esencia y su carácter *sui generis*⁵. Al contrario, estas alteraciones suelen afectar a aspectos circunstanciales, los cuales provocan una oscilación temporal y desequilibrada hacia solo una de las dos finalidades que en su seno se dan

2 La obra colectiva está dirigida por el Prof. Goerlich Peset y se titula *Comentario al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje al Profesor Sala Franco*. La concreta contribución del Prof. Vida lleva por título “Vilanos del Estatuto de los Trabajadores (sobre su génesis, significado, evolución y su desaparición)”. Abarca su aportación desde la página 8 a la 14, siendo el mencionado Comentario editado por Tirant lo Blanch en 2016.

3 *Ibidem*, pág. 8.

4 Hacemos esta concreción en la medida en que el Prof. Vila Tierno, en *El contrato para la formación en el trabajo*, Cuadernos Aranzadi Social, Navarra, 2008, pp. 56-79, indica -con acierto a nuestro criterio- que el aprendizaje en la etapa gremial es el claro antecedente de este contrato laboral.

5 Al respecto de la desnaturalización de los contratos formativos se pronuncia la Prof. Quesada Segura en su “Derechos de Formación Profesional y Contratos Formativos” publicado en *Temas Laborales*, núm. 115/2012, pág. 179.

encuentro⁶. Precisamente, los epígrafes que siguen se destinan a presentar - si quiera brevemente y siguiendo un criterio cronológico por considerarse útil a los efectos pretendidos- el diseño originario de los contratos formativos de modo que, regresando al pasado, podamos comparar el presente y reflexionar sobre el futuro.

2.1. Contrato de aprendizaje

La primera vez que en la historia contemporánea de nuestro modelo laboral aparece la referencia a uno de los todavía en vigor contratos con causa formativa fue en 1911, año en que se publica por parte del Ministerio de la Gobernación⁷ la Ley de 17 de julio sobre el contrato de aprendizaje, en cuyo artículo 1º se dispone que “el contrato de aprendizaje es aquel en el que el patrono se obliga a enseñar prácticamente, por sí o por otro, un oficio o industria, a la vez que utiliza el trabajo del que aprende, mediando o no retribución, y por tiempo determinado”.

Tal formulación se preservará en forma idéntica en el artículo 57 del Código de Trabajo de 1926⁸, mientras que el artículo 6º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944⁹, aunque deudora de aquellos dos -la Ley de 1911 y el Código de 1926- introduce una ampliación interesante al respecto del aprendiz al considerarlo trabajador -a los efectos de la norma y el mayor o menor efecto protector que esta desplegara- incluso si eran ellos quienes abonaban alguna cantidad al empleador por aprender en sus instalaciones.

Cierto es que aquellas configuraciones, si comparadas con la actualmente contenida en el artículo 11.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET 2015, en adelante)¹⁰ presentan sustanciales diferencias que, por su elevado número, nos eximiría incluso de enumerarlas aquí; sin embargo, también es defendible que no sólo las obligaciones principales perviven, sino sus caracteres diferenciadores tanto respecto de las otras formulaciones de los contratos con causa formativa, *-id est*, el contrato en prácticas y la formación dual a nivel universitario-, como de su futura reordenación a partir del contrato formativo para la obtención de la práctica profesional y del contrato de formación en alternancia.

Como puede apreciarse, pues, desde su inicial regulación quedaron prefigurados los elementos axiales sobre los que aun en la actualidad pivota este instituto jurídico, los cuales bien pueden identificarse de la siguiente forma: el reconocimiento de la existencia de una relación laboral en su más amplio sentido y de la que habrán de derivarse las consecuencias previstas para esta -a todos los efectos presentes y futuros, por tanto, también, en materia de ordenación de condiciones de trabajo, de Seguridad Social, de prevención de riesgos laborales, de conciliación de la vida laboral y familiar, de garantía de derechos digitales, etc. -, pero de naturaleza *sui generis* puesto que en ella se aúnan no sólo el deber y el derecho a trabajar, sino también el derecho a aprender y el deber a enseñar -los cuales también habrán de ser modulados para satisfacer en justo equilibrio esta segunda finalidad-; la consideración como trabajador a quien no produce exclusivamente, sino que aprende un oficio en la empresa; la existencia del deber de enseñar o

6 Un estudio extenso sobre su naturaleza es el que realiza Pedro Rabanal en *Los Contratos de Trabajo Formativos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002, pp. 11-31.

7 En la Gaceta de Madrid nº 200, de 19 de julio.

8 Publicado en la Gaceta de Madrid nº 244, de 1 de septiembre.

9 Publicada en el BOE nº 55, de 24 de febrero.

10 Publicada en el BOE nº 255, de 24 de octubre de 2015.

de formar que asume el empleador por sí o a través de un tercero y que habrá de ser también objeto de regulación para evitar fraudes; la remuneración que, aunque se le resta importancia en esta configuración inicial, será necesario configurar y, finalmente, la necesaria determinación en el tiempo de su existencia, es decir, su configuración como una relación productiva cuya propia naturaleza exige que sea temporal o de *tracto sucesivo* limitado en el tiempo.

Durante el período más próximo a la transición política, -es decir, la segunda mitad de la década de los años setenta del siglo pasado-, se constata por la más reputada doctrina, como acontece con el Prof. Martín Valverde, que el legislador español “aprovecha para procurar la adaptación del marco legal del mercado laboral a las diferentes circunstancias del empleo existentes en aquellos años”¹¹. Ello justifica que sean coetáneas y consecutivas la Ley 16/1976, de Relaciones Laborales¹², el Decreto-ley 17/1977 de Relaciones de Trabajo¹³ y la Ley del Estatuto de los Trabajadores 8/1980¹⁴. Así, mientras que la primera de las referidas es considerada por este mismo autor como “complemento” o actualización de la Ley de 1944, la segunda permitiría la introducción de la vertiente colectiva en la ordenación jurídico-laboral española, de la cual se hizo eco el propio ET en su versión apenas mentada de los años ochenta.

En lo que respecta a la Ley 16/1976 fue esta la norma que diferenció, por primera vez¹⁵, entre el contrato en prácticas, regulado en el artículo 8 y el de para la formación, heredero del de aprendizaje y transcrito en el artículo 7, siendo esta distinción la que se incorporaría *aposteriori* en la primera de las versiones del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, resulta interesante señalar cómo la Ley de 1976 al deslindar ambos tipos no sólo se apoyó en la configuración preexistente del contrato de aprendizaje, sino que también condicionó de forma absoluta la denominación de ambos institutos jurídicos y su devenir. Así, con referencia al contrato para la formación -antes de aprendizaje, un término este que tornará a definir el contrato si bien rubricando una realidad ciertamente distinta-, tomando como punto de partida los elementos antes referidos, se concretaron los siguientes aspectos. De una parte y, respecto al ámbito subjetivo, la inclusión del contrato en la sección destinada al “trabajo de los menores” determinó el colectivo al que, a partir de entonces, iría destinada esta tipología contractual, *id est*, jóvenes en sus momentos iniciales de acceso al mercado de trabajo. Siendo esta una dinámica que se ha preservado hasta alcanzar la versión contenida en el artículo 11.2.a) ET de 2015, y también en la prevista por el RD Ley 32/2021. Aquella de 1976 excluía a los mayores de edad de los contratos de formación en el trabajo, un aspecto este que, sin embargo, no ha sido respetado por las posteriores ediciones del contrato que, en aras de incorporar a un grupo más numeroso de posibles destinatarios, ha sido ampliada hasta agrupar a ciudadanos con veinticinco años o más, cuando se concierta con personas con diversidad funcional e, incluso, en la versión actual del RD 32/2021, sin límite de edad¹⁶. En segundo lugar, en cuanto a los aspectos formales, quedó fijada la exigencia de la forma escrita -que pervive en la actualidad-. En tercer lugar, respecto a

11 Nos referimos a su reciente trabajo intitulado *Derecho del Trabajo y Mercado de Trabajo. Evolución y Reforma del Ordenamiento Laboral (1976-2019)*, Tecnos, Madrid, 2020, pág. 259.

12 Publicada en el BOE n° 96, de 21 de abril.

13 Publicado en el BOE n° 58, de 9 de marzo.

14 Publicado en el BOE n° 64, de 14 de marzo.

15 Esta conclusión no es nuestra, sino del Prof. Antonio Martín en su *Derecho del Trabajo y Mercado de Trabajo...op.cit.*, pág. 234.

16 Exclusivamente para quienes estén en posesión de un certificado de profesionalidad, se establece el límite de edad de 30 años para acceder al reformulado contrato de formación en alternancia -ex art. 1 RD 32/2021-.

la obligación de enseñar asumida por el empleador se introdujeron tanto la obligada garantía de adecuación de la formación recibida con el puesto de trabajo de referencia -también existente para las versiones actuales-, como la necesaria compatibilidad con la asistencia a cursos que permitieran recibir formación teórica -en idénticos términos al artículo 11.1 ET 2015-. La anteriormente mencionada naturaleza temporal del contrato -solo intuía en 1911- quedó definida también en 1976 al establecerse en tres años su duración máxima -un límite este rebajado a dos años en la reciente versión del contrato formativo *ex* RD Ley 32/2021-.

Respecto a las condiciones de trabajo sólo dos estipulaciones se contienen en esta norma de 1976. Una relativa a la obligatoriedad de contar con una jornada reducida para, así, ceder tiempo a favor de la formación. En este sentido el legislador de entonces remite a una decisión del Ministerio de Trabajo su exacta determinación, aunque fija para toda la duración del contrato una cifra máxima que no puede superarse. Una concreción rígida esta que contrasta frente a los porcentajes progresivos que hasta ahora existían y que en la nueva versión ofrecida por el RD Ley 32/2021 quedan establecidos en el 65% y e 85% para el primer y segundo año de contrato respectivamente. La otra estipulación alude a, como sucede de forma idéntica en la actualidad, la exclusión de los menores en formación del trabajo nocturno, insalubre, penoso, así como de la realización de horas extraordinarias -*ex* art. 6.2 y 6.3 Ley 16/76-. Para finalizar y con referencia al salario -cuya presencia definitivamente se reconoce necesaria para la existencia efectiva de la relación jurídicamente considerada como laboral- se indicaba que “no sería inferior al SMI cuando el titular tenga cumplidos los dieciocho años”. De modo que se dejaba al albur de un posterior desarrollo reglamentario su cuantificación, mientras que en la actualidad se prevé su cálculo en proporción al tiempo de trabajo efectivo y con relación a un trabajo de igual valor o equivalente.

Cierto es que el artículo 11.2 del ET -en su versión de 2015- contiene elementos de protección de mayor calado y amplitud que las parcas previsiones apenas referidas respecto de la Ley de 1976 como acontece, *v.gr.* con la fijación de la acción protectora de la Seguridad Social, el control de los centros que pueden ofertar la formación teórica o, el veto a la reiteración de este tipo de contratos cuando se trate de la misma actividad o contenido formativos. Sin embargo, no podemos dejar de destacar esos dos rasgos que defendemos en este apartado referidos tanto a la perduración hoy de la senda marcada entonces -y que vendría a dar la razón al Prof. Vida cuando subrayaba que no existe un modelo nuevo de relaciones laborales, sino una adaptación de aquel a las exigencias del mercado cambiante- como a la ampliación subjetiva de estos contratos.

A este respecto y como han subrayado numerosos autores a lo largo de los años de pervivencia de este tipo de contrato¹⁷ el alargamiento del ámbito subjetivo responde a dos finalidades claras,

17 Como botón de muestra citamos aquí al Prof. Albiol Montesinos, *Contratos Formativos: prácticas y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; al Prof. Jaime Cabeza: “Sobre los contratos formativos a la vista de la reforma de 2010”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 24, 2011, pp. 1-20, al Prof. García Viña: “La formación profesional dual en España como mecanismo de creación de empleo para los jóvenes”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 443, 2020, pp. 23-63, a la Prof. Guamán Hernández: “Contrato para la formación y el aprendizaje” en Goerlich Peset, José María (coord.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 228-233; a los Profesores María de los Reyes Martínez y Diego Megino, en su *La formación en un mercado laboral tecnificado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021 y, finalmente a Josep Moreno Gené: “El Contrato para la Formación y el Aprendizaje: Un Nuevo Intento de Fomento del Empleo Juvenil mediante la Cualificación Profesional de los Jóvenes en Régimen de Alternancia”, *Temas Laborales*, núm. 116/2012, pp. 35-87.

pero inextricablemente unidas, a saber: reducir las cifras de desempleo e integrar socio-laboralmente al colectivo de jóvenes, siendo este un grupo social cuyas delimitaciones conceptuales han sufrido -y sufren continuamente- revisiones en cuanto que la categoría de juventud -desde la perspectiva sociológica- ha dejado de asumir un carácter individual para ser analizado como fenómeno social¹⁸. Así, y en lógica correlación con el carácter abierto o modificable de las edades del individuo en que puede ser considerado joven, puede observarse una continua expansión del ámbito subjetivo de los contratos con causa formativa -siendo ejemplo de tal inestabilidad conceptual el que las políticas de fomento de empleo y de fomento de la formación para el empleo, como acontece con la Garantía Juvenil, utilicen varias franjas de edades de los considerados jóvenes, las cuales están comprendidas entre los dieciséis y los veintinueve años de edad. Lo cual y, aunque esto suponga avanzar algunas de nuestras conclusiones, comulga con alguna de las propuestas adoptadas por el legislador en la reciente modificación introducida por el RD Ley 32/2021, conforme a la cual, la celebración de los contratos formativos no se hace depender de la edad del ciudadano candidato -a excepción de los supuestos de quienes estén en posesión de certificado de profesionalidad-. De esta forma, se espera poder acompañar los contratos formativos con las mencionadas políticas de fomento del empleo y de formación para el empleo¹⁹.

Con relación a las reformas y para ajustar el contenido al espacio que habría de ocupar este ensayo, la referencia que haremos a las subsiguientes modificaciones sufridas por este tipo de contrato se ceñirá exclusivamente a indicar sus rasgos más destacables.

En este sentido, como habíamos indicado, el ET de 1980 incorporó las dos modalidades de contratos formativos, siendo prontamente modificado por la Ley 32/1984²⁰. La justificación de tal alteración, como es de suponer, aludía al mantra que aún en la actualidad se utiliza para tales menesteres, *id est*, la necesidad de incrementar la eficacia del mercado de trabajo²¹. Para los contratos con causa formativa, la Ley 32 supuso una reordenación²² y una variación de los valores numéricos que afectó, precisamente, al incremento de la edad máxima para celebrar el contrato para la formación -de dieciocho a veinte años-y, se fijaron tanto su duración máxima

18 A esta conclusión se llega por parte de los dos estudios utilizados para abordar esta temática en este ensayo y que corresponden a la historiadora Sandra Souto Kustrín titulado “Juventud, Teoría e Historia: La Formación de un Sujeto Social y de un Objeto de Análisis”, *Historia Actual Online*, nº 13, Invierno 2007, pp. 171-192, disponible a través de la web <https://digital.csic.es/bitstream/10261/162771/1/208-783-1-PB.pdf>, último acceso a fecha de 06/11/2021. Y a los doctores en sociología René Bendit y Ana Miranda: “La gramática de la juventud: Un nuevo concepto en construcción”, *Scielo. Última Década*, vol. 25, nº 46, julio 2017, disponible a través de la web https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-22362017000100004&script=sci_arttext Último acceso a fecha de 06/11/2021.

19 El Informe del Consejo Económico y Social nº 2 del año 2020, intitulado *Jóvenes y Mercado de Trabajo en España*, en su página 16, indica (...) “la importancia crucial de las instituciones y de las políticas para las personas jóvenes, fundamentalmente las relacionadas con el sistema educativo, y con el mercado de trabajo y los actores públicos y privados que en él operan”. Ello justifica que, con posterioridad, el apartado IV del Informe se destine exclusivamente al análisis de las transiciones de la educación al empleo.

20 Publicada en el BOE nº 186, de 4 de agosto.

21 Al respecto de su significancia y consecuencias, recomendamos la lectura del citado ensayo del Prof. Martín Valverde *Derecho del Trabajo y Mercado de Trabajo...op.cit.*, pp. 205-214.

22 La norma fue desarrollada por el RD 1992/1984, de 31 de octubre -publicado en el BOE nº 269, de 9 de noviembre-, en cuyo artículo 11 se contempló como medida de fomento de empleo, a través de la utilización del contrato de formación, la exención de cuotas empresariales a la Seguridad Social siempre que la empresa tuviera en plantilla menos de 25 trabajadores. Para las que alcanzaran o superasen este umbral, la exención se reducía al 90%.

-que se mantuvo en los tres años de 1976- como el tiempo mínimo y máximo de formación del trabajador -no inferior a un cuarto ni superior a un medio del convenido en el contrato-.

La reforma laboral de 1997²³, materializada a través de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre²⁴, aunque también alteró al alza algunas de las cifras de acceso a este tipo contractual -de los veinte años se subió a los veintiuno-, en general podría decirse que se caracterizó por suponer una apertura a los mecanismos de democracia laboral para la modulación de ciertos contenidos de los contratos con causa formativa. En la Ley de 1984 -que modificó el ET de 1980- no se previó la participación de la negociación colectiva como mecanismo de acomodo de las necesidades de trabajadores y empresarios para materializar estos contratos, sin embargo, la Ley del año 1997 se preocupó por reafirmar que el único camino cierto que restaba al Derecho del Trabajo - tras desmentirse el denominado doctrinalmente como “mito de irreversibilidad de las mejoras de las condiciones de trabajo”²⁵- era el de la continua búsqueda del equilibrio de los legítimos intereses de trabajadores y empresarios a partir de su adaptación continua a los paradigmas productivos de cada tiempo. Y, en lógica correlación con esta declaración y sus orígenes²⁶, se ordenan los siguientes extremos. De una parte, con el número máximo de contratos para la formación a realizar por cada empresa -un aspecto este que ha sido recientemente objeto de revisión jurisprudencial a través de la STS de 20 de noviembre de 2018²⁷-. De otra parte, con la duración mínima y máxima del contrato para la formación, las cuales, a pesar de estar fijadas por la norma, pueden ser objeto de concreción por la negociación colectiva sectorial de ámbito nacional o inferior. En tercer lugar, con el tiempo dedicado a la formación teórica el cual habrá de respetar las indicaciones legales, pero podrá modularse convencionalmente. Como quinto punto hemos de destacar que se aborda de nuevo la cuantificación de la remuneración que reciba el trabajador, estableciéndose que ha tomarse como referencia el mínimo infranqueable del SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo y, finalmente, con la posible inclusión en la negociación colectiva de pactos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido.

La “gran recesión” iniciada en septiembre de 2008²⁸ por la quiebra de la entidad financiera estadounidense *Lehman Brothers*, trajo consigo una grave crisis económica que afectó al resto de

23 No se menciona en este ensayo la operada a través de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, -publicada en el BOE nº 122, del día 23 de los mismos mes y año- en la medida en que no afectó directamente a los contratos formativos, sino a institutos como el contrato de fomento del empleo y, a instituciones, como el despido, la negociación colectiva y la cesión de trabajadores -con la legalización de las agencias privadas de colocación-.

24 Publicada en el BOE nº 321, del día 30.

25 De nuevo, Martín Valverde Derecho del Trabajo y Mercado de Trabajo...op.cit., pág. 425.

26 No puede dejar de señalarse que esta Ley 63/1997 fue el culmen de la reforma laboral pactada en el diálogo social -más material que formal- en que participaron actores sociales y Gobierno nacional, cuyo antecedente directo es el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo, de 7 de abril de 1997, cuyo texto está disponible en la web <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/download/CRLA9797120229A/32568/>, último acceso a fecha de 06/11/2021.

27 El cual también ha tenido sus repercusiones entre la doctrina científica más autorizada, como el es caso del Prof. Moreno Gené en su “La nulidad de las cláusulas convencionales limitativas del número de contratos para la formación y el aprendizaje. A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2018”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019, pp. 1-22.

28 En los años 2001 y 2006 también se realizaron reformas del mercado de trabajo español, si bien es cierto que afectaron sólo colateralmente a los contratos formativos, motivo por el cual no se han realizado referencias en el texto principal, sino de forma sucinta en esta nota. Así, la Ley 12/2001, de 9 de julio

economías desarrolladas y cuya solución pasó, al menos en España y para el ámbito productivo, por la sucesión de dos reformas laborales de importante calado: las introducidas por la Leyes 35/2010²⁹ y 3/2012³⁰. A pesar de su trascendencia, las ya conocidas razones de espacio nos impiden entrar en estos momentos y en mayor profundidad de detalle que la somera mención a la miríada de discusiones doctrinales³¹ que generaron ambas normas y la concreta referencia al tema que nos ocupa, *id est*, el modo y las razones que justifican la alteración del contrato para la formación.

En este sentido, la reforma del año 2010 y, de conformidad con la exposición de motivos de la Ley 35, entre otros relacionados con “contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española”, tenía el objetivo de “hacer más atractivos para empresas y trabajadores los contratos formativos”. Para lo cual, en aras de incrementar el ámbito subjetivo del contrato, adapta las edades máximas de los ciudadanos con los que puede concertarse este tipo contractual a las fijadas para los programas públicos de empleo-formación -las escuelas taller, casas de oficios, talleres de empleo³², etc.- y establece los veinticuatro años como tope para los desempleados que cursen ciclos formativos de grado medio. En segundo lugar, para garantizar la calidad y el cumplimiento del deber empresarial de formación, establece como exigencia que la formación se imparta fuera del puesto de trabajo y ordena el modo en que habrá de ser acreditada la formación así adquirida. Finalmente, en el intento de asimilar esta *sui generis* relación productiva, introduce como causas legales de interrupción de la duración del contrato formativo las previstas para los trabajadores ordinarios -es decir, la incapacidad temporal, el riesgo durante el embarazo, la maternidad, la adopción, el acogimiento, el riesgo durante la lactancia y la paternidad-.

Por su parte, la Ley 3/2012 introdujo reformas de calado en este tipo contractual que, a partir suya y, tras recoger algunas de las indicaciones contenidas en el RD Ley 10/2011³³, pasa a denominarlo como contrato para la formación y el aprendizaje. La más importante de estas modificaciones, por considerarse sustancial, materializa la posibilidad tímidamente incluida a partir de la redacción dada por la Ley 35/2010, referida a incluir como destinatarios de este contrato, no solo

-publicada en el BOE n° 164, del día 10- incluye a los trabajadores vinculados con contratos formativos entre los colectivos beneficiarios de incentivos a la contratación indefinida-. Una senda esta que continúa la Ley 43/2006, de 29 de diciembre -publicada en el BOE n° 312, del día 30-.

29 Publicada en el BOE n° 227, de 18 de septiembre.

30 Publicada en el BOE n° 162, de 7 de julio.

31 Querriamos dejar constancia de algunas de las reflexiones que, a nuestro juicio, podrían reseñarse como de más hondo calado entre la doctrina *ius laboralista* española. Tal es el caso de los estudios elaborados por el Prof. Cavas Martínez: “Los contratos formativos en la reforma laboral de 2010”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11/2010, pp. 1-16; por el Prof. Monereo Pérez: *Las Modalidades de Contratación Temporal. Estudio Técnico de su Régimen Jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2010; por la Prof. Moreno Márquez: “Los Contratos Formativos”, *Temas Laborales*, núm. 107/2010, pp. 123161; por el Prof. Sala Franco: “Los contratos formativos”, *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, n° 100, Fascículo 1, Año 2000, pp. 397-414 y, finamente, el Prof. Vila Tierno en su revisado estudio “El contrato para la formación”, en Monereo Pérez, José Luis (dir.) y Serrano Falcón, Carolina (coord.): *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2010.

32 El RD 282/1999 que establece los programas de los talleres de empleo y la Orden de 14 de noviembre de 2001 que regula los programas de las Escuelas Taller y las Casas de Oficio han sido derogados por el RD 818/2021, de 28 de septiembre que regula los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo -publicado en el BOE n° 233, del día 29-.

33 Publicado en el BOE n° 208, de 30 de agosto.

a quienes careciesen de titulación, sino también a desempleados incorporados como alumnos en casas de oficio, talleres, etc. y a quienes cursasen formación profesional. De este modo se abría una pequeña puerta para la formación dual, -que, en parte, era deudora de las previsiones ya contenidas en la Ley 16/1976 como se verá en el siguiente apartado- de la cual se harían eco -con un grado de desarrollo cada vez mayor- las diversas disposiciones normativas posteriores que, hasta alcanzar la actualidad, de seguida se enuncian. Tal acontece, como apenas se ha señalado, con el RD Ley 10/2011 que, con rotundidad, declara en su exposición de motivos que el “tradicional contrato para la formación queda derogado” y superado por el nuevo contrato para la formación y el aprendizaje “que permitirá dotar de cualificación profesional acreditada a los jóvenes que carezcan de ella y, simultáneamente, permitirá que la persona trabajadora realice un trabajo efectivo en una empresa directamente relacionado con la formación que está recibiendo (...)”. Por su parte, la propia Ley 3/2012, reproduciría la definición y denominación de este nuevo contrato, si bien introduciría ciertas alternaciones en las cifras empleadas para determinar la duración máxima, las edades, etc. En tercer lugar, el RD 1529/2012, de 8 de noviembre³⁴, desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y establece las bases de la formación profesional dual. Como cuarto hito en la configuración de estos contratos, subrayamos el párrafo tercero del artículo 11 ET de 2015, incluido a partir de la Ley 11/2020³⁵, que se destina a incluir entre los contratos con causa formativa la formación dual, pero a nivel universitario. Y, finalmente, la aprobación del RD Ley 32/2021 reagrupa bajo la nomenclatura “contratos de formación en alternancia” todos aquellos destinados a la adquisición de conocimientos teórico-prácticos independientemente del nivel de estudios de los candidatos.

La introducción, por parte del legislador, de la formación dual o en alternancia en nuestro ordenamiento jurídico, -a pesar de su retraso según el sentir doctrinal mayoritario³⁶ si se compara con otros países del ámbito europeo-, sin lugar a duda, ofrece un camino por explorar en esta función que refuerza el ordenamiento laboral y que, como se ha tratado de destacar, había sido asumida desde el anterior modelo. Precisamente porque su eclosión está en ciernes en los días en que se elabora este ensayo, consideramos más adecuado postergar su estudio al tercero de los apartados que configuran este epígrafe -independientemente de los retazos que al respecto se presentan necesariamente en el siguiente punto-, de modo que podamos ahora proseguir con las alteraciones que afectan a estos contratos.

Retomando, pues, la segunda de las alteraciones introducidas por la Ley 3/2012 cuyo estudio nos ocupa, ha de señalarse que se refiere -la modificación-, una vez más, al ámbito subjetivo del contrato. En este sentido, del lado de la oferta de empleo, se eleva el techo máximo de edad con que puede ser contratado el colectivo destinatario, el cual se fija en los veinticinco -ya en la Ley 35/2010 se había previsto excepcionalmente los veintidós años-, estableciéndose como requisito el carecer de cualificación profesional que permita un eventual contrato en prácticas. Y, aunque también desde 1976 están proscritas las horas extraordinarias y los trabajos nocturnos, se añade en 2012 el veto a los trabajos a turnos para este colectivo. Por parte de la demanda de empleo, se

34 Publicado en el BOE n° 270, de 9 de noviembre.

35 Aunque volveremos sobre este extremo, avanzamos en este momento que ha sido introducido en virtud de la DF 36.1 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, publicada en el BOE n° 341, del día 31 de los mismos mes y año.

36 De este parecer es el Prof. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer en su “Contrato de aprendizaje y formación dual. El Real Decreto 1529/2012”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2013, pág. 5; y la Prof. Ana María Romero, en su “La actividad formativa en el contrato para la formación y el aprendizaje: nuevas cuestiones”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 9/2014, pág. 3.

introducen importantes ampliaciones que redundan beneficiosamente en la libertad de empresa, tal y como acontece con la sustracción a la negociación colectiva de su capacidad, antes reconocida legalmente, para determinar el número máximo de contratos formativos que puede celebrar una empresa, quedando así liberado este aspecto, tal y como apuntará con posterioridad la STS de 20 de noviembre de 2018. Y, con la capacitación a las empresas para que impartan ellas la formación teórica en sus propios centros, siempre que cuenten con “las instalaciones y el personal adecuados a los efectos de la acreditación de la competencia o cualificación profesional”. Un aspecto este que jamás ha sido desarrollado reglamentariamente, aunque desde 1911 y con algunas interrupciones temporales, se preveía como posible, pero que con la aprobación del RD Ley 32/2021 sí que ha sido destinatario de cierta atención por parte del legislador. Ello en la medida en que, de conformidad con la nueva versión del artículo 11.2, letras c), d) y e) ET, se prevé la obligación -por parte de la empresa receptora- de contar con acuerdos de cooperación con la institución de enseñanza, de guiarse por los planes de formación y de nombrar a un tutor para y por cada persona contratada bajo esta modalidad. Relacionado con el deber de formación del empresario -que coexiste en esta especial relación productiva junto a la de proporcionar una efectiva prestación de servicios-, se insiste tanto en la esencialidad del requisito de la adecuación entre la actividad laboral desempeñada por el trabajador y las actividades formativas recibidas, como en perfilar con mayor exactitud los períodos formativos y de trabajo -los cuales permanecerán inalterables hasta la actualidad-.

En lo que respecta al carácter temporal del contrato, se incrementa a tres años su duración máxima, regresando así a los niveles originariamente previstos por la Ley de 1976.

Para finalizar este apartado querríamos referir la sucinta modificación que, en el contrato para la formación y el aprendizaje, introduce el RD Ley 6/2019³⁷ y que se conserva en la nueva redacción prevista por el RD Ley 32/2021. En efecto, este no obedece a una estricta causa reformadora de la legislación laboral en general y, sin embargo, sí que contribuye a configurar normativamente este tipo contractual tal y como aparece en el apartado segundo del artículo 11 del ET en vigor. Así, el artículo 2, apartado dos del RD Ley 6/2019 modifica exclusivamente la identificación de las causas que interrumpen válidamente el cómputo del plazo de tiempo de duración del contrato, para incluir la guarda con fines de adopción y la violencia de género. De este modo se busca tanto equiparar el régimen de los trabajadores ordinarios con el de los formativos, como impulsar la conciliación de la vida laboral y familiar en tanto que realidad y derecho *ex novo* reconocidos en nuestro actual modelo laboral.

2.2. Contrato de trabajo en prácticas -para posgraduados-

La nueva rúbrica que el RD Ley 32/2021 tiene preparada para esta tipología contractual -contrato formativo para la obtención de la práctica profesional- aunque induzca a pensar que reforma radicalmente su esencia, en absoluto lo hace, sino que reafirma la finalidad para la que fue pensado allá por la década de los años setenta del siglo pasado.

En efecto, tal y como se ha señalado en el apartado anterior, este otro tipo de contrato con causa formativa se configura normativamente en nuestro ordenamiento laboral a partir de su inclusión en el artículo 8 de la Ley de Relaciones Laborales 16/1976 cuya finalidad, expresamente indicada en la exposición motivos que la introduce, apuntaba a “actualizar instituciones y materias, recoger aspiraciones y reivindicaciones y a dar respaldo al buen hacer de la jurisdicción

37 Publicado en el BOE n° 57, de 7 de marzo.

laboral” y calificaba como “innovación” -ciertamente lo era- “el contrato de trabajo en prácticas para los posgraduados”. Al respecto de esta rúbrica, queríamos aclarar desde estas primeras líneas que, a pesar suyo y, como de seguida se razona, la configuración que en el cuerpo de la norma se hace del contrato no es tal cual se avanzó en la exposición de motivos sino, sorprendentemente, distinta. Procedemos, pues, a desvelar la incógnita.

A diferencia del contrato para la formación -incluido, recordemos, dentro de la Sección II relativa al “Trabajo de los menores”-, el contrato en prácticas se inserta a extramuros de esta, concretamente en la Sección III, destinada al “Trabajo en prácticas, la promoción y la formación profesional permanente”. Ello permite concluir que, para el legislador de entonces, aun sin dejar de pertenecer a la categoría de los contratos con causa formativa, este tipo contractual aludía a una realidad social distinta si la comparamos con la del aprendizaje. Distinción que, tal vez, estuviera relacionada con el grado de madurez que se presumía vinculada a la mayoría de edad³⁸ exigida a los dos colectivos destinatarios de este contrato.

En este sentido, a diferencia del error a que puede inducir la expresión contenida en la motivación de la norma del 76, la realidad era que el artículo 8 en que se ordenaba el contrato en prácticas contemplaba dos posibles sujetos incardinables en la figura del oferente de empleo, a saber, aquellos referidos en su apartado segundo a quienes, en efecto, se les exigía poseer una titulación. Se trataba, pues, de posgraduados. Y aquellos que, en el apartado primero se identificaba como “inscritos en los niveles segundo o tercero de formación profesional o los ciclos universitarios”. Es decir, estudiantes mayores de edad que ya habían superado la educación obligatoria y que se preparaban para una formación especializada y más cualificada -si los comparamos con quien acaba de finalizar simplemente la educación obligatoria-.

De este modo, como decimos, y aunque en su exposición de motivos la Ley 16/1976 pareciera apuntar principalmente a los posgraduados como colectivo prioritariamente destinatario de esta modalidad contractual, lo cierto es que del propio tenor literal del precepto no puede así inferirse. En ese apartado segundo se indica como posibilidad -“el Gobierno podrá aplicar”, se expresa textualmente- que este tipo de contrato pueda ser ofertado a los distintos grupos de titulados académicos para que, dentro de los dos años posteriores a la obtención del grado y, por una única vez, puedan beneficiarse de él. Expresado de otra forma, a pesar de que en la exposición de motivos los posgraduados se presentan como destinatarios únicos del contrato en prácticas, la realidad es que en el cuerpo de la norma son una excepción. Y en ello redundaba el que para que los posgraduados puedan acceder al contrato, el Colegio Profesional de que se trate habría de realizar una petición expresa al Gobierno que, a su vez, y previamente informado por los Ministros de Trabajo y Educación, podría extender esta opción a ese colectivo.

Estas condiciones y su ubicación en el apartado segundo del artículo octavo de la Ley 16/1976 nos lleva a fijarnos en el apartado primero, que es en el que se estipula la regla general de este tipo contractual. Conforme a tal regla, el colectivo beneficiario por antonomasia del

38 Al respecto de la estructura y composición del sistema educativo español durante el siglo pasado, se recomienda la lectura del Informe sobre “Principios Básicos y Configuración del Sistema Educativo en la Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa”, elaborado por Martínez Tirado, publicado por el Ministerio de Educación y Ciencia, en su colección *Informes* en 1992 y, disponible en <https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:f1f61857-67bc-4795-a3a4-b8f964cd2470/re199219-pdf.pdf>, último acceso a fecha de 07/11/2021.

contrato en prácticas está compuesto por los inscritos en cursos de formación profesional de segundo o tercer grado o en los distintos ciclos universitarios. Es decir, ciudadanos mayores de edad que han finalizado la formación básica obligatoria³⁹, pero que no poseían aún un título que los capacitase profesionalmente por que se encontraban en vías de obtenerlo.

La distinción, pues, entre ambos colectivos -posgraduados y estudiantes de niveles superiores a la educación obligatoria- permite que reflexionemos si, desde 1976, la formación dual -como una de las vías de la formación en alternancia⁴⁰- es parte del ordenamiento laboral español, independientemente de los momentos en que aquella se desarrolle. En este sentido, atender a una interpretación sistemática del precepto⁴¹ y, conjuntamente, a la definición legal⁴² que actualmente barajamos respecto a qué debe considerarse por tal formación dual, permitiría concluir que, efectivamente, este escenario ya estaba descrito en 1976 -y marcaba, una vez más, su desarrollo posterior- aun a pesar de utilizar, entonces, un *nomen iuris* -el del contrato en prácticas- que no coincide con la realidad que actualmente se subsume bajo tal rúbrica -el contrato de formación en alternancia-. Así, el contrato en prácticas, tácitamente excluido en la actualidad como modalidad de formación dual -ex artículo 3 del RD 1529/2012 y art. 1 RD Ley 32/2021-, en la década de los años setenta del siglo pasado abarcaba dos institutos jurídicos que en la actualidad se distinguen: el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional -regulado en el artículo 11.3 ET en su versión modificada por el RD Ley 32/2021- y el contrato de formación en alternancia -configurado de forma general por la Ley 35/2010, la Ley 3/2012, por el RD 1529/2012 y ampliado al ámbito universitario tanto por la Ley 11/2020 como por el RD Ley 32/2021-.

39 Los requisitos de acceso a los niveles formativos indicados en el apartado primero del artículo octavo de la Ley 16/1976 pueden consultarse en el Informe referido en la nota anterior, concretamente en las páginas 353 y 354.

40 Al respecto de la inclusión de la formación dual como una de las formas de la formación en alternancia reflexiona el Prof. Mercader Uguina en “Razones, referentes y marco institucional de la formación dual en España”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 1, 2014, pág. 85.

41 Resulta preciso añadir que, la Ley de 20 de julio de 1955 sobre Formación Profesional Industrial -publicada en BOE número 202, de 21 de julio y antecesora directa del régimen de formación profesional contenido en la Ley 14/1970, General de Educación- en su exposición de motivos explícitamente reconocía la combinación “formación-acceso al mercado de trabajo” como fórmula ventajosa de lo que en la actualidad se define como formación en alternancia. Este es el tenor literal de la expresión que permitiría tal conclusión por nuestra parte: “Distingue la Ley varios períodos en la formación profesional industrial: el de Pre-aprendizaje, el de Orientación y Aprendizaje, el de Maestría y el de Perfeccionamiento, sentándose el principio de que, lejos de entorpecer con pruebas reiterativas la posibilidad de que el joven operario pueda alcanzar el último grado de la formación profesional propiamente dicha y aun los correspondientes a estudios técnicos medios y superiores, se facilita este acceso a cuantos lo merezcan por sus aptitudes y conocimientos. Se considera fundamental que estos no comprendan tan sólo los de carácter práctico e inmediatamente utilitario, sino también los concernientes a una formación cultural, sólida y amplia, que debe ofrecerse a todos los sujetos de la Ley; y se establece que la formación profesional ha de conseguirse simultáneamente en los Centros docentes y en los de trabajo, para evitar las deformaciones que se producirían si se realizaran exclusivamente en unos o en otros”.

42 El artículo 2 del RD 1529/2012 define la formación dual como “el conjunto de las acciones e iniciativas formativas, mixtas de empleo y formación, que tienen por objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral en una empresa con la actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo”.

Así las cosas y, puesto que este apartado se destina al contrato originariamente conocido como en prácticas -actualmente formativo para la obtención de práctica profesional-, postergamos para el siguiente el abundamiento sobre la referencia a la formación profesional dual o en alternancia.

En lo que se refiere, por tanto, al régimen jurídico de este contrato con causa formativa hemos de indicar que, en términos generales y, de forma paralela a como aconteció para el originariamente conocido como contrato para la formación, desde su primer esbozo en la Ley de 1976 pueden distinguirse los elementos clave sobre los que se asentará - con mayores o menores remodelaciones- su configuración actual. Así, e independientemente de la dualidad de sujetos a los que se destinó, del lado de la demanda de empleo y de su deber de formación, se exigía en la formulación de este contrato por la norma del 76 -que, como veremos, se mantendrá hasta la actualidad-, la obligatoriedad de que las empresas desempeñaran esta función por ellas mismas, ofrecieran funciones adecuadas a facilitar una práctica profesional compatible con los estudios de los candidatos, emitieran el correspondiente certificado al efecto de justificar el trabajo realizado y asumieran exclusivamente al número de estudiantes en formación que se indicara en función de sus trabajadores en plantilla. Este aspecto en la actualidad ha quedado liberado de modo que, las empresas pueden asumir en prácticas a tantos trabajadores como consideren y sin mencionarse ulterior condicionante relacionado con la garantía de la calidad como lógicamente cabría pensar. Por otra parte, con relación a la forma, la modalidad escrita que se indicó como exigencia ineludible entonces también se conserva ahora. En lo que respecta a la naturaleza temporal del contrato fue esta un carácter inescindible de aquel que en la actualidad se conserva, si bien es cierto que ha sido ampliada o reducida su cuantía en función de las cifras de desempleo de cada etapa histórica. Finalmente, aunque no fueron objeto de esta ordenación temprana aspectos de la relación tales como el tiempo de trabajo -que en la actualidad está determinado- o las suspensiones del contrato que interrumpen su cómputo, sin embargo otros elementos esenciales para la supervivencia del trabajador, tales como el salario y las prestaciones derivadas de la Seguridad Social sí que se tuvieron presentes, lo cual debe hacernos pensar en la expresa intención del legislador -mantenida en el presente- de aproximar esta especial relación formativa a la productiva normal.

Como ya se indicó, ET de 1980 acoge los dos tipos de contratos con causa formativa -el de para la formación y el de en prácticas-, si bien con la diferencia de que, para el último, elimina la posibilidad de la formación dual. Siendo este, pues, el momento en que desaparece del modelo laboral español la formación profesional en alternancia que, como se refirió en el apartado inmediatamente anterior, volverá a retomarse con el RD- Ley 10/2011 y, aun con mayor fuerza, a partir del RD Ley 32/2021.

El contrato en prácticas queda configurado, en la versión del ET de 1980, como posibilidad ofertada exclusivamente a los recién graduados, de modo que, las alteraciones que se sucedieron hasta nuestros días, como intuye el lector, afectarán sobremanera a sus aspectos numéricos y tendrán como orientación -igual que sucedía para el contrato de aprendizaje- ampliar el ámbito subjetivo de afectación, si bien respetando siempre la *conditio sine qua non* referida *ut supra*. La exigencia de la adecuación entre las prácticas desarrolladas y la titulación del candidato, así como la forma escrita son requisitos permanentes a lo largo de su trayectoria, si bien no corrieron la misma suerte otros elementos como acontece con la duración máxima -doce meses para esta versión de 1980-, con el salario y con el resto de condiciones laborales, los cuales se dejan a la estipulación *interprivatos* en el ET de los años ochenta.

La Ley 32/1984, siguiendo la línea antes marcada, amplía a cuatro años el plazo dentro del que, una vez obtenido el grado de que se trate, pueden acogerse los recién graduados al contrato en prácticas; fija el intervalo para su duración -3 meses mínimo y 3 años máximo-, e introduce la negociación colectiva como mecanismo para modular el salario que corresponda a estos trabajadores, si bien respetando los criterios de proporcionalidad y base mínima de cotización previstos, aunque no se establecen unos mínimos como acontecerá a partir de 1997.

Precisamente es la Ley 63/1997 la responsable, por primera vez, de extender el contrato en prácticas a personas que sufran algún tipo de diversidad funcional, si bien para ellos el plazo para acceder a este contrato formativo se incrementa a los seis años tras la consecución del título formativo. Este incremento del ámbito subjetivo se verá reforzado por la alteración de los límites de duración del contrato -seis meses mínimo y dos años máximo- con el objetivo claro de reorientarlo hacia la consecución del equilibrio entre las dos finalidades que en su seno se dan encuentro; siendo la restricción del período de prueba -a un mes o dos dependiendo del grado formativo del candidato- otro indicio claro de ello. La remuneración es objeto de regulación concreta en esta norma. Así, aunque su regulación se cede a la negociación colectiva -de modo paralelo a como aconteciera con el contrato para la formación-, esta ha de observar los márgenes legalmente previstos, conforme a los cuales el salario no puede ser inferior al 60% y al 70% en el primer y segundo año respectivamente y, tomando como referencia, el fijado en convenio para trabajos equivalentes. Al amparo de esta norma se publica, además, el RD 488/1998, de 27 de marzo⁴³, reglamento que desarrolla los contratos formativos en general y que sólo para el contrato en prácticas se mantiene en vigor mientras se alcanza el período de vigencia del RD Ley 32/2021⁴⁴.

Con el ya mencionado trasfondo de una aguda crisis económica, la Ley 35/2010 introduce importantes reformas en el contrato en prácticas, todas ellas destinadas a flexibilizar el acceso a esta tipología contractual⁴⁵, pero también a aproximar el régimen jurídico de estos trabajadores al que gozan los contratos ordinarios. Ejemplos de la flexibilización referida son los siguientes. De un lado, su apertura -la de los contratos en prácticas- a un sector poblacional hasta entonces no contemplado, *id est*, quienes estuvieran en posesión del certificado de profesionalidad, a pesar de que tales certificados eran una realidad jurídica reconocida en nuestro ordenamiento desde la década de los noventa del siglo pasado⁴⁶. De este modo se abre el abanico de sectores poblacionales que pueden acceder al mercado de trabajo por esta vía y se busca aliviar las elevadas cifras de desempleo que azotaban al país. De otra parte, una nueva ampliación de los plazos de acceso -a cinco y siete años según si se posea algún tipo de diversidad funcional-. Y, en tercer lugar, la aclaración relativa a que cada nuevo título obtenido por los candidatos -grado, máster y doctorado- permita la realización de un contrato en prácticas distinto. En lo que se refiere a la aproximación entre regímenes jurídicos -el de los contratos en prácticas y los ordinarios o normales- consideramos un paso certero la aplicación por analogía de las causas de las que se deriva

43 Publicado en el BOE n° 85, de 9 de abril.

44 Se indica en la D.F. 8ª que a los tres meses de la publicación de la norma, entrará en vigor. Ello nos lleva hasta finales del mes de marzo de 2022.

45 De este sentir son las reflexiones del Prof. Camas Roda en su “El contrato de trabajo en prácticas” en José María Goerlich Peset (Coord.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 219.

46 Concretamente fueron objeto de regulación -reconocidos estaban desde el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de marzo de 1993- a través del Real Decreto 797/1995, de 19 de mayo. Publicado en el BOE n° 138, de 10 de junio.

la interrupción del cómputo del plazo de la duración del contrato, las cuales se verán ampliadas de nuevo por el RD Ley 6/2019.

Con relación a la última de las normas referidas, se hace preciso destacar que es obra suya la nueva dilatación en la duración del contrato en prácticas, regresando a cifras próximas a las del año 1987, es decir, como mínimo un año -excepcionalmente seis meses si así está previsto en el convenio colectivo de aplicación y justificado por razones organizativas y productivas- y, como máximo, tres.

La reciente aprobación del RD Ley 32/2021, aunque como se indicó al comienzo de este apartado, introduce una alteración en su denominación tradicional, incide escasamente en aspectos sustanciales. Así continúa admitiendo el período de prueba que reduce a una duración máxima de un mes, salvo que por convenio colectivo se dijera algo distinto; se limita al período de un año como máximo la duración del contrato formativo para la obtención de la práctica profesional y como mínimo de seis meses y, respecto de la oferta de empleo, establece como tope los tres años transcurridos desde que se obtuvo el título habilitante dentro de los cuales podrá celebrarse este contrato -un plazo este que se amplía a cinco años para las personas con discapacidad-.

2.3. Contrato en prácticas -para estudiantes de ciclos superiores de formación profesional y universitarios-: ¿germen de la formación en alternancia?

Hemos tenido ocasión de adelantar en los dos apartados que preceden a este, que la formación en alternancia y, concretamente, la formación dual -entendida desde la perspectiva jurídico-normativa con que actualmente se aborda, *id est*, un conjunto de actuaciones que permitan “combinar los procesos de enseñanza y aprendizaje en la empresa y en el centro de formación”⁴⁷- no es un constructo reciente. Motivo por el cual le dedicamos este apartado inserto en el epígrafe destinado a observar la trayectoria histórica de estos institutos.

En efecto, la Ley 16/1976 en su artículo 8.1 contenía indicaciones precisas respecto a la posibilidad de desarrollar un “contrato en prácticas” -siguiendo la nomenclatura utilizada por la norma- cuya naturaleza permitiría ser incardinado dentro de esas actividades que en la actualidad se denominan formación dual, tal y como podría inferirse del devenir que ha seguido al menos una de las opciones en él contempladas.

En términos generales, la formalización del contrato estaba prevista que se realizara por quienes aún no hubieran obtenido un título que los habilitara para desarrollar su profesión, pero estuvieran en vías de lograrlo por hallarse en los grados o ciclos superiores de educación. De modo que el ámbito subjetivo de este contrato de formación dual estaba compuesto, del lado de la oferta de empleo, por estudiantes que hubieran finalizado la educación general básica -si utilizamos la nomenclatura indicada por la entonces vigente denominada, Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación⁴⁸- y que se hallaran, además, inscritos en alguno de los dos itinerarios siguientes.

47 El entrecomillado procede del artículo 1.2 del RD 1529/2012.

48 Publicada en el BOE n° 187, del día 6.

De un lado, en segundo o tercer grado de formación profesional. Para ellos la exigencia aludía a haber superado el primer grado de esta formación en la medida en que tal nivel inicial equivalía a la finalización de la educación básica y la preparación para un estadio superior de formación y cualificación. A estos se les recondujo al contrato para la formación y el aprendizaje a partir de la Ley 63/1997. En ella se incorporó con una dicción compleja una decisión que, mantenida en la Ley 35/2010, con claridad resurge en el artículo 11.2.a) ET de 2015 y, conforme a la cual, quienes cursen formación profesional también pueden acogerse a esta modalidad contractual, clasificada expresamente como modalidad de formación dual por el artículo 2.2 del RD 1529/2012. Este mismo sentir es del que se hace eco la nueva versión del artículo 11.2.a) párrafo segundo ET introducida por el RD Ley 32/2021, al indicar que los contratos de formación en alternancia se podrán celebrar “vinculados a estudios de formación profesional” con personas que posean otra titulación y que no hayan desarrollado contratos formativos para la obtención de práctica profesional para aquel nivel de titulación previo a este otro que ahora se cursa y que da lugar al contrato formativo.

El otro colectivo estaba configurado por los ciudadanos que se encontraban cursando algunos de los ciclos formativos de la educación universitaria -ex art. 8.1 Ley 16/1976-, sin embargo, como beneficiarios de esta fórmula encubierta de formación dual -si se nos permite la expresión- tuvieron un porvenir distinto, en la medida en que desaparecieron para siempre del imaginario normativo de los contratos con causa formativa, hasta la reciente aprobación, por la Ley 11/2020, del apartado tercero del artículo 11 del ET de 2015, relativo a la formación dual universitaria y que también irrumpe en la nueva versión redactada por el RD Ley 32/2021 con los mismos condicionantes que los referidos para la formación profesional. A pesar de que está huérfano de desarrollo el precepto que mencionamos, sí que parece necesario aclarar en este apartado dedicado a la revisión histórica de este instituto jurídico que su ordenación presente y futura está condicionada -y, tal vez sea adecuado que así permanezca- por algunos de los postulados ya explorados por el legislador de 1976, motivo por el cual procedemos a destacar los más relevantes.

Así, respecto de la demanda de empleo -como contraparte en el ámbito subjetivo- el legislador de entonces, a diferencia de lo que parece acontecer para el legislador actual -al menos respecto de la formación dual no universitaria⁴⁹-, definía con claridad meridiana quién podría serlo, puesto que marcaba como ruta a seguir por esta fórmula formativa profesional la que transitaba exclusivamente por la formación en la empresa. La cual vendría a coincidir con una de las varias opciones previstas actualmente, esto es, la contenida en la letra e), del primer apartado del título 3 del RD 1529/2012 -para la formación dual no universitaria- y, con la indicación expresa que refiere el artículo 11.3 ET 2015 para la formación dual universitaria. Así, para aquellos años y, del lado de la demanda, los únicos participantes en estos contratos -independientemente del nivel formativo del candidato- podían ser las empresas poseedoras de un certificado de homologación que refiriese su idoneidad para facilitar tal práctica profesional; certificado este que era expedido por el Ministerio de Trabajo -previos los informes del Ministerio de Educación y Ciencia y de la organización

49 En este sentido se pronuncia la Prof. Igartúa Miró en su “La Formación Dual en el Sistema Educativo: Balance y Propuestas de Mejora”, *Temas Laborales*, núm. 137/2017, en cuya página 98 señala la duda manifiesta del legislador en el reglamento que ordena la formación profesional dual en España, el RD 1529/2012, cuando permite pivotar la formación entre “la arbitrada a través del contrato y la imbricada en el sistema educativo”.

sindical correspondiente- y que fácilmente podría ser parangonable a la acreditación descrita en el apartado 4 del artículo 18 del RD 1529 hoy vigente para la formación dual en general.

Junto a la exigencia formal de su plasmación por escrito, en 1976 se estipulaba su supervisión -la del contrato que permitía la formación dual- por la organización sindical correspondiente y, su comunicación al centro educativo en que estuviera inscrito el estudiante -ex art. 8.1.c) Ley 16/1976-. De este modo se buscaba garantizar la obligada adecuación entre el nivel de estudios del candidato y la práctica profesional a desarrollar; una adaptación esta cuya materialización, como se verá en el apartado siguiente, aun en la actualidad no está exenta de problemas.

La duración del contrato estaba estipulada en doce meses, los cuales parece que podían desarrollarse de forma fraccionada, tal como sugiere la añadidura de la expresión final “en total” que acompaña al tenor de la letra c) del artículo 8.1 de la Ley de 1976; siendo tales meses en prácticas objeto de convalidación por el eventual período de prueba que aconteciese si se incorporase definitivamente al trabajador en la empresa y, computables también, a efectos de antigüedad. A la finalización del contrato había de expedirse por la empresa un certificado que avalase el desarrollo de la actividad formativa, siendo obligatoria la expresión de extremos tales como la duración, naturaleza y características del trabajo realizado. Este aspecto, con las distancias que corresponde observar, también forma parte de las previsiones contenidas en la actual regulación de la formación dual - art. 23 RD 1529/2012- y el contrato de formación en alternancia -art. 11.2 ET en su versión dada por el RD Ley 32/2021-.

En lo que respecta al número de estudiantes que podía asumir cada empresa participante en estas modalidades de formación dual, se disponía en la letra g) del artículo 8.1 de la Ley 16/1976 que habría de determinarse en cada certificado de idoneidad y en atención a los porcentajes calculados en función del personal en plantilla. Este aspecto ha sido objeto de discusión jurisprudencial recientemente y, la conclusión del TS en su Sentencia de 20 de noviembre de 2018 es que la negociación colectiva no puede coartar una libertad que se reconoce tácitamente en la actual regulación del contrato para la formación y el aprendizaje. Así y, puesto que tampoco se establecen previsiones para el resto de actuaciones que conforman la formación dual, entre ellas la universitaria, hemos de concluir⁵⁰ que las empresas -y demás entidades colaboradoras-, aunque son libres de asumir tantos estudiantes como estimen, cuentan con ciertas limitaciones que podrían considerarse condicionantes que garantizan en última instancia el equilibrio de las dos finalidades que se dan encuentro en estos contratos de formación en alternancia. Al menos así está previsto en la versión dada por el RD Ley 32/2021 al exigirse a las empresas que cuenten con un tutor por cada persona contratada bajo esta tipología, que los servicios prestados estén directamente relacionados con las actividades formativas que configuran el plan de formación, que exista el tal plan de formación y que la oferta contractual nazca en el contexto de un preceptivo convenio de colaboración habido entre la institución formativa y la empresa.

Consideramos que resulta también destacable de esta fórmula de formación dual erróneamente en sus orígenes denominada “contrato en prácticas”, la intención clara del legislador de aproximar su régimen jurídico al de los trabajadores ordinarios. Ejemplo de ello es la

50 De esta opinión es el Prof. Moreno Gené en su “El Contrato para la Formación Dual Universitaria: Una Primera Aproximación a la Espera de su Imprescindible Desarrollo Reglamentario”, *e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)*, vol. 6, núm. 1/2021, pág. 212. Disponible a través de la web <https://revistascientificas.us.es/index.php/erips/article/view/16800/15070>, último acceso a fecha de 19/10/2021.

declaración contenida en la letra d) del artículo 8.1 de la Ley 16/1976 referida a reconocer a este tipo de trabajadores “todos los beneficios de la Seguridad Social, a excepción de la prestación por desempleo”, una salvedad esta que ha quedado superada, para los contratos de formación en alternancia conforme a la versión de 2021.

3. CONFIGURACIÓN JURÍDICO-NORMATIVA ACTUAL Y PRINCIPALES CUESTIONES LITIGIOSAS QUE LOS CIRCUNDAN

La revisión, en el epígrafe anterior, de la trayectoria recorrida por los contratos con causa formativa a lo largo de las distintas reformas normativas que han modulado su régimen jurídico ha puesto a nuestra disposición los mimbres suficientes para abordar los dos objetivos que habría de satisfacer este segundo apartado y cumplir así la función de bisagra que le ha sido asignada en la estructuración del ensayo.

Los objetivos que mencionamos consisten, en primer lugar, en confirmar si la configuración actual de los contratos con causa formativa es una consolidación de la anterior y no una novación extintiva. De modo que, a pesar de que el legislador haya introducido aspectos novedosos, ello no permitiría afirmar la presencia en el presente de una realidad jurídica distinta a la introducida en 1976, -si tomamos como punto de partida la ley que incorporó de facto las modalidades de formación en alternancia-. El segundo de tales propósitos consiste en presentar los puntos frágiles de tales modalidades contractuales, siendo apreciadas -estas debilidades- a partir de la continua conflictividad que generan y que emerge a nivel jurisprudencial y de doctrina judicial. En este sentido debemos recordar que, si bien respecto de la doctrina del TS han sido revisadas las resoluciones relacionadas con esta temática⁵¹, no ha sucedido así con la comúnmente denominada “jurisprudencia menor” puesto que, para su estudio, hemos utilizado el filtro temporal correspondiente a los últimos dos años judiciales. A estos límites hemos de añadir el que deriva naturalmente de la recentísima aprobación del RD Ley 32/2021 y la ausencia de litigiosidad en estos primeros momentos respecto de la nueva configuración que se les otorga. Ello no obsta, sin embargo que, puesto que arrastran componentes de las anteriores versiones sobre las que se asientan, pueda servir esta reflexión -a partir de la casuística jurisprudencial y de doctrina judicial- para aclarar aspectos complejos e, incluso, orientar respecto de otros aún no desarrollados normativamente. De ahí que, superponer ambas metas -que los contratos están condicionados por un diseño primario y que arrastran problemas o defectos detectables desde entonces hasta nuestros días- permitiría distinguir cuáles son sus puntos fuertes - aquellos que han pervivido a lo largo de los tiempos y debieran seguir estando- y cuáles los ambiguos -de modo que se contribuya a su aclaración para ediciones futuras-. De este modo podríamos afrontar el apartado final del ensayo con herramientas cuya validez estaría suficientemente contrastada.

Las últimas modificaciones que se ha producido⁵² respecto de la configuración jurídica de estas modalidades contractuales vienen de la mano de dos disposiciones normativas según si

51 Para su aproximación ha sido de gran utilidad el estudio colectivo dirigido por el Profesor y Magistrado del TS, Antonio V. Sempere Navarro titulado *Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, Editorial de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2020.

52 No mencionamos aquí el RD 818/2021, de 28 de septiembre, dado que se destina a regular programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo. En otros términos

tomamos como referencia la versión actualmente en vigor -es decir, la del ET de 2015- y la que entrará en vigor a partir de marzo de 2022, esto es, la introducida por el RD Ley 32/2021.

Así, para el primer caso, nos referimos a la DF 36.1 de la Ley 11/2020 de Presupuestos Generales del Estado e introduce el tercero de los tipos de contratos formativos vigentes actualmente en nuestro ordenamiento jurídico⁵³. La tríada, por tanto y, durante los días en que se elabora este ensayo, está compuesta por el contrato en prácticas -apartado primero del artículo 11-, el contrato para la formación y el aprendizaje -apartado segundo- y, el contrato para la formación dual universitaria -apartado tercero-.

En el segundo supuesto, el artículo 1 del RD Ley 32/2021 configura los contratos con causa formativa a partir de dos tipos: el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional -ex artículo 11.3 ET versión 2022- y el contrato de formación en alternancia -ex artículo 11.2 ET versión 2022-.

En la medida en que todos podrían responder a un esquema común configurado a partir de sus elementos identificativos y convergente con el diseño trazado desde las primeras versiones normativas de estos contratos, trataremos de presentarlos ahora de forma conjunta, realizando las distinciones que sea necesario destacar para ofrecer un bosquejo lo más completo posible a la vez que sintético.

3.1. La existencia de la relación jurídica y de su carácter laboral

Por tratarse de la estructura conceptual que sostiene al resto, el primero de esos elementos de referencia común que hemos de presentar es el reconocimiento legal de la *existencia de la propia relación jurídica y de su carácter laboral*. En este sentido, el legislador, al incardinar la formación como concausa válida para erigir sobre ella una modalidad de relación laboral establece las bases que permiten al ciudadano utilizar esta fórmula legalmente reconocida para vincularse jurídicamente con otro a los efectos amparados por la tal relación. Y esto es lo que acontece con los contratos formativos actuales: que el legislador los reconoce, los define, los declara de naturaleza laboral⁵⁴ y, por consiguiente, a ellos les son de aplicación las disposiciones correspondientes a este sector del ordenamiento y los demás concordantes. La importancia de este primer elemento es crucial si pensamos, por ejemplo, en la más reciente de las modalidades formativas, el contrato para la formación universitaria dual o en alternancia. La posibilidad de que los estudiantes de nivel universitario puedan trabajar como complemento de su proceso de aprendizaje no ha sido posible lícitamente y bajo el doble paraguas protector y equitativo que supone el ámbito laboral desde la Ley 16/1976. Recordemos que el artículo 8.1 de esta norma sí preveía la combinación

expresado, se destina a ordenar actuaciones para fomentar la formación para el empleo, pero, como se indicó en la introducción a este estudio, conscientemente hemos descartado su análisis a fin de poder adecuar su extensión a las indicaciones realizadas.

53 Al respecto de la más reciente doctrina sobre los contratos formativos y la propia introducción de esta tipología se recomienda la lectura del artículo científico elaborado por los Profesores Goerlich Peset; Martín-Pozuelo López y Moll Noguera, "Contratación Laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 24, 2021, pp. 1-20.

54 Al respecto del poder que el lenguaje jurídico-normativo despliega en la sociedad, recomendamos la lectura de *Law and Language. Effective Symbols of Community*, editado por John Witte Jr. a partir de los escritos póstumos del Prof. Berman. La obra ha sido publicada por la editorial Cambridge en el año 2013 en su primera edición que es la que leemos nosotros, concretamente las páginas 74 y 75.

en alternancia estudio/trabajo y a este nivel educativo, sin embargo tras su desaparición en la dicción del contrato en prácticas realizada en el ET de 1980 no volvió a ser retomada hasta la actualidad. Mientras ello ha acontecido, la formación en alternancia universitaria no ha existido, sino que se ha optado por fórmulas de aprendizaje bastante criticables y criticadas⁵⁵ a extrarradios de esta otra realidad productiva y, por ende, alejada de cualquier mecanismo de protección y compensación de los garantizados por el ordenamiento laboral. Su inclusión por el RD 592/2014 en una zona gris entre la actividad no remunerada y la relación laboral causa un importante número de litigios que, esperemos, puedan ser reducidos a partir del desarrollo reglamentario de los contratos para la formación dual universitaria. Entre los conflictos surgidos por la posibilidad de realizar estas prácticas remuneradas referimos como ejemplo el resuelto por la Sala de lo Social del TSJ aragonés en su sentencia núm. 768/2018, de 26 diciembre de 2018⁵⁶. En esta resolución el Tribunal pone el acento en que las connotaciones laborales de las actividades prestadas superan claramente la existencia formal de un convenio de prácticas formativas remuneradas, el cual era la causa justificativa en que la parte recurrida amparaba su defensa. La clave, insiste la Sala, para diferenciar ambos institutos -la práctica formativa del contrato laboral- está en los indicios que permiten concluir cuál es la verdadera naturaleza de la relación. Y, entre tales indicios, entiende esencial determinar la finalidad que prima en las actividades desarrolladas por la parte recurrente. De este modo establece como indicio claro de laboralidad el que de no realizarse las funciones productivas por el estudiante en formación habrían de ser asumidas por el personal laboral de la entidad colaboradora.

Con respecto a los otros dos contratos, tal y como hemos tenido ocasión de presentar, su aparición en nuestro ordenamiento jurídico tuvo lugar en distintos momentos históricos, siendo el contrato de aprendizaje el que abriría la veda a la contratación con causa formativa. Así, desde 1911 para el formativo y, 1976 para el contrato en prácticas, el ordenamiento laboral español cuenta con estas relaciones contractuales *tertium genus* sobre las que reflexionamos en el presente. Su propia naturaleza mixta -productiva y formativa- justifica que la incorporación al ámbito laboral sea fruto del deseo expreso del legislador -motivado, claro está, por intereses económicos, sociales y políticos tal y como señala la propia exposición de motivos de la Ley 16/1976-. En otros términos expresado, ante la ausencia de una verdadera *voluntas legislatoris* por hacerlo, no habría existido forma lícita y legítima de amparar estas fórmulas de aprendizaje bajo el escudo del Derecho del Trabajo. De modo que la pervivencia en la actualidad de la declaración como laboral de estos contratos está directamente condicionada por su primera aparición en los instrumentos legislativos de nuestro ordenamiento y la constatación, a lo largo de su existencia, de su validez y eficacia para alcanzar los fines que se le atribuyeron. En este sentido de la fuerza

55 Estamos pensando en las prácticas curriculares, las extracurriculares y las becas. Institutos jurídicos todos ellos ampliamente reflexionados por la doctrina, siendo ejemplos claros el ensayo del Prof. Fernández Orrico, “La Seguridad Social de quienes participan en programas de formación, y otras tres figuras cercanas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2012, pp. 7-36; del Prof. Sánchez Pérez, “Cuatro razones para declarar la inconstitucionalidad e ilegalidad de la regulación reglamentaria de las prácticas no laborales (RD 1543/2011)”, *Revista General del Derecho y de la Seguridad Social*, núm. 38, 2014, pp. 1-34; del Prof. Ángel Luis de Val Tena, “Trabajo en prácticas y prácticas no laborales”, *Documentación Laboral*, núm. 104, 2015, pp. 73-102 y, finalmente el del Prof. Hernández de Luz, “Becarios y prácticas no laborales en empresas”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, nº 128, 2017, pp. 209-226.

56 Criterio este que comparte más recientemente la STSJ de Madrid núm. 983/2019, de 18 de octubre de 2019.

creadora de la palabra del legislador a la hora de ordenar normativamente realidades sociales, debe subrayarse tanto la autonomía que gozan *per se* como la capacidad de interacción que poseen al introducirlos en las instituciones ya existentes. Tal acontece, precisamente, en las dos sentencias que como muestra presentamos a continuación.

La primera de ellas, conectada con el fomento de la formación para el empleo, procede de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, concretamente la número 140/2019, de 18 de enero. En ella se desestimó el recurso de suplicación al considerarse que no existió fraude de ley en el contrato en prácticas a tiempo parcial cuya extinción se impugnaba, puesto que quedó acreditado en instancia que “el contrato sí cumplió su finalidad, *id est*, “permitir la obtención de la practica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursado”. La propia configuración de esta tipología contractual permitiría -según el sentir de la Sala- que el salario se module en función de unos porcentajes y que la duración de la jornada también pueda adaptarse a las necesidades de formación práctica del trabajador. Así se desmontó el argumento del recurrente que esgrimía que el suyo era un contrato en fraude de ley que abarataba los servicios puesto que, sus funciones eran las propias de cualquier trabajador, que tenía acceso a los mismos programas informáticos, que sus vacaciones se organizaban junto a las del resto de trabajadores y, que su jornada había sido objeto de diversas modificaciones, algunas de las cuales incluso superaban el número de horas inicialmente pactadas, pasando a ser compensadas con descansos en otras semanas. La respuesta de la Sala, como decimos, destaca el poder creador del legislador, alcanzando extremos tales que, fuera del contexto configurador creado *ex profeso* para los contratos formativos, podría incurrir en situaciones de ilicitud. En sentido opuesto, sin embargo, la Sala afronta la segunda parte de la argumentación del demandante. Esta, conectada con la anterior, ponía de manifiesto que su contrato de causa formativa había sido utilizado para cubrir necesidades estructurales de plantilla de la empresa y que, de forma paralela a lo acontecido con él, otros tantos contratados bajo este mismo concepto habrían permitido que la empresa hubiera estado beneficiándose en fraude de ley de unas reducciones y bonificaciones del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social que no le correspondían. Al respecto de este segundo argumento responde la Sala -citando la STS de 11 de octubre de 1990- poniendo el acento en la autonomía de estos tipos contractuales respecto de otros institutos que pudieran incidir en ellos, tal como acontece con el fomento de la formación para el empleo. Entiende el Tribunal “que tales irregularidades carecen de virtualidad para afectar a la configuración del tipo o modalidad contractual, puesto que su eventual infracción circunscribe sus efectos al ámbito de las subvenciones o bonificaciones y en él habrían debido ser denunciadas (-)”.

La segunda de las referidas es la STSJ de Asturias núm. 1824/2019, de 25 de julio. En ella la Sala tuvo que resolver un curioso asunto en que la empresa demandada suscribe contrato por obra o servicio determinado dentro del procedimiento de subsanación de errores para contratar por formación y aprendizaje al mismo trabajador. Finaliza la relación del contrato por obra -concertado con base en una causa inválida, según el Juez *a quo*-, inicia la de formación -porque se habían subsanado los errores- y, tras una prórroga, extingue el contrato formativo por llegada a término del plazo máximo previsto para estos contratos. La terminación unilateral de la relación laboral detona la demanda por despido a través de la que el actor reclama la existencia de fraude de ley y la declaración de la relación laboral como indefinida. Tanto el Juzgado como la Sala coinciden en señalar que, en el contrato por obra, debió haberse indicado como causa justamente esta, la “tramitación de la autorización para el contrato formativo”, pero no el “refuerzo de plantilla” que sin mayor explicación se utilizó. Lo cual debe hacernos pensar en que la existencia

del contrato para la formación y el aprendizaje -futuro contrato de formación en alternancia- no solo despliega efectos respecto de la realidad que ordena jurídicamente, sino que también repercute en otros institutos jurídicos con los que interacciona, hasta el punto de ocasionar la nulidad de aquellos que, debiendo, no observan las especialidades que este introduce.

3.2. El ámbito subjetivo: requisitos de las partes contratantes

Reconocidos legalmente los tipos contractuales como subsumibles en el ordenamiento laboral, el segundo de los elementos a presentar habría de ser el *ámbito subjetivo de estos contratos*, en la medida en que la revisión de su identificación jurídico-normativa permite avanzar hacia la ordenación de sus obligaciones y derechos, los cuales vienen definidos tanto por el tipo de vínculo que los une, como por quiénes sean y qué requisitos hayan de cumplir las partes contractuales para serlo válidamente.

En esta hilatura de ideas, del lado de la *oferta de empleo*, han de referirse las diferencias existentes entre los contratos con causa formativa, cuyo punto de convergencia es la necesidad de complementar en todo -contratos para la formación y el aprendizaje o contrato de formación en alternancia- o en parte -contrato en prácticas o formativo para la obtención de práctica- la formación profesional.

Así, el contrato de formación en alternancia está previsto para dos supuestos bien diferenciados: de un lado, para quienes no posean cualificación profesional reconocida. Y, de otro, para los ciudadanos que se encuentren realizando estudios de formación profesional o universitaria, pero que no hayan disfrutado de otro contrato formativo previo. Aunque este segundo supuesto, como se adelantó con anterioridad, ya se ordenó en la configuración primaria del contrato en prácticas de la Ley 16/1976, concretamente en su artículo 8.1. Si bien es cierto que habrá de ser objeto de desarrollo reglamentario y tenerse presente en la organización de los planes de estudio universitarios, en la actual redacción del apartado segundo del artículo 11 del ET -en su versión de 2022- no se especifica el curso académico o la necesidad de tener aprobados un determinado número de ECTS, siguiendo así la estela marcada en la actualidad para la realización de las prácticas curriculares -ex art. 8 del RD 592/2014, de 11 de julio⁵⁷-.

Por su parte, el contrato en prácticas prefigurado en el apartado segundo del artículo octavo de la Ley 16/1976 encuentra un eco casi perfecto en el nuevo contrato formativo para la obtención de práctica profesional, -regulado en el párrafo primero del artículo 11.3 ET de 2022-, en la medida en que este tipo de contrato se dirige a quienes poseen formación teórica acreditada con la existencia de un título que lo reconoce, el cual, conforme al tenor literal del precepto apuntado puede proceder de la formación profesional de grado medio o superior, del certificado de profesionalidad o, ser un título de formación universitaria. La determinación en este contrato de los potenciales candidatos es, pues, menos controvertida que en la anterior tipología, puesto que a la posesión del título han de añadirse sólo un requisito más: que este haya sido obtenido dentro de los 3 o 5 años siguientes a la celebración del contrato formativo.

En lo que respecta a las distintas situaciones que con relación a la posesión o no de un título profesional dan lugar a estos tipos contractuales, resulta esclarecedora la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre del año 2000. En ella se estima el recurso de casación para

57 Publicado en el BOE nº 184, del día 30.

la unificación de doctrina y se considera celebrado en fraude de ley el contrato de aprendizaje celebrado con quien tiene conocimientos y titulación para desempeñar funciones propias de categoría superior a la asignada por la empresa. Señala, además, el Tribunal que la figura contractual más adecuada habría sido el contrato en prácticas -actual contrato formativo-, puesto que en el caso concreto el demandante era Diplomado en Ciencias Empresariales y el contrato para la formación que se celebró con él tenía por objeto el desempeño de funciones relativas a un puesto de cajero en Caja de Ahorros, desarrollando tareas administrativas y de atención al público, propias del nivel IV, cuando su titulación pertenecía al II siguiendo el convenio colectivo de aplicación. Así y, para cumplir con su función de complemento del ordenamiento jurídico, el Tribunal evoca las primeras de sus sentencias en las que se señalaba la diferencia fundamental entre los dos contratos que, entonces, se incardinaban bajo el prisma de la causa formativa. Diferencia que estriba en los objetivos a perseguir por cada uno de ellos: el contrato para la formación y el aprendizaje -hoy contrato de formación en alternancia- se destina a la obtención de cualificación profesional por quien carece absolutamente de conocimientos teóricos y prácticos -SSTS de 12 de febrero de 1996 y de 25 de marzo de 1999-, mientras que el de prácticas -hoy formativo para la adquisición de práctica- se orienta a completar una carencia práctica, si bien se parte de que los conocimientos teóricos ya han sido adquiridos. De ahí que, para el caso que resolvía entendiera innecesario este tipo contractual -el de la formación- para quien ya posee un título.

La dicotomía apenas marcada por el Tribunal Supremo podría estar necesitada de mayores aclaraciones a partir de la entrada en vigor de la nueva tipología contractual, en la medida en que con el contrato de formación en alternancia se abren nuevas posibilidades para el fomento de la contratación, pero también para el fraude si el legislador no afina los criterios previstos por el RD Ley 32/2021, vinculados con la prohibición de haber desarrollado previamente otro contrato formativo coincidente con el nivel de estudios “del mismo nivel formativo y del mismo sector productivo”. Independientemente de que esta reflexión sea objeto de tratamiento en el tercero de los apartados que configuran este estudio, interesa destacar al menos la confusión de la redacción del precepto, puesto que la referencia al período y sector se entiende hecha a aquellos relacionados con el actual título que se cursa. Lo cual conduce a incongruencias importantes.

Los apenas mencionados requisitos -relacionados con la existencia o no de determinados grados de formación- han de completarse con otros dos condicionantes. Así sucede con la edad para el caso de la formación y el aprendizaje que se preserva para el contrato de formación en alternancia exclusivamente cuando el contrato se celebra en el marco de certificados de profesionalidad. Así, aunque ambas formulaciones contractuales conservan la exigencia introducida en 1976 del requerimiento de haber cumplido los dieciséis años para acceder, sólo la versión del ET de 2015 preserva la previsión de la Ley 3/2012 de los veinticinco años como techo máximo, salvo que se sufra diversidad funcional, en cuyo caso desaparece tal tope. El segundo requisito está relacionado con la proximidad en el tiempo entre la obtención del título habilitante y la celebración del contrato en prácticas o contrato formativo para la obtención de la práctica. En estos casos, de nuevo, puede rastrearse esa formalidad en la versión originaria del año 76, si bien en la actualidad ampliado a cinco o siete años dependiendo de si se posee diversidad funcional -para el contrato en prácticas- y reducido a 3 o 5 años -para la modalidad de 2022-.

Por parte de la *demanda de empleo* el lugar común de los contratos con causa formativa son las empresas empleadoras, entre las que pueden distinguirse a las que están autorizadas o acreditadas para impartir formación profesional en sus propias instalaciones de forma complementaria

a la recibida en los centros de formación - artículos 3.1.c) y 18 RD 1529/2012, posteriormente unificadas a nivel nacional en los artículos 15 a 25 de la Orden TMS/369/2019⁵⁸-. Esta tipología -y, por tanto, la exigencia acreditativa que acarrea- está prevista exclusivamente para el contrato de formación y aprendizaje, aunque también habría de ser extrapolable para las nuevas versiones del contrato formativo y de formación en alternancia, en la medida en que la formación teórica también se ve afectada. A este respecto de la acreditación de empresas, -aunque guardan silencio tanto las versiones del ET de 2015 como de 2022- resulta indicativo que se exija la existencia de acuerdos y convenios de cooperación como marcos necesarios para la celebración de estos contratos. Y ello en la medida en que presumimos que solo podrán concertar tales acuerdos las entidades que cumplan los requisitos predefinidos por los procedimientos de concertación -si es que existieran- que actualmente se siguen para suscribir un convenio de cooperación educativa -entendemos que en los mismos o similares términos en que actualmente se hace para las prácticas universitarias en cualquiera de sus dos modalidades, curriculares y extracurriculares⁵⁹-. Las entidades que habrán de definirse en el esperado reglamento de desarrollo de la enseñanza en alternancia, en lo que a nosotros interesa al menos, a nivel universitario, son identificadas por la doctrina como “realidades que tienen un alcance más amplio”⁶⁰ que el de empresa, apoyándose para ello en la previsión contenida en los artículos 2.2 y 7.1 del RD 592/2014, desde los que se incluye en tal concepto las instituciones y entidades públicas y privadas de ámbito nacional e internacional.

3.3. El deber de formación: modo y contenido

Perfilados de esta forma los sujetos parte en los *sui generis* contratos con causa formativa, en lógica correlación hemos destinado este sub-apartado a presentar el *deber de formación y su correlativo derecho a ser formado* en tanto que motivo sobre el que pivota la condición de parte contratante y causa distintiva de estas relaciones contractuales respecto al resto que pudieran estimarse normales u ordinarias. El mencionado deber forma parte inextricable de estas relaciones jurídicas desde su introducción, en el año 1911 en nuestro ordenamiento jurídico con el contrato de aprendizaje y, precisamente por ser la nota diferenciadora del resto de institutos que configuran la institución del contrato de trabajo, se ha conservado imperturbable a lo largo de los años, al menos en lo que respecta a su existencia.

En efecto, es que una cosa es que exista ese deber para la empresa, del que es acreedor el estudiante/trabajador y, otra distinta, el modo en que deba materializarse y el contenido del que haya de dotársele. Precisamente estos dos últimos aspectos sí que han sido objeto de una intensa actividad legislativa, tal como muestra la continua ampliación cualitativa y cuantitativa del tenor literal de los apartados 1 y 2 del artículo 11 ET 2015. Actividad legislativa que viene impulsada por una incesante labor jurisprudencial y de doctrina judicial, reflejo de la conflictividad sobre la concreción de este deber que, consideramos, continuará produciéndose con la nueva ampliación de los contratos formativos, a menos que el legislador afine en la regulación de desarrollo.

58 Publicada en el BOE n° 78, de 1 de abril.

59 Al respecto de las potencialidades de este contrato para la formación dual universitaria recomendamos la lectura de los estudios siguientes. De un parte, el de la Prof. María José Asquerino Lamparero, “La Formación Dual Universitaria: Impresiones Iniciales”, *Temas Laborales*, núm. 156/2021, pp. 187-216. Y, de otro lado, el del Prof. Moreno Gené, “El Contrato para la Formación Dual Universitaria.” *op. cit.*

60 El entrecomillado procede de la página 210 del estudio apenas referido en la nota anterior, el de Josep Moreno “El Contrato para la Formación Dual Universitaria.”, *op. cit.*

Así y, con relación a la determinación del modo en que haya de cumplirse el deber formativo que asume el empleador en estos contratos, en términos generales, puede concluirse que pivota sobre los conceptos de adecuación y relación existentes entre la formación -se posea o se esté adquiriendo- y la práctica profesional que se desarrolle en la empresa. Al menos así se expresa literalmente en el artículo 11 ET, tanto en su versión de 2015 como en la de 2022, herederas ambas de las previsiones contenidas en la Ley de 1976. Esta coincidencia que referimos, sin embargo, ha sido interpretada en modo distinto debido a que, tras la idea de adecuación, surge una pregunta de no menor calado propiciada por la práctica diaria, a la que ha debido dar respuesta la jurisprudencia y la doctrina judicial y que parcialmente parece recoger la reforma introducida por el RD Ley 32/2021. La mentada cuestión se refiere a si esa adecuación entre formación y prácticas ha de comprender sólo el nivel de estudios o, además, la materia a la que se refieren esos estudios.

A nadie se le escapa que no es lo mismo ser graduado en Derecho que en Ingeniería, por ejemplo, de modo que el propio sentido común evita las fricciones cuando las distancias entre áreas del conocimiento son tan amplias. Los problemas interpretativos y aplicativos del concepto de la adecuación, por tanto, no surgen aquí, sino cuando las materias de estudio proceden de la misma familia, *v.gr.*, el graduado en la titulación en Derecho y el graduado en la doble titulación en Derecho y Administración de Empresas; o el graduado en Ingenierías de Tecnologías de Telecomunicación y el graduado en Ingenierías de Sistemas de Telecomunicación, etc. Es en estos casos de mayor proximidad en los que ha debido emplearse a fondo la doctrina judicial y la jurisprudencia para ofrecer una respuesta conforme a Derecho que, a la postre, ha modificado la dicción literal de los preceptos referidos, hasta alcanzar la formulación con la que actualmente se conocen.

En los todavía en vigor contratos en prácticas se utiliza la expresión “adecuación” para concretar el modo en que ha de satisfacerse el deber de formación por parte de la empresa, siendo respondida por la doctrina judicial, en sentido tanto afirmativo como negativo, la pregunta relativa a si para considerar válidamente otorgado el contrato en prácticas debe atenderse tanto al nivel de estudios como al contenido de los estudios cursados. Ello justifica que debamos ofrecer ejemplos de una y otra corriente.

Una de las varias resoluciones⁶¹ que podrían traerse a colación, al respecto de considerar que la adecuación exigida en los contratos en prácticas se refiere tanto al nivel de estudios como a la materia de estudios, es la Sentencia núm. 1517/2020, 11 mayo del TSJ gallego. En ella el

61 Siguen esta línea argumentativa, la STSJ de las Islas Canarias, sede Las Palmas, núm. 484/2021, de 13 mayo en la que desestima la existencia de fraude de ley por coincidir la titulación del demandante -licenciado en Derecho- con las funciones que configuraban el objeto de la prestación. La Sentencia núm. 237/2020, 8 de julio del TSJ Extremadura que considera indefinido el contrato de trabajo en prácticas por existir fraude de ley al asignársele al trabajador en prácticas funciones de conductor de ambulancias de transporte, no de urgencias tal y como exigía su titulación. La Sentencia núm. 346/2021, de 14 mayo del TSJ Cantabria que estima válidamente concertado el contrato de trabajo en prácticas, dado que la trabajadora fue contratada para realizar las funciones propias de su titulación -Técnico de urgencias que prestaba servicios en las ambulancias de emergencia como camillero y como técnico de urgencias alternativamente y en función de las necesidades de cada servicio-. Y, finalmente, la Sentencia núm. 3179/2020, 22 septiembre del TSJ de la Comunidad Valenciana, en la que se estima celebrado en fraude de ley el contrato de trabajo en prácticas cuyas funciones pertenecían al grupo profesional de auxiliar administrativo, aunque la actora era graduada en Publicidad y Relaciones Públicas.

Tribunal otorgó la razón a la demandada que denegaba la celebración de un contrato en prácticas con quien previamente había realizado funciones como interino en sus propias instalaciones y desempeñando las mismas labores que se ofrecían para los contratos en prácticas. El demandante, en este caso, impugnaba la negativa de la entidad empresarial solicitando se reconociese su derecho a ser contratado por haber quedado el primero en la lista de candidatos baremados para la bolsa de contratos en prácticas. Entiende la Sala que:

“lo que se persigue con el contrato es proporcionar a los trabajadores que acceden por primera vez al mercado de trabajo una determinada cualificación profesional, es decir, proveer de la formación profesional práctica a quienes solamente tienen conocimientos teóricos, que los han adquirido mediante la obtención de un título habilitante para el ejercicio de determinada profesión. No se trata únicamente de adquirir experiencia en un trabajo determinado, sino también de que esta experiencia actúe sobre los estudios cursados, proporcionando al trabajador una experiencia o práctica profesional, no de cualquier tipo, sino precisamente la correspondiente a sus estudios (...) Aunque esta correspondencia puede ser no obstante parcial”.

La posición contraria, es decir, que la adecuación entre formación práctica sólo alude al nivel de estudios del candidato es respaldada por la Sentencia número 68/2021, de 11 de febrero emitida por el TSJ de las Islas Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife. En este caso entiende el Tribunal que tal interpretación del concepto “adecuación” estaría justificada por la alteración que ha sufrido el tenor literal del artículo 11.1.c) ET a raíz de la Ley 10/94 y su clara intención -expresada en la exposición de motivos- de facilitar la inserción laboral de los jóvenes. En esta modificación, al parecer de la Sala, se suprimió toda referencia al “perfeccionamiento de los conocimientos” o “adaptación de los mismos” que existía en la versión del artículo en el ET de 1980, para pasar a decir, simplemente, que “el puesto de trabajo deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursados”. Con la redacción que se dio desde entonces al artículo 11.1.a) del Estatuto de los Trabajadores estima el Tribunal evidente que la vinculación con la práctica profesional lo es solamente al “nivel de estudios o de formación cursados”, y no a la concreta “materia de estudios o de formación cursados”, lo que se confirma si se observa la regulación del apartado c) del artículo 11.1 del Estatuto de los Trabajadores, que “permite la celebración de distintos contratos en prácticas cada vez que el trabajador obtiene un título superior al que ostentaba antes (grado, máster o doctorado), pero no cuando al suscribir un contrato al amparo de un título inferior el interesado ya estuviera en posesión del título superior de que se tratase; y todo ello con independencia de si las titulaciones son en la misma o diferente materia”. Concluye, pues, el Tribunal en su FD 32º que:

“con la vigente redacción del artículo 11.1.a) del Estatuto de los Trabajadores puede suscribirse el contrato de trabajo en prácticas en aquellas empresas o sectores de actividad en los que los puestos de trabajo u ocupaciones vienen determinadas por un concreto nivel de formación académica del trabajador, y no por la concreta materia sobre la que versó esa formación; también se atiende a la realidad de que la salida profesional de numerosas carreras universitarias sería limitadísima si el titulado universitario hubiera de trabajar solo y exclusivamente sobre la concreta materia teórica que estudió, y la posibilidad de acudir al contrato de trabajo en prácticas se vería muy restringida, frustrando las finalidades generales que justifican este tipo de contrato”.

Como apuntábamos al comienzo de este apartado, el legislador de 2022 para el contrato de formación en alternancia expresamente recoge parte de esta problemática y trata de solventarla indicando que la actividad desempeñada por el trabajador en esta tipología contractual ha de estar directamente relacionada con las actividades formativas que justifican la contratación. Una relación que, podríamos concluir, debiera aparecer reflejada en esos programas de formación común que vinculan a ambas instituciones participantes. En este sentido, especialmente interesante resulta para el caso de la formación en alternancia a nivel universitario, puesto que el RD 822/2021 no prevé una concreción al respecto.

Todavía empeñados en observar más detalles del modo en que haya de prestarse el deber de formación cuando se trata de contrato en prácticas, resulta interesante no dejar pasar la oportunidad de referir las repercusiones que puede generar un cierto desvío de las funciones inicialmente consideradas como adecuadas. En este sentido, las sentencias que al efecto hemos estudiado optan por emplear un test de proporcionalidad de modo tal que, si el desvío es puntual y de corta duración, no consideran afectado el doble equilibrio que ha de existir entre las dos finalidades que encierra el contrato en prácticas. Una conclusión esta que se alcanza por la STS de 16 de febrero de 2009, cuyo FD 3º desmonta la consideración de fraude de ley motivada en la desviación mínima que se produjo en la realización de tareas distintas a las previstas para el contrato en prácticas -en dos meses dentro de los veintidós de duración-, justificando tal estimación en que “una interpretación de los preceptos rectores de este contrato -y cualquiera otro de los autorizados como temporales- no puede ser rigurosamente formalista de modo tal que acabe siendo nociva para los intereses de los trabajadores que se tratan de proteger.

Para introducir ya en nuestro discurso la referencia al contenido que haya de satisfacerse en el deber de formación y, en sede del contrato para la formación y el aprendizaje, referimos la Sentencia núm. 2509/2020, 12 noviembre de la STSJ de Andalucía, con sede Granada puesto que, apoyándonos en su pronunciamiento, podemos subrayar que, a diferencia de lo que sucede, como se verá, con el contrato para la formación, el de prácticas “no impone a cargo de la empresa ningún tipo de obligación formativa específica del trabajador ni supervisora de la actuación de éste que difiera de la que correspondería a un contrato de trabajo común”. Expresado en otros términos: la nota característica de este tipo de contratación no es la enseñanza teórica sino la práctica en el desarrollo de las funciones específicas para las que el trabajador ha sido contratado. Afirmación esta que da pie a presentar el contrato para la formación y el aprendizaje como una tipología en que el deber de formación es más completo, a la vez que complejo, si lo comparamos con el de prácticas. Ello justifica que en su configuración sea el contenido de este deber el verdadero foco de problemas y no la interpretación que se haga de la adecuación puesto que, como intuye el lector, formación y práctica van al unísono en su adquisición a través de esta tipología contractual.

La jurisprudencia, -por cierto, más numerosa en sentencias sobre la formación y el aprendizaje que sobre el contrato en prácticas, un terreno este en que priman las decisiones de doctrina judicial-, ha marcado en este sentido el camino a seguir al puntualizar, desde sus primeras resoluciones -como acontece con la Sentencia de 19 febrero 1996⁶²-, que “no basta con que el trabajador reciba una formación de tipo práctico, puesto que ésta ha de ser también de carácter

62 Reproducida, completada y actualizada, entre otras, a partir de las SSTs de 30 de junio de 1998, de 25 de marzo de 1999 y, de 31 de mayo de 2007.

teórico (...)"'. De modo que el no recibir enseñanza teórica alguna fuerza a concluir que, para esos casos, el vínculo laboral que una al estudiante/trabajador con la empresa sea declarado de carácter indefinido por considerarse concertado en fraude de ley el contrato para la formación y el aprendizaje en que el empleador omite u obstaculice la recepción de alguna de estas dos finalidades. Independientemente de que las distintas versiones del actual artículo 11.2 ET y sus normas de desarrollo hayan previsto -o prevean⁶³- una modulación u otra de las consecuencias del incumplimiento del deber de formación, a los efectos de lo que ahora interesa, es decir, conocer la interpretación que en la actualidad prevalece, hemos de seguir la previsión contenida en el artículo 14.3 RD 1529/2012. Conforme a esta el legislador establece la aplicación a estos supuestos del régimen general de presunciones, de modo que, habrá de analizarse cada caso concreto para determinar si es total o parcial la infracción denunciada, de lo que se derivará la existencia o no de fraude de ley y, por consiguiente, considerar la relación laboral como común. Alguna sentencia hemos encontrado que ha realizado una interesante labor de concreción de los criterios que habrían de utilizarse para determinar si estamos ante un incumplimiento total o parcial del deber de formación. Y, así acontece con la Sentencia núm. 2750/2019, 13 noviembre del TSJ andaluz, con sede en Sevilla, la cual dispone como tales criterios o elementos los relacionados con el sujeto reconocido legalmente como responsable de prestar la formación teórica, la observancia del tiempo dedicado a la formación dentro de la duración de la jornada de trabajo conforme a los límites legalmente establecidos y, la prolongación en el tiempo de la formación teórica de conformidad con el plan de estudios de que se trate. Por el contrario se desechan en esta misma sentencia otros elementos que son considerados superficiales o secundarios tales como la existencia o no de tutor que supervise directamente las funciones desempeñadas por el estudiante/trabajador -que en la versión de 2022 del artículo 11 ET sí que se menciona expresamente como de obligatoria observancia-, las modificaciones de jornada -siempre que se respeten los porcentajes legalmente establecidos- y el desempeño temporal de funciones que no coincidan exactamente con las previstas en el acuerdo de aprendizaje, pero que sí guarden alguna relación.

3.4. La duración del contrato

Otra de las notas que por antonomasia y desde sus orígenes contribuye a definir los contratos con causa formativa es su necesaria temporalidad, vinculada, precisamente a la finalidad de formación e integración que cumplen en el mercado de trabajo.

Al respecto e, independientemente de los incrementos y descensos que este elemento ha sufrido -tal y como hemos podido apreciar en el primero de los epígrafes de este ensayo-, en la actualidad queda establecida su duración en el intervalo de seis meses a dos años para el contrato en prácticas -ex art. 11.1.b) ET 2015-; de seis meses a un año para la versión del contrato formativo para la obtención de práctica; de uno a tres años para el de la formación y el aprendizaje, con la salvedad de que, por convenio colectivo, pueda reducirse a seis meses la cuantía mínima inicial -art. 11.2.b) ET 2015- y, de tres meses a dos años para el contrato de formación en alternancia -ex art. 1 RD Ley 32/2021-.

Así presentado este requisito no parece generar gran problema aplicativo, sin embargo estos existen, especialmente cuando los contratos formativos suceden a otra vinculación laboral con la misma o distinta empresa, pero que versan sobre las mismas funciones. La casuística más

⁶³ Concretamente se indica en la versión introducida por el RD Ley 32/2021 que "reglamentariamente se desarrollarán el sistema de impartición y las características de la formación (...)" -ex artículo 1-.

reciente que al respecto hemos analizado viene de la mano de la Sentencia núm. 2605/2018, 6 noviembre del TSJ asturiano emitida a raíz del litigio surgido entre el Ayuntamiento que contrata en prácticas a una trabajadora a pesar de que previamente había desempeñado similares funciones en otras administraciones públicas. El Ayuntamiento era conocedor de la situación puesto que no solo había solicitado al Servicio Público de Empleo el certificado relativo a las relaciones laborales previas de la candidata, sino que, además, esta había facilitado un certificado de vida laboral en que se detallaban tales extremos. En total se habían producido dos contrataciones previas que habían alcanzado los dieciocho meses de duración y consistiendo en funciones idénticas a las que ahora se incluían en el contrato para la formación. Así, al transcurrir dos años más y llegando a término la duración prevista para el contrato en prácticas, la trabajadora reclama el reconocimiento del carácter indefinido de su relación contractual. El cual estima la Sala por entender que al continuar la trabajadora prestando servicios bajo la modalidad del contrato en prácticas y no habiendo recibido notificación en contra, siquiera por la naturaleza de las funciones desempeñadas, era de aplicación la presunción del artículo 49.1.c) ET, conforme a la cual “expirada la duración máxima [...], si no hubiere denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación”.

En sentido opuesto a lo que acaba de plantearse, la sentencia núm. 4615/2019, de 22 noviembre del TSJ de Galicia estima válidamente concertado el contrato en prácticas porque, a pesar de que la trabajadora fue becaria previamente en otra misma entidad - beca que fue considerada en fraude de ley y que encubría una relación laboral- las funciones que desempeñó durante el desarrollo de aquella beca pertenecían a un grupo profesional inferior a aquel cuyas funciones formaban parte del contrato en prácticas, el cual se concertó con la trabajadora por haber finalizado el grado en Periodismo. Es esta resolución, pues, un claro ejemplo de la aplicación de la distinción de títulos que se incorpora por el tenor literal del artículo 11.1.c) ET 2015.

A la dicotomía apenas planteada, hemos de sumar la potencial confusión que pudiera introducir la previsión contenida en el párrafo segundo de la letra a) del artículo 11.2 en su versión dada por el RD Ley 32/2022. Expresamente, cuando se mencionan los supuestos en que podrán concertarse contratos de formación en alternancia, se excluyen aquellos casos en que el candidato haya sido previamente destinatario de otro contrato formativo “en una formación del mismo nivel formativo y del mismo sector productivo”. Entendemos que la referencia habría de entenderse hecha al nivel y sector correspondiente al grado académico que se encuentra cursando el candidato, puesto que lo contrario nos llevaría a la contradicción de que, un nivel inferior incapacita la adquisición de competencias profesionales correspondientes a otro superior. Sin embargo, a pesar de esta patente obviedad, nos planteamos si verdaderamente hallaremos casos en que se haya celebrado un contrato formativo para un nivel superior poseyendo otro inferior. Sólo evidentes contratos fraudulentos ampararían estas situaciones que sólo redundarán negativamente, además, en el destinatario del contrato. Situaciones que, como de seguida se presenta, no son infrecuentes.

En este sentido, para finalizar este apartado y sin alejarnos de la finalidad relativa a mostrar cuáles son los puntos débiles que la más reciente doctrina judicial permite conocer respecto de los contratos con causa formativa, querríamos destacar la función correctora y orientadora hacia la justicia que desempeñan nuestros Tribunales ante supuestos que, de otra forma habrían quedado impunes. Tal acontece con el asunto que resolvió la Sentencia núm. 117/2021, de 1

febrero emitida por el TSJ de Las Palmas. En este caso, también referido al período máximo legal de duración de los contratos formativos -concretamente del contrato en prácticas-, se estimó que existía fraude de ley por exceso del período máximo legal al haberse suscrito un contrato anterior también en prácticas, con base en la misma titulación y con una duración de dos años. La peculiaridad radicaba en que en aquella relación laboral previa se había contratado a la trabajadora para desempeñar funciones correspondientes a una categoría profesional inferior a la que hubiera sido deseable y lícita. Entiende la Sala que “aun admitiendo a efectos dialécticos que el primer contrato fue fraudulento, pues no se correspondía la titulación con el trabajo desempeñado, lo cual no es objeto en ningún caso de la presente *litis* donde, además, no es parte la anterior empresa empleadora, no puede dejar de desconocerse que aquel contrato sí despliega efectos sobre el actual, puesto que la titulación que poseía la actora era la misma y se agotó el plazo máximo de duración. La Administración no debió contratar al demandante por impedirlo la norma de aplicación”.

3.5. Salario y condiciones de trabajo

Aun sin ser elementos definidores de los tipos contractuales con causa formativa, cierto es que también en ellos pueden rastrearse las consecuencias de ser estos contratos una fórmula especial de prestación de servicios. A lo que ha de sumarse la existencia de interesantes cuestiones que permiten incluirlos en la categoría de aspectos no pacíficos o necesitados de atención.

En lo que respecta al salario, el lugar común para los contratos con causa formativa es el reconocimiento legal de modularlo en atención al tiempo de trabajo efectivo y de acuerdo con lo establecido en convenio, estableciendo como punto de referencia el salario mínimo interprofesional. Cierto es que para el contrato en prácticas, en su versión de 2015, la modulación es bastante más concreta al fijarse unos umbrales mínimos consistentes en el 60% y el 75% según si se trate del primer o segundo año respectivamente, mientras que para el de la formación y el aprendizaje lo que tenemos son topes máximos de tiempo de trabajo -75% y 85% para el primero y el segundo y tercer año respectivamente-. Inexistentes son estas previsiones siquiera para los contratos de formación dual universitaria cuya regulación se remite al mencionado desarrollo reglamentario y, deseable es que finalmente no quede al albur de los convenios de cooperación académica.

Empero con la aprobación del RD Ley 32/2021, este aspecto de la relación laboral formativa ha sufrido ligeras alteraciones y ello porque para los contratos formativos para la obtención de práctica profesional, el artículo 11.3. i) ET prevé que el salario quede estipulado según el convenio de aplicación, a salvo la observancia del SMI en cualquier caso, mientras que para el contrato de formación en alternancia -entre los que se incluye el universitario- el artículo 11.2.m) ET prevé que en defecto de previsión convencional se acuda los siguientes límites: en proporción al tiempo trabajado, 65% como mínimo para el primer año y para el segundo el 75%, tomando como referencia un puesto de trabajo de igual categoría o grupo profesional.

Con el escenario apenas presentado e introducido por el RD Ley 32/2021 se han de considerar superadas -a favor del convenio colectivo- las fragilidades que al respecto del salario han aflorado en la jurisprudencia y que de seguida se muestran ejemplificativamente en las siguientes. Ellas están relacionadas con la convergencia conflictiva en un mismo contrato formativo de dos disposiciones normativas que podrían ser de aplicación, decantándose la jurisprudencia -como ahora ha subrayado la nueva redacción de la norma- por dar prioridad aplicativa a las

previsiones contenidas en el artículo 11 ET, *id est*, al convenio colectivo de aplicación si lo hubiera. Así acontece en el asunto que resolvió el TS en su Sentencia núm. 564/2020, de 1 julio, por la que desestima recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por el empleador; un Ayuntamiento que convocó los contratos para la formación y el aprendizaje en el marco de programas subvencionables con cargo a fondos para el fomento de la formación para el empleo. La discusión versa sobre si las retribuciones de tales contratos son las fijadas en el convenio colectivo de aplicación o las previstas en la Orden que regula la subvención del programa de inserción laboral, marco que permitió la contratación por esta vía. Aunque el titular del Juzgado de lo Social nº 27 de los de Madrid absolvió al demandando de las pretensiones contenidas en la demanda, conforme a la cual se solicitaba aplicar a los salarios los precios previstos por el convenio colectivo de aplicación y no los de la Orden que convocaba la subvención, la Sala de lo Social, sin embargo, revoca tal decisión. Así, siendo la sentencia de contraste la del TSJ de Madrid de 20/06/2018, resuelve el TS que “ (...) el Ayuntamiento empleador, aunque contratase en el marco de una normativa que tenía por objeto promover el empleo joven, tuvo que recurrir a alguna de las modalidades contractuales establecidas en el ET y a esta norma hubo de atenerse para establecer los derechos y obligaciones de la relación laboral”. A ello añade que (...) “El hecho de que el objeto del contrato traiga causa de unas normas que lo subvencionan no le resta la naturaleza que le es propia y menos cuando las mismas normas que subvencionan la contratación hacen expresa referencia a que la contratación de quienes vayan a asumir los servicios serán los propios de la normativa laboral y bajo el régimen del convenio colectivo que les resulte aplicable”.

Puesto que referir todas y cada una de las posibles materias que se incluyen conceptualmente en el término “condiciones de trabajo” exigiría exceder los límites cuantitativos deseables y esperados por un trabajo de este tipo, nos tomamos la libertad de reducir su presentación a aquella que, recientemente, sí ha alcanzado el grado de *litis* entre las Salas de lo Social de nuestros Tribunales Superiores de Justicia. En este sentido, la Sentencia núm. 286/2020, de 21 abril del TSJ de Madrid resuelve un curioso asunto en el que concluye que los contratos formativos por su especialidad necesitan de previsiones expresas para que les sean de aplicación y puedan someterse al régimen contractual propio del contrato de trabajo ordinario. Principalmente cuando las condiciones de la relación ordinaria sean más restrictivas, como acontece en este supuesto en que el período de preaviso se concreta por el convenio colectivo de aplicación en un tiempo muy superior a lo previsto legal y consuetudinariamente. Puesto que, de lo contrario, es decir, equiparar a estos trabajadores -a través de la igualación de sus condiciones de trabajo- a los trabajadores comunes supondría “igualar lo diferente” y ello “en evidente perjuicio del trabajador en formación que se ve sometido a una condición laboral cuya *ratio legis* es en principio incompatible con su situación contractual”.

3.6. Presunciones y *onus probandi*

Tal vez con la finalidad de reforzar el carácter tuitivo que se predica del contrato de trabajo ordinario, el legislador a lo largo de la trayectoria de los contratos con causa formativa ha apostado de forma rotunda por articular mecanismos que, de una forma u otra, contribuyeran a disuadir conductas orientadas al mal uso y abuso de esta tipología contractual, destinada, como se sabe, a un colectivo especialmente vulnerable: aquellos que aún no poseen o no han desarrollado las competencias y habilidades necesarias para acceder al mercado de trabajo.

En la actualidad, aunque insinuados a lo largo de las distintas partes que conforman los tres apartados del artículo 11 ET 2015 y también en los dos que configuran la redacción introducida por el RD Ley 32/2021, tales mecanismos encuentran una previsión expresa en el artículo 14 del RD 1529/2012 al establecer presunciones *ius tantum* a favor de la conversión en indefinido y, a jornada completa, de los contratos formativos temporales cuando no se observen las exigencias formales, cuando no se otorguen las obligatorias altas en la Seguridad Social y cuando se celebren en fraude de ley.

El último de los supuestos planteados, carente de ulterior concreción salvo la que se deriva de la aplicación de la teoría general, sin duda, es el que genera mayor conflictividad litigiosa especialmente en lo que respecta a determinar quién asume la carga de la prueba. Respecto a ello no debería haber problema puesto que, de conformidad con el artículo 6.4 del Código Civil⁶⁴ (CC, en adelante), si el fraude de ley es una conducta intencional y no una simple infracción, ello requeriría que no pueda ser presumible, sino que deba ser probado suficientemente por quien lo alega, tal y como preceptúa el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶⁵. De ahí que, tanto la Sentencia núm. 2476/2019, de 24 octubre del TSJ de Andalucía con sede en Granada, la núm. 393/2021, de 27 mayo del TSJ de Madrid, como la n° 34/2020, de 5 febrero, del JS de Guadalajara resuelvan la inexistencia de fraude de ley por falta de pruebas suficientes por quien tenía la carga de hacerlo que era el trabajador demandante, para ambos asuntos. Al respecto de cuáles o sobre qué aspectos de los contratos formativos hayan de recaer tales indicios se recuerda por las sentencias referidas que son los configuradores de estas tipologías contractuales, es decir, que las partes negociales cumplen con los requisitos de titulación -para el demandante de empleo- y autorización -para el caso de las empresas formativas-, que el deber de formación ha sido materializado observando las condiciones de modo -adecuación entre nivel de estudios, materia y funciones- y contenido -formación y práctica- y, que se han respetado las exigencias de duración temporal.

Sin embargo parece no poder ser posible acogernos a este razonamiento cuando se dan ciertos condicionantes que exigen la inversión del *onus probandi*, tal y como aconteció en el caso resuelto por la Sentencia núm. 110/2018, de 12 de febrero, del TSJ de Madrid en el que la Sala, a diferencia de lo que consideró el Juez *a quo*, estimó que a la empresa, que defendía la validez del contrato, correspondía acreditar la existencia de titulación ajustada al art. 11.1 del ET. Y ello porque resultaba imposible pedirle al trabajador que acreditase la inexistencia de tal título profesional.

4. PROPUESTAS CONCLUSIVAS: ATENCIÓN A LA REFORMULACIÓN INTRODUCIDA POR LA REFORMA LABORAL Y EL NECESARIO DESARROLLO REGLAMENTARIO DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN EN ALTERNANCIA A NIVEL UNIVERSITARIO

Iniciábamos el ensayo con la referencia a la anunciada reforma laboral y, en estas postrimeras páginas, queríamos cerrar el círculo ofreciendo algunas pinceladas que quizá pudieran contribuir a identificar aspectos necesitados de atención en lo que respecta a los contratos con causa

64 Real Decreto de 24 de julio de 1889, publicado en la Gaceta de Madrid del día siguiente.

65 Ley 1/2000, de 7 de enero, publicada en el BOE n° 7, del día siguiente.

formativa, entre los que se encuentran los de la formación en alternancia a nivel universitario⁶⁶. Así, en la medida en que tal perfeccionamiento permitirá modular su régimen de aplicación, entendemos posible abordar ambas cuestiones -la potencial reforma de estos contratos y el tratamiento del más recientemente configurado- simultáneamente.

Para alcanzar tal meta utilizamos como criterio de estructuración de este apartado el esquema seguido en el segundo de los que configuran este estudio, referido a la determinación de los lugares conflictivamente comunes en esta tipología de contratos, de modo tal que el discurso que de seguida se presenta se construye con base en ellos.

Así, en lo que respecta al *carácter laboral de los contratos formativos*, con la nueva reforma laboral asistimos a una reagrupación de los tres tipos contractuales para la formación que existen en nuestro ordenamiento jurídico. Así, como se ha repetido en varias ocasiones a lo largo de este ensayo, el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional retoma la finalidad primaria del contrato en prácticas, mientras que el contrato de formación en alternancia incluye realidades sociales que, como acontece con la formación dual universitaria, habrían quedado en el olvido desde su primera introducción en nuestro ordenamiento jurídico en 1976.

Realizada esta afirmación, no podemos desconocer que en la reforma sí que puede constatare una inclinación del legislador por alterar otros aspectos relacionados con el *ámbito subjetivo* y, más concretamente, con la *oferta de empleo*. Así, continuando con una senda que es habitual en todas las modificaciones sufridas por estas tipologías contractuales, asistimos a una nueva ampliación de la franja de edades en las que puedan celebrarse estos. En este sentido, en el contrato formativo se mantiene la inexistencia de límites relacionados con la edad del oferente de empleo y, para el caso de los contratos de formación en alternancia se eliminan. Así asistimos a un acompañamiento total entre las edades contempladas por las políticas de fomento de la formación en el empleo -es decir, desde los 16 a los 29 años- y las previstas por la única modalidad que las contempla en la redacción del RD Ley 32/2021: contratos de formación en alternancia que se celebren en el marco de los certificados de profesionalidad y hasta la edad de treinta años. Cierto es que el incremento de tales topes es identificado por la más autorizada doctrina⁶⁷ como un giro de tuerca a favor de la precariedad laboral del colectivo al que se destina. Y de forma indubitada por nuestra parte se estima acertada esta intuición. Precisamente para conjurar tal riesgo nuestra sugerencia exige, de una parte y para evitar incongruencias, que se la acompañe de motivación y, de otra, planteamos que se prevean como imprescindibles dos requisitos.

Así, la justificación de tal acomodo halla su razonamiento en el carácter voluble del concepto sociológico de juventud al que normalmente se vincula -al menos en la actualidad- las políticas de fomento de la formación para el empleo. Pensando, como estamos, en el Sistema de Garantía Juvenil y atendiendo al Informe del Consejo Económico y Social español nº 2 de 2020 citado previamente en este estudio, concluimos que el continuado retraso en la edad de

66 Con relación a los aspectos que han de ser desarrollados reglamentariamente y la propuesta detallada de su perfección dirigimos al lector al estudio realizado por el Prof. Moreno Gené ya citado previamente y el cual compartimos completamente. Nos referimos a “El Contrato para la Formación Dual Universitaria.” *op. cit.*

67 En este sentido y, entre otros, señalamos el parecer de la Prof. Quesada Segura en su “Derechos de Formación Profesional.”, *op. cit.*, pág. 177.

independización de los españoles⁶⁸ - motivado, en parte, por las dificultades para encontrar un empleo y, en parte, por el abandono prematuro de los estudios- es un acicate decisivo para instar tal componenda. Consideramos, pues, que facilitar durante todo el período de vigencia de estas políticas el acceso de los empleadores a algún tipo de incentivo, fomentaría el interés de quien, un poco más maduro en edad y experiencia, desee acogerse a este tipo de contratos, siquiera algo tardíamente.

De esta guisa presentada la motivación, los requisitos que habrían de acompañar tal ampliación de la franja de edades serían los siguientes y afectarían a la otra parte contratante, es decir, la *demanda de empleo*. En primer lugar, la ordenación de los incentivos vinculados a estos contratos habría de atender a una priorización escalonada vinculada a la edad, de manera que, estarían reforzados los incentivos para el contrato formativo y de aprendizaje conforme más temprana fuera la edad del destinatario. El segundo condicionante aludiría a destinar tales incentivos prioritariamente -aunque no exclusivamente- a empresas comprometidas con la formación. Es decir, empresas que, además, de contar con la autorización y/o acreditación referida en el artículo 3 del RD 1529/2012 y homogeneizada a nivel nacional por la Orden TMS/369/2019, demuestren cumplir con dos condiciones. En primer lugar, que dedican una parte -la que se estipule reglamentariamente y no coincidente con la existencia de recursos humanos y materiales que ya se indican para su acreditación como tales- de sus beneficios contables a la organización de prácticas formativas demandadas por un sector en una concreta área geográfica. Esta propuesta que permitiría hacerlas destinatarias prioritarias también de los convenios de cooperación educativa en el ámbito universitario y para la formación dual, en absoluto repugna la realidad económica en la medida en que podemos hallar actualmente empresas viables y dedicadas a la economía tradicional que, por ideología y compromiso social, destinan hasta un tercio de sus beneficios a proyectos sociales del entorno en que están radicadas⁶⁹. De esta forma se garantizaría una efectiva reversión de parte de la inversión pública en la integración socio-laboral de este colectivo. De otra parte, que la empresa cumple con una ratio de estudiante/trabajador por trabajador fijo en plantilla inferior o igual al porcentaje que se determine normativamente. En este sentido, ha de recordarse que la liberalización a partir de la Ley 35/2010 de las restricciones atinentes al número de trabajadores en formación -competencia previa de la negociación colectiva y aun con mayor antigüedad del propio Ministerio de Trabajo, conforme a la versión de 1976- probablemente se ha hecho en detrimento de la calidad de los servicios formativos -prácticos y/o teóricos- ofrecidos por la empresa y, también posiblemente -puesto que ningún estudio existe al respecto- ha provocado una especie de efecto sustitución de los trabajadores a tiempo parcial por aquellos otros en formación práctica -recordemos en este caso la STSJ núm. 140/2019, de la Comunidad Valenciana-. Una consecuencia esta que no podría ser objeto de comprobación si la empresa ha cumplido con el sencillo contenido del deber de formación para el contrato en prácticas.

Por otro lado, las nuevas previsiones del RD Ley 32/2021 con relación al contrato formativo en alternancia a nivel universitario, nos inducen a reflexionar a cerca del que señalábamos en el apartado segundo de este ensayo como uno de los iniciales problemas con que tuvo que

68 Ubicada en torno a los treinta y dos años de conformidad con el Informe mencionado.

69 Es el caso de las empresas de Economía de Comunión que en España -al igual que en Portugal, Italia o Brasil, por citar algunos países- cuentan con su propia asociación y cuya realidad puede seguirse en la web <http://www.economiadecomunion.org> -último acceso a fecha de 15/11/2021.

lidiar la jurisprudencia -también, por supuesto la doctrina judicial-. Concretamente es el relativo a determinar cuándo procede acudir a uno u otro de los dos tipos contractuales que configura esta nueva norma.

En este sentido, si bien la jurisprudencia aclaró que poseer un título oficial es *conditio sine qua non* para encauzar válidamente el tipo más adecuado -cuando la dicotomía pivotaba entre el contrato en prácticas y el de formación y aprendizaje-, el problema lo encontramos cuando se trata de estudiantes que aún no han dejado de serlo, sino que están en proceso a nivel universitario. El párrafo segundo de la letra a) del artículo 11.2 ET no marca una línea divisoria clara relativa al momento, -dentro de la carrera de estudios universitarios- en que se puede tener acceso al contrato de formación en alternancia a nivel universitario, de modo que, si el reglamento de desarrollo esperado tampoco lo observara, podemos estar ante una importante -por lo numerosa- fuente de conflictos, en la medida en que cada Universidad española estará legitimada para, una vez previsto en sus Estatutos y normativa de desarrollo, establecer el momento en que entienda lícitamente posible la concertación de estos contratos. A este respecto y tomando como límite máximo las consideraciones que la doctrina judicial ha expresado respecto de situaciones para los médicos internos residentes -en concreto puede citarse la Sentencia nº 296/2004, de 4 de mayo, del TSJ de Castilla y León, con sede en Burgos 296/2004 conforme a la cual “los contratos de formación de médicos internos residentes, cuya relación es claramente laboral, no una relación laboral especial y el contrato se enmarca en el art. 1.1 ET, ya que prestan servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de un hospital”- nuestra propuesta pasaría por que el reglamento estableciera la necesidad, de como mínimo, haber superado los créditos que componen la formación básica de cada título de grado, máster y doctorado. De este modo se garantizaría, al menos, que el alumnado hubiera asimilado conocimientos necesarios para comenzar a operar con cierta diligencia en el ámbito productivo de que se tratara, a la vez, que fuera permeable a las explicaciones y orientaciones correspondientes a la práctica profesional de que se trate.

El *deber de formación*, como tercer aspecto problemático a nivel judicial y cuya concreción ha sido abordada desde la reforma laboral, plantea como cuestión principal la determinación de si la adaptación exigida por el artículo 11 ET en cualquiera de sus dos versiones -la vigente de 2015 y la futura de 2022- abarca un acompañamiento entre el nivel de estudios y la práctica profesional exclusivamente o, también debe observarse la materia objeto de ese grado académico. Nuestra propuesta en este sentido pasa por acoger la acepción más amplia, es decir, que las funciones de las prácticas se acomoden al nivel y a la materia de estudio de cada candidato. Ciertamente es que no se puede exigir una adecuación total y absoluta en la medida en que restringir de tal modo la correspondencia puede derivar en la dificultad para hallar ofertas suficientes que permitan atender las solicitudes del alumnado, sin embargo debe existir y poder apreciarse la relación que guarden estos tres elementos de manera tal que, la inmersión del estudiantado en el mundo profesional sea real y tenga como finalidad experimentar algunos de los aspectos que en la teoría hayan sido objeto de estudio.

Otra parte nada desdeñable de litigios sobre el contenido del deber de formación versa en torno a cómo debe ser este satisfecho según de qué tipo contractual se trate. La jurisprudencia ya ha tenido ocasión de subrayar la exigencia insoslayable de que haya teoría y práctica para el caso de la formación y el aprendizaje -un aspecto este que expresamente se menciona en la nueva versión del artículo 11.2 ET para el contrato de formación en alternancia-, sólo práctica -y casi sin necesidad de tutorías o seguimiento- para el contrato que así se denomina y que es relevado por el contrato formativo para la obtención de práctica, pero nada hay previsto

respecto del modo en que hayan de interaccionar ambas, especialmente para el de formación en alternancia a nivel universitario. En este sentido, lógico es pensar que la práctica haya de respetar los períodos formativos -en el caso de que ambos coincidan en el tiempo- o bien que se determinen tales períodos en función de horas de prestación de servicios. Así es como se articula en la actualidad para las prácticas curriculares, de modo que se prefiguran con un valor distinto para cada titulación -grado, máster y posgrado-. El universo de posibilidades que se abre si no se concreta tal detalle va a dar lugar a la imposibilidad de convalidación de asignaturas -no ya a nivel comunitario si pensamos en el programa de intercambio Erasmus- sino, incluso, nacional. De modo que sería altamente recomendable establecer una cantidad mínima. Hacia esta dirección se orienta el art. 22.2.a) del RD 822/2021, de 28 de septiembre⁷⁰ por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias, al prever como volumen de créditos a desarrollar en la actividad práctica se establecerá por cada título entre el 20% y el 40% de los créditos en títulos de Grado y entre el 25% y el 50% de los créditos en títulos de Máster Universitario.

La *temporalidad* de estos contratos, en tanto que carácter definidor por antonomasia de la especialidad que los diferencia del resto de relaciones laborales ordinarias, sin duda alguna no ha sido objeto de ampliaciones, sino de alguna reducción, de modo que se pretende garantizar el equilibrio entre las dos finalidades que en ellos comulgan - integradora y formativa-. Para el caso de los contratos de formación en alternancia a nivel universitario, tal como se apuntó líneas atrás, sería deseable que el reglamento de desarrollo la hiciera coincidir con la obtención del título correspondiente en cada programa de estudios universitarios, puesto que, una vez finalizado este programa, lo que correspondería sería o un contrato en prácticas -o formativo si entrara en vigor la nueva redacción introducida por el RD Ley 32/2021-, o un nuevo contrato de formación en alternancia si se iniciara un nivel superior; máster o doctorado. Ahora bien, sin dejar de observar la trascendencia del carácter temporal de estos contratos, consideramos una fragilidad inquietante en la nueva configuración de los contratos formativos el que por convenio colectivo pueda ampliarse, incluso, el período de un mes de prueba que se mantiene como posible para esta figura contractual. A nuestro juicio, lo deseable hubiera sido que el legislador, sin rescindir la posibilidad de que se fragmente su duración, hubiera exigido expresamente que su desarrollo, el de estas tipologías contractuales, fuera objeto de convalidación por el *período de prueba* y que así se hubiese garantizado legislativamente. De este modo se evitaría la dilación sin sentido de las situaciones de vulnerabilidad de un colectivo que ha demostrado con creces haber adquirido las competencias profesionales demandadas.

Al hilo de las debilidades detectadas y, precisamente, en lo que a la duración respecta, tampoco ha sido aclarado por el derecho transitorio del RD Ley 32/2021 qué sucede con aquellos casos en que el ciudadano haya concertado un contrato para la formación y el aprendizaje -ex art. 11 ET versión 2015-, pero que con la nueva regulación celebre otro bajo la nomenclatura de contrato de formación en alternancia. Entendemos que para estos casos y puesto que la finalidad de los contratos es la misma, si se trata de idéntico nivel formativo no procedería el segundo. E igual suerte se correría en el supuesto en que se alternasen el de formación y aprendizaje -ex art. 11.2 ET 2015- con el formativo -ex RD Ley 32/2021- y ello dada la expresa prohibición que se contiene en el párrafo segundo de la letra a) del artículo 11.2 ET. A este respecto hemos señalado que el legislador, aunque de forma confusa, veta la posibilidad de que puedan celebrarse contratos de formación en alternancia cuando se han celebrado contratos formativos previos en formación de niveles y sectores de producción iguales a estos en que se pretende concertar

70 Publicado en el BOE n° 233, del día siguiente.

el contrato de formación en alternancia. Así, si sustituimos el contrato formativo previo por un contrato en prácticas previo, el resultado, entendemos, habrá de ser idéntico.

En lo que respecta al *salario* y, coincidiendo con las concreciones que ya existen respecto de las nuevas versiones de los contratos con causa formativa, lo deseable es que se equiparen con las estipulaciones previstas para el contrato ordinario de trabajo, de modo que, especialmente para el contrato formativo se prevenga el abuso y uso fraudulento de esta tipología contractual más cercana al vínculo laboral ordinario por la formación teórica que ya posee el trabajador-. En este sentido, interesa especialmente reflexionar sobre la problemática alusión que se hace respecto del contrato para la formación dual universitaria -en el caso de que la configuración del de formación en alternancia a nivel universitario no llegase a entrar en vigor-. Ello en la medida en que el reenvío que realiza el apartado 3 del artículo 11 ET en su versión de 2015 al reglamento de desarrollo podría derivar en que, finalmente, fuese determinado por cada Universidad o, lo que es peor, por cada convenio de cooperación académica. En este sentido nuestra propuesta pasa por que para estos contratos se utilice la previsión de los contratos para la formación y el aprendizaje -o la contenida ya para el contrato de formación en alternancia-, es decir, estableciéndose unos límites mínimos por debajo de los cuales sea inaceptable su concertación.

Para finalizar este apartado de propuestas y respecto de las *condiciones de trabajo* en general, nos permitimos el atrevimiento de recordar al legislador con miras a la reforma laboral que está por implementarse que, en todo lo no previsto para los contratos con causa formativa, se estará al régimen laboral ordinario, puesto que, las restricciones de derechos -ya reconocidos para los contratos formativos en la medida en que se definen como relaciones laborales y se regulan en el ET- necesitan de una previsión legal que las justifique tal y como pone de manifiesto la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional nº 140 del este año 2021⁷¹. De ello se infiere que, a salvo las concretas indicaciones realizadas, en lo no previsto para las condiciones de trabajo, respeto de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, prevención de riesgos laborales, no discriminación y derechos digitales se regirán por las previsiones configuradoras del régimen ordinario de la relación laboral.

71 Publicada en el BOE nº 182, del 31 de julio y en la que se estima el recurso de amparo planteado contra la Sentencia nº 699/2018 de la Sala cuarta del Tribunal Supremo que en casación para la unificación de doctrina desestima el recurso al interpretar que la lectura conjunta de los artículos 51 ET y 124.13 LOPJ -y preceptos concordantes- no permitiría al trabajador cuestionar en procesos individuales la concurrencia de las causas del despido colectivo en que media acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores aunque el argumento verse sobre sobre la mediación de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho. Entiende la Sala cuarta que la no mención en los preceptos de aplicación al caso de esta posibilidad cercena esta opción individual y, para ello, toma como referencia la voluntad del legislador de que así acontezca para otros supuestos de “crisis empresarial” -concepto este en que incluye la MSCIT, la suspensión del contrato y la reducción de jornada y el descueltgue-. Esta resolución, que desdice el pronunciamiento de la Sentencia de contraste, -la del STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 23 de enero de 2013-, apoya su pronunciamiento, como decimos, en el silencio que guarda la LRJS al respecto para los casos de despido colectivo, siendo precisamente esto, el silencio del legislador, el argumento que esgrime el TC para concluir que “la interpretación del órgano judicial restringe indebidamente que la pretensión pueda ser sometida al conocimiento de los órganos judiciales, teniendo en cuenta el canon ya reflejado y el carácter de fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), del que forma parte la faceta del acceso al proceso. Y a este respecto, cabe ya anticipar que la decisión adoptada por dicho órgano no se acomoda a los postulados asentados en nuestra doctrina, en tanto que conduce a cercenar las posibilidades de ejercicio del derecho fundamental enunciado sin causa legal expresa que lo autorice”.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBIOL MONTESINOS, IGNACIO: *Contratos Formativos: prácticas y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

ASQUERINO LAMPARERO, MARÍA JOSÉ: “La Formación Dual Universitaria: Impresiones Iniciales”, *Temas Laborales*, núm. 156/2021, pp. 187-216.

BENDIT, RENÉ Y MIRANDA, ANA: “La gramática de la juventud: Un nuevo concepto en construcción”, *Scielo. Última Década*, vol. 25, n° 46, julio 2017, disponible a través de la web https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-22362017000100004&script=sci_arttext. Último acceso a fecha de 06/11/2021.

BERMAN, HAROLD J. & WITTE, JOHN JR. (ED.): *Law and Language. Effective Symbols of Community*, Cambridge University Press, 2013.

CABEZA PEREIRO, JAIME: “Sobre los contratos formativos a la vista de la reforma de 2010”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 24, 2011, pp. 1-20.

CAMAS RODA, FERRÁN: “El contrato de trabajo en prácticas” en GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA (Coord.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 217-227.

CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO: “Los contratos formativos en la reforma laboral de 2010”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11/2010, pp. 1-16.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Jóvenes y Mercado de Trabajo en España*, Informes del CES n° 2, 2020, disponible en la web <http://www.ces.es/documents/10180/5226728/Inf0220.pdf>, último acceso a fecha de 09/11/2021.

DE VAL TENA, ÁNGEL LUIS: “Trabajo en prácticas y prácticas no laborales”, *Documentación Laboral*, núm. 104, 2015, pp. 73-102.

FERNÁNDEZ ORRICO, FRANCISCO JAVIER: “La Seguridad Social de quienes participan en programas de formación, y otras tres figuras cercanas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2012, pp. 7-36.

GARCÍA VIÑA, JORDI: “La formación profesional dual en España como mecanismo de creación de empleo para los jóvenes”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 443, 2020, pp. 23-63.

GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA (Coord.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA; MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, ÁNGELA Y MOLL NOGUERA, RAFAEL: “Contratación Laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 24, 2021, pp. 1-20.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, ADORACIÓN: “Contrato para la formación y el aprendizaje” en GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA (Coord.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 228-233.

HERNÁNDEZ DE LUZ, JOSÉ LUIS: “Becarios y prácticas no laborales en empresas”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, nº 128, 2017, pp. 209-226.

IGARTÚA MIRÓ, MARÍA TERESA: “La Formación Dual en el Sistema Educativo: Balance y Propuestas de Mejora”, *Temas Laborales*, núm. 137/2017, pp. 91-125.

MARTÍN VALVERDE, ANTONIO: *Derecho del Trabajo y Mercado de Trabajo. Evolución y Reforma del Ordenamiento Laboral (1976-2019)*, Tecnos, Madrid, 2020.

MARTÍNEZ BARROSO, MARÍA DE LOS REYES Y MEGINO FERNANDEZ, DIEGO: *La formación en un mercado laboral tecnificado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MARTÍNEZ TIRADO, J. F.: “Principios Básicos y Configuración del Sistema Educativo en la Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa”, *Informes*, Ministerio de Educación y Ciencia, 1992, pp. 341-375, disponible en <https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:f1f61857-67bc-4795-a3a4-b8f964cd2470/re199219-pdf.pdf>, último acceso a fecha de 07/11/2021.

MERCADER UGUINA, JESÚS R.: “Razones, referentes y marco institucional de la formación dual en España”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 1, 2014, pp. 71-101.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS: *Las Modalidades de Contratación Temporal. Estudio Técnico de su Régimen Jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2010.

– (Coord.): *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil. XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, 2014.

MORENO GENÉ, JOSEP: “El Contrato para la Formación y el Aprendizaje: Un Nuevo Intento de Fomento del Empleo Juvenil mediante la Cualificación Profesional de los Jóvenes en Régimen de Alternancia”, *Temas Laborales*, núm. 116/2012, pp. 35-87.

– “La nulidad de las cláusulas convencionales limitativas del número de contratos para la formación y el aprendizaje. A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2018”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019, pp. 1-22.

– “El Contrato para la Formación Dual Universitaria: Una Primera Aproximación a la Espera de su Imprescindible Desarrollo Reglamentario”, *e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)*, vol. 6, núm. 1/2021, pp. 1-47. Disponible a través de la web <https://revistascientificas.us.es/index.php/erips/article/view/16800/15070>, último acceso a fecha de 19/10/2021.

MORENO MÁRQUEZ, ANA MARÍA: “Los Contratos Formativos”, *Temas Laborales*, núm. 107/2010, pp. 123-161.

QUESADA SEGURA, ROSA MARÍA: “Derechos de Formación Profesional y Contratos Formativos”, *Temas Laborales*, núm. 115/2012, pp. 165-191.

RABANAL CARBAJO, PEDRO: *Los Contratos de Trabajo Formativos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL: “Contrato de aprendizaje y formación dual. El Real Decreto 1529/2012”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2013, pp. 1-20.

ROMERO BURILLO, ANA MARÍA: “La actividad formativa en el contrato para la formación y el aprendizaje: nuevas cuestiones”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 9/2014, pp. 1-14.

SALA FRANCO, TOMÁS: “Los contratos formativos”, *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 100, Fascículo 1, Año 2000, pp. 397-414.

SÁNCHEZ PÉREZ, JOSÉ: “Cuatro razones para declarar la inconstitucionalidad e ilegalidad de la regulación reglamentaria de las prácticas no laborales (RD 1543/2011)”, *Revista General del Derecho y de la Seguridad Social*, núm. 38, 2014, pp. 1-34.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V. (Dir.): *Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, Editorial de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2020.

SOUTO KUSTRÍN, SANDRA: “Juventud, Teoría e Historia: La Formación de un Sujeto Social y de un Objeto de Análisis”, *Historia Actual Online*, nº 13, Invierno 2007, pp. 171-192, disponible a través de la web <https://digital.csic.es/bitstream/10261/162771/1/208-783-1-PB.pdf>, último acceso a fecha de 06/11/2021.

VIDA SORIA, JOSÉ: “Vilanos del Estatuto de los Trabajadores (sobre su génesis, significado, evolución y su desaparición)” en GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA (Coord.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 8-14.

VILA TIERNO, FRANCISCO A.: *El contrato para la formación en el trabajo*, Cuadernos Aranzadi Social, Navarra, 2008.

– “El contrato para la formación”, en MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (Dir.) y SERRANO FALCÓN, CAROLINA (Coord.): *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2010.

6. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES Y DE DOCTRINA JUDICIAL

- STC nº 140/2021, de 12 de julio. ECLI:ES:TC:2021:140
- STS (Sala de lo Social) de 19 febrero 1996. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2906/1995.
- STS (Sala de lo Social) de 30 junio 1998. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3675/1997.
- STS (Sala de lo Social) de 25 marzo 1999. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2490/1998.
- STS (Sala de lo Social) de 18 diciembre 2000. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 456/2000.
- STS (Sala de lo Social) de 10 febrero 2003. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2355/2002.
- STS (Sala de lo Social) de 31 mayo 2007. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 401/2006.

- STS (Sala de lo Social Sección 1ª) de 16 de febrero de 2009. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 864/2008.
- STS (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 968/2018, de 20 noviembre, ECLI:ECLI:ES:TS:2018:4111
- STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 564/2020, de 1 julio, ECLI:ECLI:ES:TS:2020:2566
- STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 2476/2019, de 24 octubre, ECLI:ECLI:ES:TSJAND:2019:16148
- STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 2509/2020, de 12 noviembre, ECLI:ECLI:ES:TSJAND:2020:16227
- STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 669/2018, de 18 abril, ECLI:ECLI:ES:TSJAND:2018:4156
- STSJ de Aragón (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 768/2018, de 26 diciembre, ECLI:ECLI:ES:TSJAR:2018:1762
- STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 1165/2020, de 1 julio, ECLI:ECLI:ES:TSJAND:2020:9093
- STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 2750/2019, de 13 noviembre, ECLI:ECLI:ES:TSJAND:2019:15959
- STSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 2605/2018, de 6 noviembre, ECLI:ECLI:ES:TSJAS:2018:3560
- STSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 226/2019, de 12 febrero, ECLI:ECLI:ES:TSJAS:2019:276
- STSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 1824/2019, de 25 julio, ECLI:ECLI:ES:TSJAS:2019:2729
- STSJ de Cantabria (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 346/2021, de 14 de mayo, ECLI:ECLI:ES:TSJCANT:2021:165
- STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 140/2019, de 18 de enero, ECLI:ECLI:ES:TSJCV:2019:134
- STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 3179/2020, de 22 de septiembre, ECLI:ECLI:ES:TSJCV:2020:5846
- STSJ de Extremadura (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 237/2020, de 8 julio, ECLI:ECLI:ES:TSJEXT:2020:550
- STSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 4615/2019, de 22 noviembre, ECLI:ECLI:ES:TSJGAL:2019:6550
- STSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 1517/2020, de 11 mayo, ECLI:ECLI:ES:TSJGAL:2020:1954
- STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 117/2021, de 1 febrero, ECLI:ECLI:ES:TSJICAN:2021:268
- STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 484/2021, de 13 de mayo, ECLI:ECLI:ES:TSJICAN:2021:1134
- STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 68/2021, de 11 febrero, ECLI:ECLI:ES:TSJICAN:2021:193
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 6a) núm. 110/2018, de 12 febrero, ECLI:ECLI:ES:TSJM:2018:773
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 983/2019, de 18 de octubre, ECLI:ECLI:ES:TSJM:2019:10538

PONENCIA GENERAL PRIMERA:
CONTRATOS FORMATIVOS. PROPUESTAS PARA CONSTRUIR
EL FUTURO A PARTIR DE LOS PROBLEMAS DEL PRESENTE

105

- STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3a) núm. 286/2020, de 21 abril, ECLI:ECLI:ES:TSJM:2020:6400
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4a) núm. 393/2021, de 27 mayo, ECLI:ECLI:ES:TSJM:2021:6411
- SJS de Guadalajara (Castilla-La Mancha) núm. 34/2020, de 5 febrero, ECLI:ECLI:ES:JS0:2020:490

PONENCIA GENERAL PRIMERA CONTRATACION FIJA DISCONTINUA¹

ESPERANZA ROALES PANIAGUA

*Prof.^a. Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

1. Introducción
2. Antecedentes normativos del trabajo fijo discontinuo
3. La acertada y esperada unificación del régimen jurídico de los trabajos fijos discontinuos
4. Ampliación del tradicional objeto del contrato fijo discontinuo
 - 4.1. Trabajos de carácter estacional y trabajos intermitentes
 - 4.2. El trabajo fijo discontinuo en el marco de contratos mercantiles o administrativos 4.3 Contratos fijos discontinuos y empresas de trabajo temporal
5. El llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos y los efectos de su incumplimiento
 - 5.1. El margen de actuación de los convenios colectivos
 - 5.2. Los efectos de los incumplimientos relacionados con el llamamiento
6. Contrato fijo discontinuo y antigüedad: la incidencia del acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial.
7. El protagonismo de la negociación colectiva sectorial
 - 7.1. Celebración a tiempo parcial de los contratos fijos discontinuos
 - 7.2. La lógica desaparición a nivel legal de la cláusula de conversión de contratos temporales en fijos discontinuos y su sustitución por la conversión del fijo discontinuo en fijo ordinario

¹ Una primera versión de este trabajo fue presentada en las XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, celebradas en la Universidad de Cádiz, los días 25 y 26 de noviembre de 2021.

1. INTRODUCCIÓN

De conformidad con los objetivos y medidas establecidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia dentro del Componente 23 relativo a las «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo» se ubica la reforma laboral llevada a cabo por el Real Decreto Ley 32/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Frente a la alta tasa de temporalidad y rotación de los contratos, la Reforma C23R4 4 aboga por la simplificación de los contratos; generalización del contrato indefinido, causalidad y simplificación de la contratación temporal, en la que se ubica la reforma del contrato de trabajo fijo discontinuo favoreciendo el uso del contrato fijo discontinuo para actividades cíclicas y estacionales².

La reforma ha supuesto una gran transformación del contrato de trabajo fijo discontinuo, con entrada en vigor el 30 de marzo de 2022 en virtud de la Disposición final octava punto 2 letra c), dándole un nuevo protagonismo, viniendo a cubrir el espacio que anteriormente era ocupado por determinados contratos de trabajo de duración determinada. De ser un contrato poco conocido y utilizado ha pasado a convertirse en un contrato con un gran peso dentro de nuestro modelo de contratación laboral.

La reforma del contrato de trabajo fijo discontinuo presenta tres características bien definidas: la primera está relacionada con una ampliación considerable de su tradicional ámbito de aplicación y un nuevo enfoque más moderno en el concepto de referencia del contrato fijo discontinuo. Lo fijo discontinuo se define por las características de los trabajos realizados y no por las características de la actividad. En segundo lugar, se ha mejorado en transparencia con el reconocimiento de derechos de información hacia las personas trabajadoras y sus representantes, así como en las garantías establecidas para las personas trabajadoras y, por último, es manifiesta el protagonismo de la negociación colectiva en la regulación de la relación de trabajo fija discontinua, con un gran número de remisiones a la negociación colectiva promocionando la regulación de determinadas materias por los convenios colectivos, con una clarísima preferencia por el convenio colectivo de ámbito sectorial. Sin embargo, en algunas de las remisiones a la negociación colectiva se presentan dificultades de interpretación en cuanto al alcance del concreto ámbito de negociación al que van referidas.

También hay que señalar que la reforma del artículo 16 ET es novedosa en parte de su contenido, pero no en otra porque se ha limitado a incluir en el texto legal lo que ya se venía aplicando por resoluciones judiciales del TS y del Tribunal de Justicia de la Unión, aunque, por el contrario, también ha reconocido la contratación fija discontinua a las empresas de trabajo temporal en contra de la doctrina sentada por el TS, y en el sentido del voto particular emitido en la referida sentencia.

Dificultades se pueden presentar con respecto al ámbito de actuación del contrato fijo discontinuo y el contrato por circunstancias de la producción. El nuevo contrato por circunstancias de la producción inferior a 90 días, con toda seguridad se celebrará en sectores donde ha sido tradicional el contrato fijo discontinuo (comercio, hostelería, trabajos agrícolas), lo que no estará

² Plan de Recuperación, transformación y Resiliencia, 27 de abril de 2021. Anexo 4, p.337 30042021-Plan Recuperación Transformación Resiliencia.pdf (lamoncloa.gob.es)

exento de complejidad sobre todo porque podría suponer una sustracción de parte del ámbito objetivo de aplicación del contrato fijo discontinuo.

A pesar de las dudas interpretativas que surgirán en la aplicación del nuevo art. 16 ET, la nueva regulación mejora considerablemente a la anterior y el desarrollo efectivo de la negociación colectiva a la que alude constantemente el precepto estatutario será fundamental para enriquecer la regulación de los contratos fijos discontinuos y para mejorar las garantías hacia las personas trabajadoras.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL TRABAJO FIJO DISCONTINUO

No cabe ninguna duda que la regulación de la contratación fija discontinua se ha caracterizado, tradicionalmente, por sus vaivenes normativos y por su ubicación en distintos preceptos estatutarios denotando una cierta inseguridad del legislador en lo que respecta a la configuración, calificación y dotación de contenido de esta figura contractual, que transmitía la certeza de encontrarnos ante un «work in progress». Que la regulación normativa no iba a gozar de cierta permanencia y que su modificación legislativa no tardaría en producirse, se presentaba como algo evidente e inevitable, como así ha ocurrido desde que apareció por primera vez en una norma preconstitucional y que, a día de hoy, ha culminado con la modificación del art. 16 del ET por el RDL 32/2021.

Efectivamente, desde la Ley de Relaciones Laborales de 1976 hasta la actualidad, el contrato fijo discontinuo ha estado sometido a múltiples regulaciones vinculadas al principio de estabilidad en el empleo, principio que, aunque está suficientemente arraigado en la definición del trabajo permanente pero cíclico, no ha dejado de ser reforzado en los últimos años: unas veces incentivando la conversión de los contratos temporales eventuales de trabajadores agrarios en contratos fijos-discontinuos y, otras, prolongando el periodo de actividad de los trabajadores con contratos de trabajo fijos discontinuos en los sectores de turismo y comercio y hostelería vinculados a la actividad turística³. Por otro lado, también se habían puesto en marcha iniciativas legislativas para reformar el contrato fijo discontinuo, con la finalidad de corregir, esta vez, la precariedad a la que se ha visto abocada esta forma de contratación⁴, a pesar de su carácter indefinido, por trabajar solo una parte del año y estar rodeada de incertidumbre el inicio de los periodos de actividad; precariedad que tiene un perfil marcadamente femenino⁵.

3 Medidas establecidas en el RDL 8/2019, de 8 de marzo de Medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

4 Proposición de Ley contra la precariedad y por la estabilidad en el empleo, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidad Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, presentado el 4 de septiembre de 2019 (BOCG 11 de septiembre de 2020). Al respecto, vid. Espín Sáez, M., «Reforma y contrato fijo discontinuo: ¿precariedad y transición hacia un Derecho del Trabajo de la recuperación?», en De la Puebla Pinilla, A., y Mercarder Uguina, J.R., (Dir.), *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Valencia 2019, pp. 91-115.

5 Sirva de ejemplo el Informe socioeconómico elaborado por CCOO, A la ofensiva contra la precariedad, la desigualdad y la discriminación en la industria del pescado, de 14 de septiembre de 2020, en el que el 82.38% de los contratos fijos discontinuos que existen en el sector, recaen sobre las mujeres. <https://www.ccoo.es/92b3e86c4f2bbf20ed5a9f7014b97dd9000001.pdf> última visita 4 de octubre de 2021.

Frente a otras figuras contractuales en las que la regulación legal por lo general ha sido más minuciosa y establece claros límites para la negociación colectiva, en la contratación fija discontinua, la regulación legal del trabajo fijo discontinuo se ha caracterizado por su carácter escueto, casi ausente, haciendo una remisión puntual a la negociación colectiva para que regulara *ex novo* algunas cuestiones nucleares de la contratación fija discontinua, como el llamamiento de los trabajadores.

Ciertamente la contratación fija discontinua ha presentado desde sus orígenes, un fuerte componente sectorial y estacional muy específico⁶, que lo ha hecho característico de determinadas actividades, principalmente en el sector primario y terciario, a saber y sin ánimo de exhaustividad: turismo, comercio, hostelería y actividad agrícola, extendiéndose también a la industria alimentaria por el procesamiento de productos agrícolas y pesqueros, que justifican, por otro lado, que la negociación colectiva tenga un especial protagonismo en la regulación de determinadas condiciones de trabajo, al presentarse la contratación fija discontinua en sectores con peculiaridades propias y específicas no extrapolables. Sin embargo, se ha echado en falta hasta la fecha que la regulación estatutaria no estableciera en lo que se refiere al llamamiento de los trabajadores ni tan siquiera criterios subsidiarios ante la falta de regulación convencional⁷, ni mecanismos sustitutorios ante la falta de convenio de colectivo como podría ser el acuerdo con los representantes de los trabajadores, lo que podía conminar, en estos casos, a que fuera el empresario el que determinara el criterio del llamamiento unilateralmente. La nueva regulación del art. 16 ET, como veremos más adelante, viene a paliar, parcialmente, dichas ausencias.

Las continuas reformas legislativas han incidido claramente y, también, por qué no decirlo, han complicado en demasía, la delimitación conceptual del contrato de trabajo fijo discontinuo. Desde su primera concreción a nivel legal en la Ley de Relaciones Laborales de 1976 hasta la actualidad, el contrato se ha definido en diferentes normas con un breve espacio temporal entre unas y otras: unas como contrato indefinido *sui generis*, distinto del ordinario, otras como contrato temporal y también como contrato a tiempo parcial, hasta su configuración como una figura contractual autónoma con una regulación propia y separada del contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial.

La Ley de Relaciones Laborales de 1976, con un propósito de actualización y con el carácter de plataforma mínima para la regulación de las relaciones laborales, parte de la duración indefinida del contrato de trabajo como regla general (art. Catorce), como medida de refuerzo del principio de estabilidad del empleo. En consecuencia, la ley presentó claramente la contratación fija discontinua como una modalidad de contratación indefinida, separada nitidamente de los supuestos de contratación de duración determinada que aparecían vinculados al principio de causalidad (art. Quince. Uno), para trabajos permanentes de la actividad de la empresa que tuvieran carácter discontinuo (art. Dieciséis. Uno), estableciendo un orden de llamamiento para el trabajador por riguroso orden de antigüedad dentro de cada especialidad, con la posibilidad de que el trabajador inste, en caso de incumplimiento, el procedimiento por despido (art. Dieciséis. Dos). De esta manera se sientan las bases de regulación sobre algunos de los aspectos más relevantes de estos contratos que siguen manteniéndose actualmente.

6 Al respecto, Valverde Asencio, A. J., La determinación de los periodos de actividad de los trabajadores fijos discontinuos, Valencia 2002, pp. 22 y ss.; .

7 García Ortega, J., «El contrato fijo discontinuo. Retos actuales de una modalidad contractual histórica», *Documentación Laboral*, núm. 110, 2017- Vol.II, p.100.

En muy poco tiempo, la consideración del contrato de trabajo fijo discontinuo como contrato indefinido, quedó en entredicho con la redacción del art. 15. 1. letra e) del ET de 1980 y con el desarrollo reglamentario del Real Decreto 2303/1980, de 17 de octubre, de aplicación del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación temporal. En efecto, la nueva ubicación sistemática del contrato fijo discontinuo en el citado precepto los sitúa como una modalidad de contrato de trabajo de duración determinada, si bien considera que los trabajadores que realizaran trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo, tendrían la consideración, a efectos laborales, de fijos de trabajos discontinuos, lo que no dejaba de ser una contradicción en sí misma. De ahí que la doctrina considerara que lo que se había producido era un error en la ubicación de esta modalidad contractual, más que un cambio en la tipología de la contratación fija discontinua, que seguía definiéndose por su carácter indefinido⁸ por la vigencia del principio de estabilidad en el empleo. Se mantiene el llamamiento a los trabajadores cada vez que la actividad vaya a realizarse, desapareciendo de la regulación legal y reglamentaria el criterio de antigüedad para ordenar el llamamiento de los trabajadores.

La Ley 32/1984 y su desarrollo reglamentario mantiene al contrato de trabajo fijo discontinuo en su ubicación sistemática anterior, pero se plasma a nivel legal el carácter indefinido de estos contratos, aunque no se prestaran servicios todos los días que el conjunto del año tuvieran la consideración de laborales con carácter general, independientemente que la prestación de ejecución intermitente o cíclica se realizara en empresas con actividades de temporada o campaña o en actividades de carácter normal y permanente respecto del objeto de la empresa (art. 11 RD 2104/1984) , ensanchándose la naturaleza jurídica del contrato fijo continuo⁹. Con la referencia al índice anual para los contratos de trabajo fijos y periódicos de carácter discontinuo, se produce un primer acercamiento a la consideración de estos como contratos de trabajo a tiempo parcial, aunque formal y legalmente no fuera así, puesto que se excluía del contrato parcial el módulo anual como índice de referencia, quedando pues, en exclusiva, para los contratos fijos discontinuos.¹⁰

Con la reforma introducida por el RD 18/1993, se consagra a nivel legal la consideración del contrato fijo discontinuo como contrato de trabajo a tiempo parcial, incluyéndolo en el art. 12 del ET, apareciendo por primera vez como modalidad de trabajo a tiempo parcial por tiempo indefinido, la distinción entre trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa y aquellos que tuvieran el carácter de fijos discontinuos y no se repitieran en fecha cierta. Esta regulación se mantendría, aunque con matices hasta la reforma del año 2001¹¹.

La Ley 12/2001, de 9 de julio de medidas urgentes de la reforma del mercado de trabajo vuelve a colocar sistemáticamente al contrato de trabajo fijo discontinuo en la ubicación que

8 Valverde Asencio, A.J., La determinación del periodo de actividad...», cit., p. 28; Gorelli Hernández, J., «El contrato de trabajo fijo discontinuo» en *Modalidades de contrato de trabajo*, (Ojeda Avilés, Dir.), Madrid, 2003, p. 282.

9 Se consideró como dato característico de la reforma, «La comprensión legal de que diferentes supuestos posibles podrían tener cabida dentro del contrato tipo». Cfr. Valverde Asencio, A. J., La determinación del periodo de actividad...», cit., p. 29.

10 El art. 12 de la Ley 32/1984, entendía el contrato a tiempo parcial cuando se prestaran servicios «... durante un determinado número de horas al día o la semana, o de días a la semana o al mes, inferiores a los dos tercios de la proyección sobre tales periodos de tiempo de la jornada habitual de la actividad»

11 Matices introducidos por el por el RDL 8/1997, RDL15/1998 y la Ley 55/1999.

tenía antes de la reforma del año 1993, añadiendo el apartado 8 al art. 15 del ET, distinguiendo entre el trabajo fijo discontinuo stricto sensu¹² que no se repita en fecha cierta, como una modalidad de contrato de trabajo autónoma y los fijos discontinuos que se repitan en fecha cierta, manteniéndose para estos últimos la consideración de contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido. Lo característico de esta reforma no fue tanto de conceptos en torno a la diferenciación de los trabajos fijos y periódicos con los discontinuos, sino de resultados, al introducir regímenes jurídicos distintos, dejando fuera del contrato a tiempo parcial a este último¹³. No se atisba la razón de ser de la citada reforma si no es para reducir el ámbito de aplicación material del trabajo fijo discontinuo, para dar un mayor impulso y cobertura a la contratación a tiempo parcial con la única intención, en mi opinión, de ofrecer a los empresarios una mayor flexibilidad en la gestión de las necesidades empresariales, al no quedar sujeto el contrato a tiempo parcial a la obligación del llamamiento pero sí sometido a la realización “pactada” de horas complementarias. La distinta regulación se mantiene en el ET de 2015, aunque regulando el contrato fijo discontinuo que no se repite en fecha cierta en el art. 16.

El proceso de reforma culmina con Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

3. LA ACERTADA Y ESPERADA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TRABAJOS FIJOS DISCONTINUOS

El apartado 2 del art. 16 antes de su reforma establecía dentro del trabajo estacional otra modalidad de trabajo fijo discontinuo para aquellas actividades que se repitieran en fecha cierta a los que se les aplicaba la regulación del contrato a tiempo parcial cuando se concertaran para realizar trabajos fijos y periódicos dentro de la actividad normal de la empresa de conformidad con lo establecido en el art. 12.3 del ET. La principal diferencia entre ambas modalidades en un plano estrictamente formal reside en que la reiteración de la actividad, que también tiene que ser permanente en los trabajos fijos y periódicos, tendrá una cadencia temporal absolutamente regular¹⁴, en el que se conoce de antemano la fecha de comienzo y finalización de estos. Por otro lado, junto al criterio de la previsibilidad de la actividad como criterio que diferencia los trabajos fijos y periódicos de los fijos discontinuos, se ha considerado que uno de los elementos de vertebración que distingue a ambos tipos de contratos es si la regulación de la obligación del llamamiento aparece como elemento característico privativo del trabajo fijo discontinuo o es predicable su vez, también, del trabajo fijo periódico¹⁵. Pero lo cierto, es que la citada obligación

12 En palabras de Goerlicht Peset, J.M^a., «Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga discusión?», *Temas Laborales*, núm. 61, 2001, p.128.

13 Goerlicht Peset, J.Ma., op. ult. cit., p.132.

14 García Ortega, J., «El contrato fijo discontinuo. Retos actuales de una modalidad contractual histórica», p. 97.

15 Goerlicht Peset, J.M^a., «Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga discusión?», cit, p.131; Martínez Abascal, V.A., «Los trabajados fijos periódicos y fijos discontinuos» en *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Valencia 2010, p. 154.

ha venido exigiéndose para los trabajadores fijos discontinuos que no se repitan en fecha cierta¹⁶ sin perjuicio que, para los fijos periódicos, pudiera fijarse por vía convencional o contractual¹⁷.

A pesar de los esfuerzos doctrinales por encontrar criterios que justificaran la disparidad de tratamiento entre ambas figuras contractuales de carácter estacional, es difícil encontrar una actividad fija discontinua que se repita en fecha cierta puesto que incluso en las actividades cíclicas más estables, que no están vinculadas a factores climatológicos, como puede ser la enseñanza y sus actividades conexas, pueden acaecer circunstancias que impidan que la actividad se repita en la misma fecha cierta, año tras año, tal como ha ocurrido estos dos últimos, con la crisis originada por la pandemia por Covid-19. En consecuencia, el margen de la imprevisibilidad para los trabajos fijos y periódicos en lo referido a duración e intensidad existe, aunque sea bastante más reducida, lo que haría necesario también en este caso, el llamamiento del trabajador¹⁸.

Realmente, en mi opinión, la única diferencia entre ellos consistía que los que se repitieran en fecha cierta podrían realizar horas complementarias y los otros no, pero si, horas extraordinarias. Es decir, nos encontrábamos ante dos regímenes jurídicos diferenciados, pero mantenían elementos comunes difíciles de eludir¹⁹. Incluso en la jurisprudencia, el tratamiento de los trabajos fijos y periódicos que se repiten en fecha cierta, han ocupado una posición muy residual en comparación con los pronunciamientos judiciales que se refieren al trabajo fijo discontinuo que no se repite en fecha cierta²⁰.

Por ello, y sin detenerme más en este asunto, había unanimidad doctrinal en considerar artificiosa y carente de sentido la distinción legal efectuada entre los trabajadores fijos discontinuos, al ser trabajos de reiteración cíclica, abogándose por una única regulación legal, la establecida en el art. 16 de ET, independientemente de su reiteración cierta o incierta, suprimiéndose como variedad de contrato a tiempo parcial²¹. Calificativo que también ha sido puesto de manifiesto por el RDL 32/2021 para dejar sin efecto el doble régimen jurídico entre contratos fijos discontinuos y fijos periódicos.

En esta línea ha ido dirigida la reforma, el preámbulo del RDL 32/2021, considera que no resulta justificado ni a efectos legales ni conceptuales la distinción entre fijos discontinuos y fijos periódicos, incluyéndolos en un única figura contractual, con régimen jurídico y catálogo de derechos común que «sin perjuicio de las especialidades asociadas a esta modalidad contractual, garantiza el principio de no discriminación e igualdad de trato», respondiendo a lo que ya existe

16 STS, 17 de diciembre de 2001, fundamento jurídico segundo.

17 Ruano Albertos, S., «Consecuencias de la comunicación por parte de la empresa del no llamamiento a determinados trabajadores fijos discontinuos como consecuencia de un descenso en la actividad» *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 32/2001, BIB 2011/1041, p. 4.

18 González Sánchez, J.J., «El contrato de trabajo fijo discontinuo y su extinción» en (Gil y Gil, J.L. y Del Valle, J.M. (Coord.), *El despido disciplinario. Homenaje al Prof. Sagardoy Bengoechea*, Madrid, 2009, p. 453.

19 Valverde Asencio, A.J., *La determinación del periodo de actividad...*, op., cit. p.78.

20 Consideradas por los tribunales como actividad discontinua de duración cierta y periódica, Vid. monitor de transporte escolar (STSJ Cataluña, 15 de septiembre de 2011 JUR 2011/ 369908), profesora en escuela municipal de música (STSJ Galicia, 29 de septiembre de 2010) y atención a escolares con necesidades educativas especiales (STSJ Andalucía, Sevilla 21 de diciembre de 2017 (AS 236) al ser la actividad de inicio y fin en fechas ciertas coincidentes con la duración del curso escolar.

21 Valverde Asencio, A.J., *La determinación del periodo de actividad...*, op., cit. p.78; Cruz Villalón, J., op. cit. p. 268 y García Ortega, J., «El contrato fijo discontinuo. Retos actuales ...» op., cit., p.97.

en materia de protección social, procediendo, en consecuencia, y en virtud de la disposición derogatoria única del RDL 32/2021, a derogar expresamente el art. 12.3. ET. Se unifica, por tanto, todo el trabajo cíclico, intermitente, independientemente de su reiteración en fecha cierta o incierta, liberándolo del pacto de horas complementarias y de la prohibición de realizar horas extraordinarias²².

4. AMPLIACIÓN DEL TRADICIONAL OBJETO DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO

El nuevo protagonismo que se le quiere dar al contrato fijo discontinuo pasa por ocupar el espacio en el que se han venido desarrollando determinadas modalidades contractuales de duración determinada, lo que ha supuesto una ampliación y gran transformación de esta figura tradicional.

Por otro lado, en la nueva normativa lo decisivo en la definición del trabajo fijo discontinuo son los trabajos que conforman su ámbito objetivo sin que se haga ninguna mención a la actividad de la empresa. Lo que tiene naturaleza fija discontinua son determinados trabajos que pueden darse, en principio, en cualquier empresa. Es decir, lo que se define como fijo discontinuo es el trabajo en el que concurren dichas características y no la actividad. Este cambio no es baladí, porque es el que ha propiciado, por ejemplo, que se extienda la posibilidad de acudir a esta forma de contratación por las empresas de trabajo temporal. Como veremos en el apartado correspondiente, una de las razones esgrimidas por las que el Tribunal Supremo consideró que las ETT no podían recurrir al contrato fijo discontinuo era afirmar que no cabía calificar de actividad fija discontinua la llevada a cabo por el trabajador contratado por una ETT ya que la actividad que realiza la citada empresa es la puesta a disposición de trabajadores para la empresa usuaria.

El nuevo art. 16.1 ET, contempla tres supuestos en los que resulta necesario acudir a esta figura contractual. La primera va referida a la realización de trabajos de carácter estacional o vinculados a actividades productivas de temporada. El segundo, para la realización de aquellos trabajos que no tengan naturaleza estacional o de temporada pero que siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertas, determinados o indeterminados y, el tercero, para el desarrollo de trabajos en el marco de contratos mercantiles o administrativas que son previsibles y forman parte de la actividad ordinaria de la empresa.

Por otro lado, las posibilidades de contratación fija discontinua se extienden expresamente a las empresas de trabajo temporal para celebrar contratos de esta naturaleza con personas contratadas para ser cedidas en los términos previstos en el art. 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. Asimismo, la disposición adicional cuarta del RDL 32/2021, permite la celebración de contratos de trabajo fijos discontinuos en el sector público cuando «resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tengan encomendados, previa expresa acreditación».

²² Calvo Gallego, J, «La reforma de la contratación temporal estructural en el RDL 32/2021», en prensa, p.36.

Por otro lado, el contrato fijo discontinuo va a convivir con el contrato temporal por circunstancias de la producción, regulado en el art. 15 ET, al igual que ha venido conviviendo con el contrato eventual por circunstancias de la producción con no pocos problemas de identificación y de sustracción por este último de parte del ámbito del contrato fijo discontinuo. Igualmente puede ocurrir con el contrato por circunstancias de la producción para atender circunstancias ocasionales y previsibles. Al tener un máximo de 90 días al año que no podrán utilizarse de forma continuada, podrá ser utilizado en sectores de gran tradición de fijos discontinuos para atender necesidades temporales (comercio, hostelería, trabajos agrícolas). Dependerá de la interpretación laxa o estricta que hagan los tribunales, pero todo parece indicar que la limitación objetiva establecida para el contrato por circunstancias de la producción de 90 días va a permitir que, si la duración de la necesidad ocasional y previsible es inferior, no habrá que acudir a la contratación fija discontinua abriéndose una bolsa temporal de 90 días.

4.1. Trabajos de carácter estacional y trabajos intermitentes

Por lo que se refiere a la realización de trabajos de carácter estacional o vinculados a actividades productivas de temporada son la parte del ámbito objetivo tradicional sobre el que se construyó el contrato fijo discontinuo anterior a la reforma. Todo el acervo jurisprudencial sobre el contrato fijo discontinuo previo a la reforma nos servirá como criterio interpretativo²³. Se trata de los trabajos fijos, de reiteración cíclica que se repiten año tras año, aún con distinta intensidad. Estos trabajos que, en su origen, surgieron vinculados a sectores productivos determinados para atender necesidades productivas de carácter estacional, pueden presentarse tanto en empresas con una actividad continuada a lo largo del año como en empresas de temporada o funcionamiento discontinuo. Esto es, los trabajos fijos discontinuos pueden cubrir necesidades estacionales de la actividad productiva desarrollada por la empresa, durante todo el año -véase el caso de las actividades turísticas en las que se incrementa la actividad de la empresa en determinadas épocas del año, a las que se les llama «temporada alta»-.

En este supuesto el dato fundamental para considerar la naturaleza fija discontinua de una relación laboral es que ha de acreditarse «el carácter permanente de la actividad como consecuencia de una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, a intervalos separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad»²⁴. Ello significa que el contrato de trabajo fijo discontinuo es un híbrido intermedio entre contrato indefinido, sin término de conclusión ni condición resolutoria, contrato a tiempo parcial, por la jornada anual realmente trabajada y desempleo, por el periodo anual no trabajado, que se toma como parte esencial de su naturaleza, sin el cual, no existiría. Así se entiende que los trabajos de reiteración cíclica se caracterizan por no prestarse de forma continuada a lo largo del año, al ser un dato consustancial a la naturaleza del contrato, la discontinuidad en el trabajo, independientemente de que la empresa desarrolle su actividad durante todos los días del año, pues este dato no es incompatible, como hemos visto, con la contratación de trabajadores fijos discontinuos. En caso contrario, esto es, en la prestación de servicios de forma continuada y sin solución de continuidad, estaría justificada la celebración de un «contrato fijo continuo»²⁵. A pesar de la doctrina sentada por el TS, determinados convenios se mantienen resistentes a que un trabajador fijo

23 García Ortega, J., «El contrato fijo discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral» <https://www.aedtss.com/category/briefs-de-la-aedtss/>

24 Por todas STS, 26 de octubre de 2016 (RJ 5606).

25 STS, 28 de octubre de 2020 (RJ 4623).

discontinuo que trabaja incluso el mismo número de días que un trabajador fijo indefinido, pierda su condición para adquirir la condición de fijo indefinido por el número de días trabajados²⁶.

Cuestión relativa a la continuidad en el trabajo de los fijos discontinuos, fue analizada por el TS en sentencia de 8 de julio de 1991 (RJ 5873), en la que se postulaba por los trabajadores el reconocimiento de su condición de fijos permanentes por haber trabajado para una empresa dedicada a conservas vegetales, ininterrumpidamente, durante varios años, ocupando sus tareas en actividades de campaña. En este caso se llegó a admitir por el Tribunal que la condición de fijo discontinuo no se perdía en favor de una novación en contrato fijo permanente porque lo realmente importante no era tanto la cantidad de tiempo dedicado, como que el trabajador siempre realizó las tareas propias de la campaña y no se había dedicado a otra actividad, siendo esto último lo determinante para no desvirtuar la condición de fijo discontinuo. Sin embargo, la STS, 15 de julio de 2010 (RJ 7118) en un supuesto similar - peón de almacén en empresa dedicada a envasado y manipulado de frutas hortalizas, con campañas que se inician el 1 de enero y terminan el 31 de diciembre que trabaja durante varios años de forma ininterrumpida en las sucesivas campañas-- disiente de la doctrina anterior, que limitaba la condición de fijo permanente a la prestación de servicios en actividades distintas de la campaña, estableciendo con carácter *obiter dictum* que podría llegarse a solución distinta “respecto a trabajadores que en su actividad laboral acreditaran la condición de fijo discontinuo por la intermitencia de su ocupación para distintas campañas de la empresa”.

Por lo contrario, no se puede concluir que la actividad empresarial ostente carácter cíclico e intermitente por el mero hecho de interrumpirse en cortos periodos temporales por propia voluntad empresarial de paralizar la actividad, pues ello supondría admitir que el cierre por vacaciones de cualquier empresa durante una parte del periodo estival, algo frecuente, por otro lado, en determinadas zonas geográficas del país, haría decaer el carácter permanente de la actividad productiva²⁷.

Este supuesto de contrato fijo discontinuo se define por su carácter estacional que revela una necesidad estable de la empresa que se reitera todos los años en fecha incierta, según lo establecido en el art. 16.1 ET, sin que haya una remisión al convenio colectivo para que este proceda a establecer otras formas de adquirir la condición de fijo discontinuo. A diferencia de la regulación del llamamiento, nos encontramos ante una definición cerrada en la que no se atisba ninguna posibilidad de intervención del convenio colectivo, ni tan siquiera para establecer el cumplimiento de requisitos adicionales para que los trabajadores adquieran dicha condición

26 Convenio Colectivo de Trabajo para las Industrias del Aceite y sus derivados de la provincia de Sevilla. Artículo 31. Trabajadores fijos de trabajos discontinuos. «Son trabajadores fijos de trabajo discontinuos para este sector en concreto, aquellos trabajadores que con independencia del número de días trabajados al año y figurando en el escalafón de trabajadores fijos discontinuos son llamados según el sistema de llamamiento regulado en el presente convenio colectivo en función de las necesidades de producción de la empresa».

«Dada las características del trabajador fijo discontinuo del Sector del Aceite y sus Derivados de Sevilla y Provincia, dicho trabajador podrá trabajar incluso igual número de días que un trabajador fijo indefinido sin que por ello pierda su condición de trabajador fijo discontinuo, es decir, sin que ello implique que dicho trabajador adquiera la condición de trabajador fijo indefinido por el número de días trabajados».

27 STSJ, Andalucía, (Málaga) 13 de diciembre de 2017 (JUR 2018/71669). Actividad continuada durante más de 10 meses cada año solo interrumpiéndose el mes de agosto y parte de septiembre por propia voluntad empresarial de no programar espectáculos en dicha temporada.

y ello es así porque en este supuesto de contratación fija discontinua el principio de causalidad, conectado a la naturaleza de la actividad, es determinante en su configuración legal. Queda sustraída, por tanto, a la posible negociación colectiva, la delimitación conceptual del trabajo fijo discontinuo. Así, podemos afirmar que, en el citado precepto, se produce una reserva normativa tácita del concepto de trabajador fijo discontinuo, en favor de la ley.

Sin embargo, no es infrecuente que los convenios colectivos sectoriales, que establezcan requisitos específicos, vinculando la adquisición de fijo discontinuo a trabajadores contratados temporalmente por la efectiva prestación de servicios, durante un determinado número de jornadas de trabajo efectivo al año, en varios años consecutivos o alternos, en las diferentes campañas²⁸. De esta manera nos encontramos con dos modalidades de trabajo fijo discontinuo; uno nace por voluntad de la ley y otro se hace²⁹ al cabo de un cierto tiempo por decisión del convenio colectivo. No obstante, en este último supuesto la cláusula convencional sería ilegal, entrando en colisión con la previsión legal del art. 16.1 del ET, si la actividad contratada fuera desde el inicio de carácter cíclico y permanente³⁰.

Por lo que se refiere a los trabajos intermitentes con periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados, van a ser cíclicos igual que los anteriores pero la intermitencia no la produce factores externos como los estacionales, sino que puede ser producida por motivos inherentes a la propia prestación, esto es, para atender el cumplimiento de determinadas obligaciones laborales de la empresa con terceros, siempre, claro está, que presentasen intermitencias. Es el supuesto que puede presentar mayores de dificultades de precisión y es considerado como el modelo de contratación fija discontinua en el que pueden ubicarse los contratos de obra o servicios que se han considerado ilícitos por la ausencia de causas de temporalidad³¹.

4.2. El trabajo fijo discontinuo en el marco de contratos mercantiles o administrativas

La mayor expansión del ámbito del objeto se ha producido en el segundo párrafo del art. 16.1 ET, al referir el contrato fijo discontinuo como el cauce adecuado para el desarrollo de la prestación

28 Se dan principalmente en convenios colectivos de sector de trabajo en el campo. Sin ánimo de exhaustividad, Cfr. Convenio Colectivo del Sector de Faenas Agrícolas, Forestales y Ganaderas de la provincia de Sevilla, 2017-2021 (BOP Sevilla 17 de noviembre de 2018). El art. 13 clasifica al personal fijo de trabajo discontinuo como «aquellos trabajadores cuya actividad en la empresa adscrita a uno o varios centros de trabajo del mismo titular son contratados para realizar trabajos de carácter fijos- discontinuos y no se repiten en fechas ciertas dentro del volumen normal de la actividad de la empresa» y «quienes sean contratados 170 días de trabajo efectivo en cada año, durante 3 años consecutivos o 4 alternos en distintas faenas o tareas en la misma empresa».

En términos similares, reduciendo el número de días de trabajo exigidos Vid. Convenio Colectivo del Campo para la provincia de Cádiz 2019-2022 (BOP Cádiz 28 de septiembre de 2020) Artículo 10.-

Personal Fijo Discontinuo Son aquellas personas trabajadoras, contratadas con tal carácter, de acuerdo con lo regulado en el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores o disposición vigente en cada momento. Adquirirán también tal condición, quienes sean contratados 110 jornadas reales de trabajo efectivo en cada año, durante tres años consecutivos o cuatro alternos, en distintas faenas o tareas en la misma empresa».

29 Poquet Catalá, R., «Zonas grises del contrato fijo discontinuo», *Iuslabor* 3/2016, p.6.

30 SSTS, 26 de octubre de 2016 (RJ 5606) y 13 de febrero de 2018 (RJ 1055).

31 Beltrán Heredia, I. «Régimen normativo del contrato fijo discontinuo y de la contratación temporal (anterior y posterior al RDLey 32/2021)» en <https://ignasibeltran.com/la-contratación-temporal-laboral/#3221b>

de servicios en el marco de la ejecución de contrata mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. No estamos en presencia de una reiteración cíclica o intermitente, sino que la ejecución de la prestación de trabajo se vincula a negocios jurídicos empresariales. Son los trabajos que antes eran asumidos por el contrato de obra o servicio vinculado a una contrata y que el RDL de reforma lo ha reconducido al contrato fijo discontinuo, asumiendo el cambio de criterio marcado por la STS, de 29 de diciembre de 2020 (RJ 5028).

Aunque la redacción legal en este supuesto utiliza el término “podrá”, y facultaría a interpretarse en el sentido de que el RDL está dando la posibilidad de recurrir al contrato fijo discontinuo entre otras posibles, dicha interpretación no es la adecuada si atendemos a lo dispuesto en el art. 15 ET. El último párrafo de este artículo determina claramente que no podrá identificarse como causa del contrato de duración determinada por circunstancias de la producción, la realización de trabajos en el marco de contrata, subcontratas o cesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria; por lo que, en este supuesto, la pretendida “posibilidad” deviene en obligatoria³². No obstante, se mantiene la puerta abierta al contrato por circunstancias de la producción cuando la contrata o subcontrata no corresponda a la actividad habitual u ordinaria de la empresa y las circunstancias acaecidas encajen con el contrato por circunstancias de la producción, o cuando correspondiendo a la actividad ordinaria y estando cubierto el volumen de mano de obra habitual por el contrato fijo discontinuo, acaezca una situación sobrevenida que pueda ser reconducida a los supuestos establecidos el art. 15 ET.

Se hacía imprescindible que, una vez ubicado el contrato fijo discontinuo, en el que se combinan periodos de actividad e inactividad como característica inescindible de esta forma de contratación, en el marco de las contrata mercantiles o administrativas a las que venimos refiriéndonos, se diera respuesta a los problemas que plantearía los periodos de inactividad en un ámbito extraño a tradicional estacional o de temporada del fijo discontinuo. En este orden, el art. 16.4 ET, determina que los periodos de inactividad entre una contrata y otra serán considerados como plazos de espera de recolocación, sin que la finalización de los trabajos en una contrata implique el abono de ninguna indemnización, salvo que se pacte expresamente, lo que no parece probable, una vez que se han reducido las modalidades de contratación temporal con el aliciente para las empresas de no tener que pagar indemnizaciones por fin de contrato. Para esta misión se le da la posibilidad expresamente al convenio colectivo sectorial para que pueda determinar el plazo de máximo de inactividad entre subcontratas que sería de aplicación. En defecto de pacto en convenio, la ley oportunamente establece un criterio subsidiario que queda fijado en un máximo de tres meses.

Una vez cumplido el plazo máximo de inactividad tanto el pactado en convenio colectivo, como en su defecto, el plazo estipulado en el art. 16.4 RT, sin que se inicie una nueva prestación de servicios por ausencia de nueva contrata, la empresa deberá adoptar las medidas de flexibilidad interna o externa, que proceden en atención y en los términos previstos en el ET.

4.3. Contratos fijos discontinuos y empresas de trabajo temporal

El Decreto 32/2021 introduce en el art. 16.1, párrafo cuarto la posibilidad de que se pueda celebrar un contrato fijo discontinuo «entre una empresa de trabajo temporal y una persona

³² Calvo Gallego, J, «La reforma de la contratación temporal...» op.cit., p.25.

contratada para ser cedida en los términos previstos en el artículo 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal». Dicha posibilidad de contratación que, hasta la fecha de entrada en vigor del RDL32/2021, no era posible para las ETT, no porque la LETT ni ninguna otra norma lo impidiera, sino por la doctrina establecida en la STS de 30 de julio de 2020³³ en recurso de casación para unificación de doctrina, aunque con dos votos particulares, se consagra ahora a nivel legal dejando sin aplicación la doctrina sentada por el Pleno del TS, situándose la reforma en la línea argumentativa de los votos particulares.

La citada sentencia, analizó, siguiendo la STSJ Murcia de 19 de junio de 2017³⁴, la contratación de trabajadores fijos discontinuos por una ETT, desde una doble perspectiva: la primera si era posible que una ETT pudiese contratar trabajadores fijos discontinuos como trabajadores estructurales de la propia empresa y, la segunda, si era posible a su vez, la contratación de trabajadores fijos discontinuos para cederlos en misión a una empresa usuaria. En ambos casos la respuesta dada por el TS fue negativa a cada una de las cuestiones referidas. Con respecto a la primera cuestión afirma que el contrato fijo discontinuo solo puede ser concertado por aquellas empresas que no tienen actividad productiva durante todos los días del año, sino que la misma se produce con carácter cíclico o intermitente, que no se repita en fecha cierta dentro del dentro del volumen normal de actividad de la empresa. Después de considerar que no hay ninguna norma en la LETT que prohíba tal contrato, se inclina por el hecho de que “no hay previsión alguna respecto a la posibilidad de que la ETT celebre un contrato indefinido fijo discontinuo” (FJ 4º), concluyendo que tal ausencia de regulación obedece a que no cabe este tipo de contratación por parte de una ETT, con el argumento de que la peculiar actividad de las ETT, que consiste en poner a disposición de la empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella cedidos, impide que pueda ser equiparada a una actividad fija discontinua, que si puede concurrir, por el contrario, en alguna de las empresas usuarias.

El antecedente más remoto de esta visión prohibitiva hay que encontrarlo en la STS 17 de diciembre de 2001³⁵, en la cual queda bastante claro que no era una consecuencia lógica de la calificación de los contratos considerados en el fallo, ni tampoco una prohibición lógico-jurídica deducida por el TS, tras una interpretación sistemática de la naturaleza contractual y de la normativa aplicable. Por el contrario, era sencillamente el inciso final del art. 4 del convenio colectivo en cuestión³⁶, tildado de nulidad, y en el que las partes del convenio colectivo se negaban la facultad de acudir a tales empresas de intermediación, seguramente por estar todavía muy reciente el rechazo ideológico sindical a las ETT³⁷.

El paso intermedio viene dado por la STSJ Murcia de 19 de julio de 2017³⁸, que dio lugar al pronunciamiento en casación referido, tras afirmar que “existe contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta

33 RJ 3885.

34 RJ 2017/221923.

35 RJ 2002\2116, Antecedente Hecho Primero, Fundamento de Derecho Primero de la STS; y Antecedente de Hecho Primero del Voto Particular.

36 Manipulado y Envasado de Agrios de la Región de Murcia, 1999.

37 Pérez Pérez, M., Empresas de trabajo temporal y relaciones laborales, Murcia 2001, pp. 60-62.

38 JUR 2017/221923.

homogeneidad³⁹, haciendo alusión a la doctrina establecida en la STS de 26 de octubre de 2016 (RJ 5606). Evidentemente, se produjo un salto lógico de manera inductiva, tras la exposición literal del art. 15.8 LET, nuevo art. 16 del texto refundido, cuando se afirma que “del apartado 1 se desprende que el CT por tiempo indefinido fijo discontinuo sólo puede ser concertado por aquellas empresas que, por las características de su actividad, no tienen actividad productiva durante todos los días del año, sino que la misma se produce con carácter intermitente o cíclico⁴⁰”.

A este salto lógico, sin base legal alguna, que convierte los trabajos intermitentes en empresas con procesos productivos intermitentes o cíclicos que no tienen actividad productiva todo el año, se añade otra causa que, en realidad es un efecto o consecuencia, pues se basa en que, a tal tipo de empresas no resultan de aplicación los convenios colectivos sectoriales que desarrollan tal modalidad.

Sin embargo, esta objeción no es un impedimento lógico-jurídico, porque, si se admitiera su procedencia y legalidad, en tal caso, no podría la ETT contratar a ningún trabajador, ya que, a sus trabajadores temporales o fijos, tampoco se les aplica el convenio colectivo, cuyo ámbito de aplicación funcional son los trabajos de las empresas usuarias. La prueba de que no es una objeción la tendríamos haciendo la reflexión adecuada: si se admite que las ETT pueden contratar trabajadores de todo tipo y entre ellos trabajadores fijos discontinuos, no habrá ningún impedimento colectivo para que a estos últimos se les aplique igual que a los demás, los convenios de empresas de trabajo temporal.

Por eso, cuando se planteó ante el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina y se acude como sentencia de contraste a otra del TSJ Valencia de 23 de septiembre de 2014, en que, ante una situación similar —de nuevo, la revocación de una resolución anterior favorable al reconocimiento de la prestación de desempleo—, en la que se considera que no puede haber contrato de trabajo fijo discontinuo con empresa ETT, el TSJ de la Comunidad Valenciana, simplemente acudió al art. 10 LETT para confirmar que, puesto que la ETT puede celebrar contratos de trabajo temporales e indefinidos para prestar servicios en la empresa usuaria, y el contrato de trabajo fijo- discontinuo entra en la última categoría, no había ninguna objeción para tal facultad de contratación por una ETT, y consiguientemente, se genera la situación legal de desempleo en el momento del cese de actividad⁴¹.

Llama especialmente la atención que se acudiera a una sentencia “foránea”, cuando, apenas un año antes, la misma sección 1a del mismo TSJ de Murcia, respecto de la misma ETT y sobre el mismo problema de fondo —denegación por el SEPE de la prestación de desempleo a un contratado como fijo discontinuo—, en Sentencia 13 de junio de 2016, desestimó el recurso interpuesto por el SEPE contra la sentencia del juzgado de lo social que estimaba la demanda del solicitante de desempleo y anulaba la resolución denegatoria del SEPE. En este caso, simplemente aludió a las diferencias entre los contratos de puesta a disposición y los contratos de trabajo que podía concertar la ETT y que los primeros los podía hacer según marcaba el art. 15 de la LET, entre los que se encontraba entonces, también, el de los trabajadores fijos discontinuos⁴².

39 FJ tercero, párrafo tercero., haciendo alusión a la doctrina establecida en la STS de 26 de octubre de 2016 (RJ 5606).

40 FJ tercero, párrafo séptimo.

41 JUR 2015/ 6039.

42 JUR\2016\169429, (FJ Tercero).

Volviendo al comienzo de este epígrafe, el TS, en la sentencia de 30 julio de 2020, argumenta que, dado que no cabe calificar la actividad llevada a cabo por el trabajador contratado por una ETT de fija discontinua, porque los contratos de puesta a disposición de trabajadores para la usuaria para la realización de tareas son de carácter temporal y dichas tareas no están dotadas de una cierta homogeneidad, sino que dependerá del tipo de actividad que demande la empresa usuaria. Con esta premisa concluye que no sería posible que se diera tal supuesto, porque, en tal caso, si se diera para actividades de carácter cíclico de la usuaria, sería un trabajador fijo discontinuo de la empresa usuaria, lo que no estaría permitido por la LETT, que solo contempla la posibilidad de realizar contratos temporales⁴³. Es de todo cierto que mediante un contrato de puesta a disposición no se pueden cubrir necesidades permanentes, sean cíclicas o no, de las empresas usuarias, ni continuadas, independiente de la naturaleza del vínculo contractual, indefinido o temporal, que tenga el trabajador en misión con la ETT⁴⁴, pero la cuestión de fondo es si esa necesidad siempre temporal de la empresa usuaria, como no puede ser de otra forma, puede ser atendida por un trabajador fijo discontinuo de la ETT, al igual que puede ser cubierta por un trabajador indefinido ordinario según lo establecido en el art. 10 de la LETT. Así, podía sostenerse dicha afirmación como mantuve en la versión primera de este trabajo, siempre que la actividad de cesión de trabajadores prestada por el ETT respondiera a una necesidad productiva periódica de la ETT que pueda habilitar la contratación de carácter fijo discontinuo⁴⁵.

Llegamos, en este momento, al punto crítico en que se desenmascara la prohibición a las ETT de contratar trabajadores fijos discontinuos, aunque no sea para ponerlos a disposición de una empresa usuaria, sino como trabajadores de estructura: si la ETT, según su legislación específica, puede contratar trabajadores con contratos de trabajo indefinidos y contratos de trabajo temporales, ¿de qué privilegio goza o qué especialidad tiene el contrato de trabajo fijo discontinuo que no pueda ser desarrollada por una ETT? La respuesta correcta es: ninguna: desde el momento en que la ETT puede, igual que para temporales o indefinidos, organizar y disponer de un proceso productivo intermitente y cíclico en atención a determinadas épocas del año natural y que se repitan cíclicamente, aunque no sean siempre en las mismas fechas (semana santa, ferias locales, por ejemplo) y no hay ninguna prohibición expresa ni en el ET ni en la LETT, de realizar por la ETT tales tipos de contratos, la repercusión de la prohibición establecida por el TS se convierte, en la práctica, en una limitación seria y sin fundamento legal para el derecho al trabajo de los trabajadores desempleados (art.35.1 CE), los cuales, sin la contratación por una ETT, tendrán más dificultades en satisfacer su derecho al trabajo, que si se admite el caso contrario; pero, al mismo tiempo, tal prohibición se erige en una limitación injustificada a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado para la propia ETT (art 38 CE), sin que exista, como en el caso de la propiedad privada y de la herencia, una eventual función social que pudiera servir de coartada judicial para tal prohibición.

Dada esta repercusión en la práctica, se puede afirmar que la STS adolece de una seria debilidad argumentativa. ¿Es que el contrato de trabajo fijo discontinuo es tan potente o de tal naturaleza que está incluso por encima del contrato típico, equiparando a éste el contrato indefinido a

43 FJ Cuarto, 4.

44 Luján Alcaráz, J., «¿Pueden contratar las ETT a los trabajadores de puesta a disposición en la modalidad de fijos discontinuos?», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7 / 2008, BIB 2007/1000, p. 8.

45 Viqueira Pérez, C., «¿Puede una ETT contratar trabajadores fijos discontinuos?», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 10 / 2020, p. 8

tiempo completo? ¿Estamos en presencia de un super contrato? Para la STS 2020/3885, existe el contrato de trabajo fijo discontinuo “cuando se produce una necesidad de trabajo intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad”.

Entonces podíamos plantearnos la siguiente cuestión: ¿qué objeciones jurídico-legales hay en la LETT que pudieran argüirse contra una ETT especializada exclusivamente en contratar trabajadores fijos discontinuos, es decir, cuyo objeto único de actividad productiva sea de carácter cíclico e intermitente, constituyendo una actividad productiva homogénea? Desde un punto de vista lógico-jurídico, no habría ninguna. Y, admitida esta conclusión por paradigmática y nuclear, considerar que el contrato de trabajo fijo discontinuo queda vedado a la ETT porque esta no sería una empresa intermitente, sino que estaría abierta durante todo el año, caería por su propio peso.

Ahora bien, admitida, desde el rigor lógico-jurídico, la hipótesis del párrafo anterior, atinente a la especialización de la ETT, el razonamiento no puede acabar en la hipótesis de la ETT especializada en contratos de trabajo fijos-discontinuos, sino que, teniendo en cuenta que las prohibiciones de la LETT están tasadas, podríamos plantearnos la siguiente hipótesis ¿Puede una ETT, abierta durante todo el año, tener necesidades de trabajo intermitente o cíclico (necesidades de trabajo intermitente o cíclico o en intervalos separados pero reiterados en el tiempo)? La respuesta correcta no puede ser otra que la afirmativa, igual que cualquier empresa para cuya necesidad de producción intermitente o cíclica tiene trabajadores fijos discontinuos y luego tener trabajadores indefinidos estructurales para otras necesidades (administración, marketing, transportes y ventas) o incluso temporales si se dan las causas habilitantes para ello. No se obliga a ninguna empresa a cerrar el resto del año, con la excusa ilógica de que, por ser su actividad homogénea y permanente pero discontinua, ya no está en fase productiva, cuando se trate de almacenamiento, distribución, cuidados o mantenimiento de la producción, etc. Como también podríamos plantearnos la hipótesis de que, en lugar de uno solo, fueran varios los procesos productivos fijos y discontinuos que se suceden, sin solución de continuidad, unos tras otros, en una misma empresa, en los que las necesarias cualificaciones profesionales para desempeñarlos impidieran el trasvase funcional de trabajadores entre unas y otras tareas, por no pertenecer al mismo grupo profesional. Pues, frente a todos estos supuestos, el fallo del supremo lo que les dice a la ETT es que no pueden contratar trabajadores fijos discontinuos, porque las ETT no son empresas de temporada, como sí estas últimas solo estuvieran activas durante el período o fase de trabajo intermitente. Parece que todas estas posibilidades no han sido pensadas por los magistrados del TS, quienes parecen pensar, cuando se trata de fijos discontinuos, en la clásica *empresa agrícola de temporada*. En definitiva, lo que no admite el TS es que la ETT pueda ser una empresa que, teniendo una actividad permanente o continuada a lo largo del año, tenga necesidades de producción cíclica o intermitente.

Por todo ello, el fallo, contrario a la libertad de contratación por la ETT de los trabajadores fijos discontinuos, se basa solo en la atribución de este contrato a empresas con procesos de trabajo discontinuos por la naturaleza homogénea y en que no le serían aplicables a las ETT los convenios colectivos sectoriales de tales categorías de trabajadores. Pero queremos dejar claro que, según el TS, la ETT no podía contratar, no porque lo prohibiera ninguna norma, sino porque, ante la ausencia de norma expresa permisiva, el silencio ha sido interpretado por el TS como prohibición, en lugar de hacerlo sinónimo de libertad. De esta forma, el TS impone la

prohibición, transgrediendo el principio. Hermenéutico que reza: “ubi lex non distinguit, nec nos distiguere debemus”.

Hay que tener presente que el reconocimiento de la celebración del contrato fijo discontinuo también es una consecuencia de la reforma de la contratación de duración determinada y de la desaparición de la contratación temporal por obra y servicio determinado que indudablemente va a influir en la actividad de las ETT, reduciendo los contratos de puesta a disposición celebrados. En el año 2020 el total de contratos de puesta a disposición fue de 2.414.733, de los cuales por obra o servicio determinado fueron 1.295. 887, lo que supusieron un 37,95% del total⁴⁶.

La disposición final primera del RDL 32/2021, modifica el apartado 3 del art. 10 de la Ley 14/1994 introduciendo un último párrafo en el que se vuelve a dejar constancia de la celebración de contratos fijos discontinuos por las ETT. Se establece dicha posibilidad de contratación para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados, necesariamente, a necesidades temporales de diversas empresas usuarias en los términos del art. 15 ET, lo que excluye que las ETT puedan realizar contratos de puesta a disposición para cubrir necesidades cíclicas de las empresas usuarias. De esta forma se añade una nueva forma de contratación para las ETT para cubrir las necesidades de los contratos de puesta a disposición celebrados con distintas empresas, que deberán cumplir con los requisitos formales del contrato de trabajo fijo discontinuo regulados en el art. 16.2 ET, a saber, duración del periodo de actividad, la jornada y distribución horaria, pudiendo figurar con carácter estimado que deberán ser concretados en el momento del llamamiento, lo que excluye, por tanto, el trabajo a llamada.

Se hace coincidir los periodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos, al igual que lo establecido para los periodos de inactividad en caso de contratos que formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. Sin embargo, en la LETT no se incluye un plazo máximo de inactividad, en defecto de previsión en el convenio colectivo.

El apartado 3 del art. 10 de LETT aclara que las referencias efectuadas en el art. 16 ET a la negociación colectiva se entenderán efectuados a los convenios colectivos de sector o de empresa de las empresas de trabajo temporal. Esto es, las materias que en el art. 16 ET están remitidas a que sean reguladas por convenio colectivo sectorial y/o de empresa, se podrán negociar en los mismos ámbitos en los convenios de las empresas de trabajo temporal. Así el convenio colectivo sectorial de ETT podrá establecer un plazo máximo de espera.

Cuestión que suscita dudas en su interpretación es la referente a qué convenios colectivos pueden fijar una garantía de empleo para las personas contratadas bajo esta modalidad. El nuevo apartado 3 in fine, establece «estos convenios colectivos» después de aludir a los de sector y empresa, «podrán, asimismo, fijar una garantía de empleo para las personas contratadas bajo esta modalidad» que puede interpretarse en el sentido de que está haciendo referencia tanto a los convenios colectivos de sector como de empresa de trabajo temporal. Sin embargo, la mención expresa en el mismo apartado a las referencias efectuadas en el art. 16 ET a la negociación colectiva, hace inclinarse por reservar esta materia al convenio colectivo sectorial al igual que en el art. 16 ET.

⁴⁶ Anuario estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social <https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2020/index.htm>

5. EL LLAMAMIENTO DE LOS TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS Y LOS EFECTOS DE SU INCUMPLIMIENTO

5.1. El margen de actuación de los convenios colectivos

El carácter cíclico e intermitente de la actividad en los trabajos fijos discontinuos y su incertidumbre sobre el inicio de esta, justifica la institución del llamamiento para poner fin al periodo de interrupción del contrato de trabajo con la reactivación plena de las prestaciones básicas del contrato. El llamamiento se construyó como un mecanismo de protección de los trabajadores configurándose como un derecho de aquellos, que se convierte para el empresario en una obligación de hacer que se materializa en el deber de proporcionar ocupación efectiva a los trabajadores⁴⁷, aunque dicho deber resulte limitado al ser la discontinuidad en el trabajo el elemento constitutivo del trabajo; lo que justifica que el deber al que tiene que dar cumplimiento el empresario solo se exija en los periodos de actividad⁴⁸. Esto es, el derecho al llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos no alcanza a otras actividades de la empresa que no estén previstas en el convenio ni para aquellas otras que puedan desarrollarse entre campañas, en las que la empresa podrá atenderlas con trabajadores fijos o, en su caso, contratar a otros trabajadores externos⁴⁹. Sin embargo, lo que se puede prever en el convenio colectivo es una preferencia en el empleo sobre los trabajadores externos en el sentido de que no se podrá contratar a personal temporal o no cuando no se haya llamado a la totalidad de los trabajadores fijos-discontinuos, cualquiera que fuese la especialidad profesional⁵⁰.

La regulación del llamamiento no es cuestión baladí: por un lado, porque, aunque el vínculo contractual que une a las partes es único, va a estar sometido a múltiples y sucesivos llamamientos que pueden poner al trabajador en una situación de indefensión si no hay una regulación convencional al respecto; por otro, porque su inclusión en el contrato de trabajo forma parte de los elementos esenciales de la actividad laboral en atención a lo dispuesto en el art. 4 de la Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea - nótese que en el anterior art. 16.3 ET se establecía expresamente como contenido del contrato fijo discontinuo, la constancia de la forma y orden de llamamiento, que se ha omitido del articulado del nuevo art. 16.31 ET, aunque es, como hemos visto, igualmente exigible; y, finalmente, porque la no atención del llamamiento se entenderá como extinción del contrato de trabajo por desistimiento del trabajador.

El art. 16.3 ET, establece el derecho de llamamiento de los trabajadores (antes de la reforma regulado en el apartado 2), pero ha optado por remitir a los convenios colectivos para que sean los que regulen los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas discontinuas. Llámese la atención sobre el hecho de que la regulación anterior encomendaba al convenio la forma y el orden del llamamiento. En el nuevo artículo, la remisión al convenio es más abierta en sus términos, aunque sustrae del ámbito de regulación del convenio colectivo parte de lo referente a la forma del llamamiento. Efectivamente en el anterior art. 16.2,

47 STS 14 de julio de 2016 (RJ 4827).

48 Sobre los límites del derecho/deber a la ocupación efectiva Cfr. Tárrega Poveda, J., *El contrato de trabajo fijo discontinuo*, Albacete, 2004, p. 40 y ss.

49 STSJ, Murcia, 3 de junio de 2013 (AS 2500).

50 Art. 35 Convenio colectivo de trabajo para las industrias del aceite y sus derivados de la provincia de Sevilla (BOP Sevilla, 22 de febrero de 2019).

se encomendaba al convenio que regulara el orden y la forma del llamamiento, sin imponer ningún requisito formal. En la nueva regulación el llamamiento debe hacerse, en todo caso, de forma escrita o por cualquier otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con indicaciones concretas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada, para dar cumplimiento a la Directiva 2919/1152. Se le permite al convenio que pueda regular otros requisitos formales del llamamiento, pero no establecer una forma de llamamiento en la que sea prácticamente imposible constatar de manera fehaciente que se ha producido. La forma en el llamamiento es de crucial importancia toda vez que, debe ser un acto recepticio para que tenga plena efectividad y supone el cumplimiento de dar ocupación efectiva al trabajador y puede determinar el incumplimiento del trabajador si no acude al llamamiento, sin algar causa justificada⁵¹.

A pesar de la falta legal tanto de la forma escrita del llamamiento como de su preaviso antes de la reforma, la nueva regulación no se va a presentar como novedosa para la negociación colectiva. Al contrario, ha sido habitual en la práctica convencional que los convenios recogieran en su articulado la comunicación por escrito del llamamiento para dejar constancia fehaciente de la comunicación⁵², mediante correo certificado, telegrama o burofax y en algunos se refuerza el acto de llamamiento, poniéndolo simultáneamente en conocimiento de los representantes de los trabajadores cuando los hubiere⁵³.

A diferencia de regulaciones anteriores y, en concreto, hasta el Real Decreto 18/1993, de 3 de diciembre, en las que la antigüedad del trabajador se fijaba como criterio determinante en el llamamiento, la actual regulación no establece tal criterio ni ningún otro, aunque hubiese sido deseable, ni tan siquiera con carácter subsidiario respecto del establecido en el convenio colectivo. La inconcreción de la regulación estatutaria del llamamiento abre paso a determinadas interrogantes que están llamadas a ser resueltas por la práctica forense.

La regulación del llamamiento se remite a los convenios colectivos por lo que será esta fuente normativa la que tiene atribuida esa potestad normativa. Son los convenios colectivos de cualquier ámbito los que están llamados a regular los criterios objetivos y formales por lo que debe regirse el llamamiento. Sin embargo, llama la atención que la posibilidad de establecer un periodo mínimo de llamamiento anual, y una cuantía - eludiendo emplear el término indemnización que casa con la extinción del contrato de trabajo- por fin de llamamiento a satisfacer por la empresa a las personas trabajadoras por terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad un nuevo llamamiento, se haya encomendado en exclusiva al convenio colectivo sectorial, tal como se expone claramente en el art. 16.5 último párrafo y no haya quedado referida dicha posibilidad al convenio colectivo de ámbito inferior. En cualquier caso, la

51 A.J. Valverde Asencio, A.J., La determinación de los periodos de actividad de los trabajadores fijos discontinuos, cit., p. 171.

52 A título ejemplificativo, entre otros muchos, Vid. Convenio colectivo de Hostelería para la Provincia de Málaga (BOP, 23 de agosto de 2018): Art. 45.4. párrafo 2º «El llamamiento se efectuará por escrito, de forma que quede constancia fehaciente de que el trabajador ha sido notificado, y con una antelación no inferior a 48 horas respecto del día en el que se haya de iniciar la prestación de los servicios. A tal efecto el trabajador está obligado a notificar cualquier cambio de domicilio respecto del que conoce la empresa, no siendo imputable a esta la imposibilidad de efectuar el llamamiento por domicilio desconocido».

53 Convenio Colectivo Provincial de Sevilla para las Faenas Agrícolas, Forestales y Ganaderas (BOP 17 de noviembre de 2018).

cuantía a abonar por fin del llamamiento, en tanto en cuanto no trae su causa en la extinción del contrato, no podrá ser detraída del montante de una futura indemnización por despido.

Como decíamos, la ley no prevé un criterio legal subsidiario, cuya ausencia también había sido criticada antes de la reforma ante la inexistencia de convenio, falta de pacto en convenio o nulidad del criterio adoptado en la norma paccionada⁵⁴, aunque hace alusión expresa y esa es la novedad, a la posibilidad de que se pueda pactar el llamamiento, mediante otro instrumento de negociación, a falta de convenio, como es el acuerdo de empresa, mejorando la regulación anterior en la que no se hacía referencia a ningún otro instrumento de negociación colectiva. Parte de la doctrina no consideró esta ausencia como problemática porque, en todo caso, siempre quedaba la aplicación de la costumbre como fuente subsidiaria y, por su aplicación, nos conduciría en la mayoría de los supuestos a aplicar el criterio de la antigüedad⁵⁵. Asimismo, se ha considerado que la ausencia en la norma estatutaria de criterios subsidiarios ante la omisión convencional ha provocado una «flexibilidad normativa inducida» que ha favorecido la utilización por el empresario del contrato eventual, en vez de acudir a los que están llamados a cubrir las necesidades fijas discontinuas de fecha incierta⁵⁶.

Dada la trascendencia del llamamiento en el contrato fijo discontinuo no parece oportuno que la ley, nuevamente, no haya asumido ni siquiera de forma subsidiaria, un criterio para el llamamiento que le aporte seguridad jurídica al trabajador en el supuesto de dejación reguladora por parte del convenio colectivo sectorial o de empresa⁵⁷.

En definitiva, cuando la ley encomienda regular el llamamiento a una fuente heterónoma, está excluyendo implícitamente la posibilidad de que el empresario, como expresión de su poder de dirección, determine las condiciones de llamamiento unilateralmente⁵⁸, sin que, en otro orden de cosas, el convenio pueda situar en el ámbito de dicho poder, el orden del llamamiento a seguir⁵⁹.

El establecimiento de los criterios que se van a tener en cuenta para el llamamiento debe hacerse de acuerdo con un sistema objetivo y transparente con la finalidad de garantizar que sea conocido por los trabajadores para que puedan protegerse ante una eventual falta de llamamiento. Descartando, de antemano, que orden y llamada sean términos sinónimos, observación que parece estar clara, tampoco impone el legislador nada respecto a ninguno de los dos: esto quiere decir, por ejemplo, que no hay que presuponer que solo exista un único y exclusivo orden, por ejemplo, el de antigüedad en la actividad o en el centro, y no haya otro posible, como, por ejemplo, el de mayor número de días o de horas efectivamente trabajadas en campañas anteriores; el de la categoría y grupo profesional; o el de la titulación etc.

54 García Ortega, J., «El contrato fijo discontinuo. Retos actuales cit.», p. 100.

55 Goerlich Peset, J.M^a., «Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga discusión?», cit, p.142.

56 Martínez Abascal, V.A., «Los trabajados fijos periódicos y fijos discontinuos» en *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*. cit., p.155.

57 En las SSTs, 19 de enero 2016 (RJ 581) y 23 de noviembre de 2016 (RJ 5871) acuerdo de la comisión paritaria del convenio la que, en ausencia de criterio convencional relativo al orden de los llamamientos, integró su contenido, sin ser esa una materia de administración del convenio colectivo.

58 STS, 28 de junio de 2018(RJ 3632).

59 STS, 7 de marzo de 2003 (RJ 4499).

Se permite, por tanto, que el convenio, frente al criterio tradicional de la rigurosa antigüedad dentro de cada especialidad, pueda establecer otro como el tiempo total trabajado en el centro de trabajo adscrito a un mismo titular, y que pueda establecer en caso de igualdad entre trabajadores, otro criterio que priorice al que tenga mayores cargas familiares⁶⁰, al trabajador de mayor edad e incluso que establezca un nuevo criterio de llamamiento frente al existente con anterioridad. Este último caso es el abordado en la STSJ Baleares, de 20 de mayo de 2016⁶¹ en el que el nuevo convenio colectivo aplicable sustituye el criterio de antigüedad en la empresa por el llamamiento de trabajadores por centro de trabajo, según el centro en que hubieran prestado servicios durante un mayor periodo de tiempo en el año natural inmediatamente anterior.

El convenio colectivo podrá condicionar, a su vez, la orden de llamamiento al cumplimiento por los trabajadores de determinados requisitos siempre que estos sean objetivos y razonables, en función de las actividades a las que el trabajador está llamado a realizar - socorrista que no es llamado por no superar la prueba de capacitación técnica prevista en el convenio colectivo, a la que tenían que someterse los socorristas fijos discontinuos antes de cada inicio de temporada⁶²-. En este supuesto, no se consideró que el trato diferente dispensado con respecto a los trabajadores fijos continuos que no tenían que someterse a las pruebas de capacitación fuese injustificado, con el débil argumento de que al desarrollar su trabajo todos los días, el empleador puede determinar si reunían o no dichas condiciones. Por el contrario, condicionar el llamamiento del trabajador al cumplimiento de un requisito no exigido por el convenio colectivo, - véase un reconocimiento médico previo- sitúa al trabajador frente a la acción por despido si el llamamiento no se produce e incluso puede incurrir en discriminación si tal exigencia viene referida exclusivamente a determinadas trabajadoras⁶³.

Por tanto, la remisión legislativa del llamamiento a la autonomía colectiva no supone dejar en manos de los negociadores de convenio la posibilidad de decidir cualquier cosa acerca del llamamiento, sino que vienen vinculados por lo dispuesto en el art. 85 ET y por la prohibición de discriminación del art. 17 ET. Además, atendiendo a la función teleológica de la institución del llamamiento, los criterios establecidos para ordenar el llamamiento no deben ser arbitrarios, caprichosos o ambiguos que originen de facto la sustracción de la institución del ámbito de la autonomía colectiva situando el orden del llamamiento en la absoluta discrecionalidad del empresario⁶⁴.

60 Convenio Colectivo Provincial de Sevilla para las Faenas Agrícolas, Forestales y Ganaderas (BOP 17 de noviembre de 2018).

61 AS 1137.

62 STSJ, Castilla y León (Valladolid), 4 de diciembre de 2002 (AS 2003/304).

63 STSJ, Canarias, 6 de junio de 2017 (AS 1654), despido nulo por la falta de llamamiento de la trabajadora que resulta no apta por embarazo, en reconocimiento médico no previsto convencionalmente para ser objeto del efectivo llamamiento, sin darle a la trabajadora el mismo tratamiento legal y convencional que al resto de trabajadoras embarazadas de la empresa.

64 El Convenio Colectivo de Trabajo Euralis Semillas, S.A. (BOP Sevilla, 2 marzo de 2021), establece dos criterios de prelación para el llamamiento: el de antigüedad para los trabajadores fijos discontinuos que tengan tal condición en el momento de suscripción del convenio, y para los trabajadores fijos discontinuos de futuro, el orden de llamamiento se realizará en función de la mejor evaluación individual en el último año de prestación de servicios, sin determinar los criterios objetivos que serán tenidos en cuenta en la evaluación ni quien o quienes serán los encargados de realizarla. Cfr. Artículo 38.º «Regulación del trabajador fijo de trabajo discontinuo. 1.—Son trabajadores fijos discontinuos aquellos trabajadores cuya actividad en la empresa sea de ejecución intermitente o cíclica, según vaya imponiendo el volumen de actividad en la

Lo que sí parece adecuado, por conveniente, es que la nueva regulación haya aportado mayor transparencia al llamamiento estableciendo como deber de las empresas el trasladar con la suficiente antelación a los representantes legales al inicio de cada año, de un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o en su caso semestral, así como las altas efectivas de las personas fijas discontinuas cuando éstas se produzcan.

5.2. Los efectos de los incumplimientos relacionados con el llamamiento

El último párrafo del art. 16.3 establece que las personas fijas discontinuas podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento computándose el plazo para ello «desde el momento de la falta de este o desde el momento en que la conociesen». Se elude mencionar como se hacía en la regulación anterior, la acción de despido en caso de incumplimiento relacionado con el llamamiento y se sustituye por una expresión más genérica que no excluye la acción por despido y posibilita el ejercicio de otras. En mi opinión, este cambio que ha sido criticado por alterar la regla tradicional y sustituirla por otra más vaga⁶⁵, obedece a la introducción en la nueva regulación del contrato fijo discontinuo la oportunidad de pactar periodos mínimos de llamamiento anual por el convenio colectivo sectorial, que antes de su inclusión expresa en el art. 16 ET, ya venían siendo negociados en algunos convenios colectivos.

Esta ausencia no significa que, ante una falta de llamamiento, no se pueda accionar por despido, sino que está admitiendo que algunos incumplimientos relacionados con el llamamiento puedan tutelarse a través de otras acciones y no solo con la del despido. En efecto, la STS 15 de enero de 2019 (RJ 534) determinó que el procedimiento ordinario de reclamación de cantidad era el adecuado cuando los trabajadores reclamaron a la empresa el pago de los salarios correspondientes a las horas fijadas en el contrato fijo discontinuo que estaban garantizadas anualmente por el convenio colectivo, y no se llegaron a realizar por cese anticipado en campaña. En este supuesto, lo que reclamaban los trabajadores era el pago de una indemnización conforme al salario que debieron percibir durante una temporada y en razón al número de horas de trabajo que debieron realizar esa anualidad conforme al mínimo garantizado en el convenio colectivo. De esta forma, se abre una nueva vía de tutela, la del proceso ordinario, ante los incumplimientos del periodo mínimo de actividad garantizada que supone, en definitiva, un cese anticipado y que hasta la fecha de la STS eran considerados como despidos⁶⁶.

empresa, y no se repita en fechas ciertas. 2.— los trabajadores con contrato de trabajo fijo discontinuo a la fecha de suscripción del presente convenio serán llamados a prestar servicios por orden de antigüedad. Los ceses o interrupciones de la prestación de servicios se realizarán por orden inverso al de la llamada, de manera que los primeros en cesar serán los menos antiguos en el escalafón. 3.—Los futuros trabajadores con contrato de trabajo fijo discontinuo, y que por tanto no lo sean a la fecha de suscripción del presente convenio, serán llamados por orden en función de la mejor evaluación individual en el último año de prestación de servicios, de modo que los trabajadores con mejor evaluación en el año anterior serán llamados antes y dejarán de prestar servicios después. Esto no rige para los actuales trabajadores fijos discontinuos de la empresa, a los que se aplicará lo previsto en el número 2 anterior.»

⁶⁵ García Ortega, J., «El contrato fijo discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre...», op.cit

⁶⁶ Considerándose igualmente como despido el cese anticipado injustificado en la prestación de servicios cuando la actividad todavía no haya concluido, Cfr: STSJ Andalucía, Sevilla, 17 de diciembre de 2014 (JUR 2015/ 54083); STSJ, Valencia, 22 de julio de 2014 (JUR 2014/288012) y el cese indebidamente

Por otro lado, en algún pronunciamiento judicial aislado se ha considerado que el incumplimiento por el empresario del pacto de garantía de un mínimo de ocupación acordado con el trabajador como compensación por la conversión del contrato indefinido ordinario en fijo discontinuo, supone un incumplimiento grave y culpable que justifica la resolución del contrato en base al art. 50.1 c) ET⁶⁷.

Por lo que se refiere a la acción de despido, debe entenderse que el incumplimiento exigido para iniciarla es que el llamamiento se haga sin respetar los criterios y la forma establecida en el convenio, esto es, de forma irregular, como también la falta absoluta de llamamiento. En este último supuesto si la falta de llamamiento no afecta a un trabajador individual, que es el supuesto más frecuente, sino a un número de trabajadores fijos discontinuos superior a los umbrales establecidos en el art. 51 del ET, subyaciendo causas económicas o productivas, es necesaria su tramitación como despido colectivo, so pena de nulidad⁶⁸.

Existe un deber del empresario de llamar a todos los trabajadores fijos discontinuos, incluso a los trabajadores que en el momento del llamamiento están en situación de incapacidad temporal⁶⁹ o trabajando para otra empresa. El establecimiento de los criterios y la forma del llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos por el convenio colectivo, entre el que se encuentra el orden de llamada, determina claramente que el deber de llamamiento del empresario no es un derecho de los trabajadores a ser llamados en bloque cuando se reanude la actividad empresarial, sino que el llamamiento se puede producir de manera progresiva según vayan imponiéndose las especialidades y las necesidades del servicio⁷⁰. Cuestión distinta es la doctrina que ha sido admitida por algunos Tribunales Superiores de Justicia de considerar que el empresario no está obligado a llamar a todos los trabajadores fijos discontinuos cuando se reanuda la actividad por producirse una reducción de la actividad inicialmente prevista, no considerándose dicha falta de llamamiento como despido al existir una clara ausencia de voluntad resolutoria⁷¹. Esta doctrina que se ha hecho eco en el articulado de algún convenio colectivo⁷² supone desconocer los derechos de los trabajadores y un desequilibrio contractual patente que no puede aceptarse sobre todo porque, aunque los periodos de actividad no se produzcan siempre en las mismas fechas, son trabajadores indefinidos que atienden necesidades permanentes de las empresas. Por ello, la ausencia de ocupación en el supuesto de que no se pudiera reanudar la actividad total o

anticipado respecto de otros trabajadores con menor derecho STSJ Andalucía, Sevilla, 25 de septiembre de 1998 (AS 2979).

67 STSJ, Cataluña, 30 de octubre de 2015 (JUR 2015/302243).

68 STS, 10 de mayo de 2017 (RJ 2585).

69 STSJ Cataluña, 4 de septiembre de 2000 (AS 4573)

70 STSJ, Madrid, 6 de noviembre de 2018 (JUR 2020/166235)

71 SSTSJ C. Valenciana, 15 de noviembre de 2001 (AS 2002/3247); 29 de noviembre de 2005 (AS 1560); 10 de julio de 2007 (JUR 2007/342229) y 31 de octubre de 2007 (AS 1245); STSJ Madrid, 17 de julio de 2001 (AS 3689); SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas, 28 de febrero de 2011 (JUR 2011/283250) y 21 de diciembre de 2011 (JUR 2012/244141), SSTSJ, Andalucía, Sevilla, 5 de julio de 2011 (JUR 2011/374405) y 31 de mayo de 2012 (JUR 2012/241945); SSTSJ, Andalucía Málaga, 22 de marzo de 2007 (JUR 2008/262018) y 23 de mayo de 2013 (JUR 2013/251203); SSTSJ, Andalucía, Granada, 9 de marzo de 2004 (JUR 2004/201127) y 26 de septiembre de 2007 (JUR 2008/324869).

72 El Convenio Colectivo del Campo de la provincia de Cádiz (BOP 28 de septiembre de 2020) determina para el personal fijo discontinuo que «La empresa no está obligada a llamar a todos los fijos discontinuos. Tan solo llamará, y por riguroso orden, al número de fijos discontinuos que estime necesario para realizar la faena».

parcialmente por inexistencia de trabajo o reducción considerable del mismo, debe ser cubierta por la empresa recurriendo a los cauces legales establecidos en el ET y que no están excluidos para los trabajadores fijos discontinuos, como el despido objetivo, la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o derivadas de fuerza mayor⁷³ y el despido colectivo, pues, en caso contrario, el trabajador se situaría ante un despido tácito.

La falta de llamamiento, el llamamiento de forma irregular por no cumplir el orden de llamada y la forma establecida en el convenio⁷⁴, el llamamiento tardío⁷⁵ y el llamamiento ficticio, esto es, cuando se produce normalmente un llamamiento pero con aplazamiento sine die para reanudar la actividad⁷⁶, acciona la reclamación en proceso por despido, iniciándose el plazo para ello, desde el momento en que el trabajador tuviera conocimiento de la falta de convocatoria con independencia del momento en que empiece realmente la actividad. Es decir si bien el plazo de caducidad general para reclamar contra el despido es de veinte días, el *dies a quo* para empezar a computar dicho plazo es específico en este contrato ya que empieza a computarse desde que el trabajador tuvo conocimiento de la ausencia de convocatoria, al no poder saber exactamente cuando su contrato ha quedado extinguido, por ejemplo, en el supuesto de que el empresario llame a otro trabajador con menor derecho, lo que supondría que difícilmente el trabajador pudiera accionar en plazo contra la decisión extintiva del empresario⁷⁷.

Con respecto a las reglas aplicables a la indemnización, para calcularla en los despidos improcedentes siguiendo la regla general establecida en el art. 56 ET, se calcula sobre la base del salario del último mes trabajado y solo han de computarse en función de los periodos de actividad en los que se hayan prestado efectivamente servicios y los periodos de descanso que a ellos le corresponden, para calcular el porcentaje de días al que tendrían derecho por años de servicios. No se calcula la indemnización sobre la base de los años naturales en que ha estado en la empresa, dado que el trabajador fijo discontinuo tiene oportunidades de pluriempleo durante los periodos de inactividad⁷⁸.

Ahora bien, puede suceder que durante los periodos de actividad se produzcan situaciones de suspensión del contrato de trabajo del art. 45 ET, en los que el trabajador fijo discontinuo no preste servicios efectivos, y la cuestión reside en determinar cuando esos periodos pueden considerarse como tiempo de trabajo efectivo a los efectos del cómputo de la indemnización. Aun cuando no existe consenso sobre en qué casos de suspensión debe computar como tiempo de trabajo efectivo, sí que existe criterio excluyente en los supuestos de excedencia voluntaria, que no es propiamente un supuesto de suspensión del contrato, excedencia forzosa y de suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias⁷⁹.

Cuando la suspensión temporal del contrato de trabajo obedece a causas que están referidas a la organización productiva del empresario, como la suspensión por causas económicas,

73 SAN, 14 de diciembre de 2020 (JUR 2021/6336).

74 STSJ, Navarra, 27 de marzo de 2013 (AS 1705).

75 STS, 19 de enero de 2016 (RJ 581).

76 STSJ, Islas Canarias, Las Palmas, 31 de marzo de 2000 (AS 3003).

77 Gorelli Hernández, J., «El contrato de trabajo fijo discontinuo», cit., p. 295.

78 STS, 30 de julio de 2020 (RJ 3992).

79 STSJ, Andalucía, 14 de octubre de 2015 (JUR 2016/ 7553).

técnicas, organizativas o de producción (ERTE), dado que la imposibilidad de prestar servicio viene impedida por una decisión empresarial la opción más adecuada es considerar esos periodos no trabajados que se incardinan en la campaña, como computables a efectos del cálculo de la indemnización por despido⁸⁰.

A igual solución habría de llegarse cuando la suspensión del contrato de trabajo durante los periodos de actividad responde a razones relacionadas con trabajador pero que acaecen al margen de su voluntad. En esta línea se ha situado la reforma al considerar en el art. 16.6 ET que las personas trabajadoras fijas discontinuas no podrán sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho de reserva de puesto de trabajo y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o en los convenios colectivos.

6. CONTRATO FIJO DISCONTINUO Y ANTIGÜEDAD: LA INCIDENCIA DEL ACUERDO MARCO SOBRE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL.

El art. 16.6 en su párrafo segundo determina con claridad «que las personas trabajadoras fijas discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados». El reconocimiento de este derecho a nivel legal es la consecuencia del cambio de doctrina que el TS tuvo que realizar al respecto, por la contundencia del Auto del TJU de 15 de octubre de 2019, (asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18, Caso OH y ER contra Agencia Estatal de la Administración Tributaria). Sin embargo, el Auto del TJU en el que aplicaba la Directiva 97/81, relativa al Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial, a trabajadores fijos discontinuos de la Agencia Tributaria española hace cuestionarnos, además, si el contrato fijo discontinuo no es un contrato a tiempo parcial a efectos de la Directiva 97/81 aunque en el ET tenga una regulación separada en el art. 16 y no entrar, por tanto, dentro del ámbito de aplicación del art. 12 ET. Tal cuestión no es baladí sobre todo si tenemos en cuenta que algunos convenios colectivos parten de la consideración del contrato fijo discontinuo como contrato a tiempo parcial⁸¹, e incluso en algún pronunciamiento judicial se ha afirmado categóricamente que el contrato de trabajo fijo discontinuo no deja de ser una modalidad de contrato a tiempo parcial⁸².

80 STSJ, Andalucía, Granada, 7 de octubre de 2015 (JUR 2016/ 8081).

81 Cfr. apartado del art. 17. 3.3 del Convenio Colectivo de las Industrias del Aceite y sus derivados, de la Provincia de Córdoba (BOP 23 de septiembre de 2021) que dentro del contrato a tiempo parcial considera que “ Son trabajadores y trabajadoras de campaña o temporada los/las contratados o contratadas para actividades fijas de carácter periódico, teniendo a todos los efectos, el reconocimiento de trabajadores y trabajadoras fijos discontinuos con contrato a tiempo parcial de carácter indefinido, según el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores” . “Los/las trabajadores y trabajadoras que realicen estas actividades deberán ser llamados para prestar sus servicios en las sucesivas campañas, formándose con ellos una plantilla diferente a la de los/las trabajadores y trabajadoras fijos o fijas de la empresa”.

82 STSJ, Castilla y León (Valladolid), 9 de marzo de 2004 (AS 622) «... lo cierto es que el de fijos-discontinuos no deja de ser una modalidad de contratación a tiempo parcial, habida cuenta que el último de los preceptos citados considera como tal el que se concierte para la realización de trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y que no se repitan en fecha ciertas, dentro del volumen normal de la actividad de la empresa, que este precepto expresamente declara aplicable la regulación del contrato a tiempo parcial, en supuestos de trabajos que se repitan en fecha ciertas, y que el artículo 12.1 dispone que el contrato se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un

Ambos tipos de contratos comparten la condición de ser considerados como contratos de trabajo “atípicos”, si partimos del contrato indefinido y a tiempo completo como el contrato de trabajo típico por excelencia. Bajo este prisma de atipicidad, lo ha considerado la doctrina laboralista francesa, a pesar de tener regulaciones separadas, si bien en el mismo capítulo, del *Code du travail* francés⁸³. Esta nota de atipicidad también ha sido observada por la doctrina alemana, predicándola del trabajo intermitente y a llamada junto con el trabajo a tiempo parcial, que comparten la misma legislación en Alemania, aunque en este caso desde la perspectiva de la protección legal y de los derechos exigibles en tales relaciones laborales, a la luz de la Directiva 2019/1152, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea⁸⁴. Y en esta misma línea, la OIT también ha tratado los déficits que más recientemente caracterizan el empleo global y, entre ellos, advierte en particular de los propios de empleos atípicos, como una categoría del trabajo masivo en el mundo: y, si bien no incluye nuestro objeto de estudio como un ejemplo de tal categoría -tal vez debido a ser un modelo típicamente español-, tal olvido no impide que el trabajo fijo discontinuo, por adolecer de un calendario anual completo (una de las exigencias del trabajo típico o standard), pueda ser concebido también como atípico, a pesar de que el trabajador titular del mismo “disfrute” de un contrato de trabajo indefinido. En tal sentido, definida la relación de trabajo típica como la que gestiona un “tipo de trabajo que es continuo, a tiempo completo y que se inscribe en una relación de trabajo subordinada y directa, entre un empleador y un empleado, no cabe duda de que el contrato fijo discontinuo, no cumple el primer requisito y por ello puede entenderse dentro del grupo segundo establecido en el informe, siguiendo la suerte del trabajo estacional, que sí lo está⁸⁵.

Es cierto que el contrato fijo discontinuo presenta unas peculiaridades específicas que pueden justificar que tengan un tratamiento legal singularizado derivadas de la propia razón de ser de su existencia y que no comparte con el trabajo a tiempo parcial. Así, la vinculación del contrato fijo discontinuo a trabajos de naturaleza estacional, vinculados a actividades productivas de temporada o aquellos que, sin pertenecer a las categorías anteriores, sean de ejecución cierta aunque intermitente, en los que la nota de permanencia se presenta como elemento definitorio de esta modalidad contractual que se impone a la voluntad de las partes, no se predica del contrato de trabajo a tiempo parcial en el que el principio de voluntariedad adquiere un mayor protagonismo en la ordenación del tiempo de trabajo en función de las necesidades de las partes⁸⁶. Sin embargo, estamos asistiendo a una crisis del principio de voluntariedad en el contrato de trabajo

número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable...» fundamento jurídico segundo.

83 Cfr. art. L. 3123-1/32 (contrato de trabajo parcial); y L.3123-33/38 (contrato de trabajo intermitente), introducido por el art. 8 de la Ley 1088 de 8 de agosto de 2016.

Al respecto vid. C. Guitton, C., «Emplois atypiques et négociation collective», *Travail et Emploi*, n.º. 42, 4 / 1989, pp. 15-21 ; Lippel, K., S. Berstein, S., y Mesing, K., «Travail atypique: Protection legale des conditions minimales d'emploi et de la santé» en *Cimbiase*, Université du Quebec á Montreal, 55 pp. (2004).

84 Cfr. § 12 *Ley sobre contrato a tiempo parcial y a tiempo determinado* (21.DIC.2000) TzBfG. (Teilzeit und Befristungsgesetz) y Dilenge, M., «Crowdworking: Neue Herausforderungen für das Arbeitsrecht in Deutschland», en *Business & Management*, num. 10 (2020), pp. 12-13.

85 Cfr. Organización Internacional del Trabajo, *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*, Ginebra, 2016. Este informe, adoptado en la 323ª reunión del Consejo de Administración OIT, habido en Ginebra en marzo de 2015 forma parte de las Conclusiones de la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo, Documento GB 323/POL/3 cit, pp.1-2.

86 Palomino Saurina, P., «Aspectos relevantes del trabajo fijo discontinuo», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.43, 2016, p. 253.

a tiempo parcial, en tanto en cuanto, se ha venido utilizado en muchas ocasiones como una medida exclusiva de flexibilidad de la empresa, sin ser libremente elegido por los trabajadores⁸⁷.

Por otro lado, la prestación de trabajo en los contratos fijos discontinuos se caracteriza por prestar servicios en determinadas épocas del año vinculada a factores estacionales o necesidades cíclicas o intermitentes de las empresas que no requieren una prestación de trabajo continuada a lo largo de todo el año, dato esencial y singular en el trabajo de carácter fijo discontinuo que lo sitúa como una variante del contrato de trabajo a tiempo parcial⁸⁸.

El contrato a tiempo parcial de art. 12 del ET se define por la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Ha sido la necesidad de la existencia de un trabajador comparable la que ha llevado a parte de la doctrina a considerar inviable la calificación de los contratos fijos discontinuos como una modalidad del contrato a tiempo parcial, al poder ocupar el trabajo fijo discontinuo la totalidad del tiempo de trabajo en la actividad de la empresa⁸⁹. No obstante, la existencia del contrato a tiempo parcial se justifica por la reducción en la jornada de trabajo anual⁹⁰, tanto si el trabajador se encuentra en un momento determinado prestando servicios como si no, sin que sea un elemento decisivo en la concreción de su naturaleza jurídica la existencia en la empresa de un trabajador comparable con contrato a tiempo completo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar; máxime, cuando el propio art. 12.1 del ET prevé la inexistencia de trabajadores comparables, sustituyéndolo como criterio de comparación, por la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo o en su defecto por la jornada máxima legal⁹¹, en clara referencia a los dispuesto en la cláusula 3 de la Directiva 97/81.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no duda de la consideración de los trabajadores fijos discontinuos como trabajadores a tiempo parcial de conformidad a lo establecido en la Directiva 97/81, relativa al Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial. Así, ha tenido ocasión de pronunciarse en tal sentido, analizando si la posible diferencia de trato de estos trabajadores respecto a otros a tiempo completo, en lo que se refiere al cómputo de antigüedad para la promoción económica y profesional, venía justificado por la aplicación del principio *pro rata temporis* o constituía una aplicación indebida del citado principio; estableciendo que, a los efectos

87 Según datos de la EPA, el empleo involuntario a tiempo parcial en el año 2020 en nuestro país ascendió al 51,4%, siendo en hombres el 56,4% y el 49,7 % en mujeres. Cfr. <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t00/ICV/Graficos/dim2/&file=214G2.px>; incrementándose el porcentaje en la Comunidad Autónoma de Andalucía hasta llegar al 61.1%, precedida por Ceuta, Melilla y Canarias. <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t00/ICV/Graficos/dim2/&file=214G1.px>

88 J. Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid, 2020, p. 267; Cabeza Pereiro, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo, 2013, pp. 86 ss.

89 Gorelli Hernández, J., op., cit., p. 286.; García Ortega, J., «El contrato fijo discontinuo, consolidación de su autonomía», en Goerlich Peset, J.M^a., (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, 2016, p. 320.

90 STSJ, La Rioja, 4 de febrero de 2003 (AS 580).

91 En el mismo sentido, la Directiva 97/81, de 15 de diciembre relativa al Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial, en la cláusula 3.2 establece que «En caso de que no exista ningún trabajador a tiempo completo comparable en el mismo establecimiento, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales».

del devengo de la antigüedad que se requiere para percibir trienios como complemento retributivo, se computa toda la duración efectiva de la relación laboral, incluyendo los periodos de inactividad de los trabajadores fijos discontinuos, y no solo los periodos en los que efectivamente se ha trabajado, pues lo contrario sería introducir una diferencia de trato no justificada, con los trabajadores a tiempo completo⁹². El Tribunal concluye que no se estaría aplicando el criterio de proporcionalidad. De esta forma, para el Derecho de la Unión Europea, los trabajadores fijos discontinuos son considerados trabajadores a tiempo parcial, aun cuando la normativa nacional los haya excluido de su regulación, sin que sea suficiente para excusar la diferencia de trato con los trabajadores a tiempo completo, que las razones pretendidamente objetivas que las justifican vengan dispuestas en una norma legal o convencional.

El TS que, en supuestos similares, había resuelto que el método aplicado en el cómputo de la antigüedad suponía una justificación objetiva para la diferencia de trato (STS, 13 de marzo de 2018 RJ 3053), ante la rotundidad del auto del TJUE, corrige su doctrina anterior en STS, 19 de noviembre de 2019, (RJ 5476) y en otras posteriores⁹³. Lo que la reforma deja claro es que se computará toda la duración de la relación laboral a los solos efectos del cálculo de antigüedad, con la excepción de que en otras condiciones podrá ser tomado como módulo de referencia el tiempo de trabajo efectivamente trabajado siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia, como ya había sido puesto de manifiesto por la doctrina en referencia al cálculo de otros complementos salariales⁹⁴. Igualmente el TS en reciente pronunciamiento, sitúa al trabajador fijo discontinuo como trabajador a tiempo parcial considerando que las compensaciones pactadas en convenio colectivo para los trabajadores que no disfrutaban de vacaciones en un determinado periodo, sin hacer distinción entre trabajadores fijos, fijos discontinuos y a tiempo parcial, deben disfrutarse proporcionalmente a la jornada trabajada, sin que sea necesario que se haga mención expresa en el convenio por aplicación del art. 12.4 d) del ET⁹⁵.

92 Auto 15 de octubre de 2019, (asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18, Caso OH y ER contra Agencia Estatal de la Administración Tributaria).

En el caso de autos, el litigio afectaba a trabajadores fijos discontinuos de la Agencia Tributaria, que constituido por una muy amplia mayoría de mujeres lleva al Tribunal a concluir que constituye también una discriminación indirecta por razón de sexo, el método del cálculo de la antigüedad para poder percibir trienios en concepto de complementos retributivos. Así el convenio colectivo aplicable, había fijado como criterio para su cálculo el cómputo del tiempo de prestación de servicios efectivos y no el de vinculación a la empresa, concluyendo el Tribunal que realmente no estaría aplicando el principio de proporcionalidad en el cómputo del tiempo para el devengo del complemento, sino que lo que se estaba produciendo es que al concepto de servicios efectivos se le estaba dando un contenido distinto según se tratase de trabajadores a tiempo completo o a tiempo parcial, porque mientras para los trabajadores a tiempo completo se identificaba con el tiempo de vinculación con la empresa, en el caso de los fijos discontinuos se identificaba únicamente con el tiempo de trabajo. Cuestionando dicha interpretación, Pallarés Miralles, R., «Antigüedad y fijos discontinuos: el tiempo computable a efectos retributivos e indemnizatenos. Últimos desarrollos en la jurisprudencia», *Revista Internacional Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 9, 2021. p. 338.

93 Sobre las implicaciones que el auto del TJUE supuso para la jurisprudencia nacional, Vid. Vicente de Andrés, R., «La discriminación indirecta en la contratación a tiempo parcial, análisis de la jurisprudencia del TJUE en el asunto AEAT» *Revista Avanzada Unión Europea*, núm. 3/2020. BIB 2020/8880.

94 García Murcia, J., «Cómputo de antigüedad y promoción económica y profesional de trabajadores fijos discontinuos» *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1/2020, pág. 8.

95 STS, 22 de octubre de 2020 (RJ 4562).

7. EL PROTAGONISMO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SECTORIAL

La reforma introducida en el art. 16 ET por el RDL 32/2021 refuerza considerablemente el protagonismo de la negociación colectiva y en particular la de nivel sectorial, realizando numerosas remisiones al convenio colectivo sectorial para que desarrolle las previsiones legales en función de las distintas peculiaridades de los sectores en los que el contrato fijo discontinuo va a desarrollarse, lo que demuestra «la trascendencia que se le otorga al convenio colectivo como instrumento de implementación de la negociación colectiva respecto de la regulación contenida en la norma estatal»⁹⁶. Las remisiones al convenio colectivo sectorial son numerosas, como la determinación del plazo máximo de inactividad en las contrataciones cuando esté justificada la celebración de un contrato de trabajo fijo discontinuo (art. 16.4 ET); el establecimiento de una bolsa temporal de empleo en la que se podrán integrar las personas fijas discontinuas durante el periodo de actividad con la finalidad de favorecer su contratación y formación continua; el establecimiento de un periodo mínimo de llamamiento, así como una cuantía por fin de llamamiento (art. 16.5 ET). Especial atención merecen el acuerdo recogido en los convenios sectoriales para la celebración del contrato fijo discontinuo a tiempo parcial, tema que no es novedoso porque se mantiene en los mismos términos que en la regulación anterior y el establecimiento de los procedimientos para las conversiones de los contratos en fijo ordinario.

7.1. Celebración a tiempo parcial de los contratos fijos discontinuos

Aunque las referencias al convenio colectivo sectorial aparecen en varios apartados del art. 16 ET, es en el apartado 5 en donde se concentran las materias que podrán ser abordadas por los convenios colectivos sectoriales y entre ellas la posibilidad de acordar «cuando las peculiaridades del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos discontinuos», materia que presenta una línea continuista con la regulación anterior, que se mantiene, en los mismos términos, a la establecida en el apartado 4 del anterior art. 16 ET. La realización de jornada de trabajo a tiempo parcial es una medida en principio tan poco deseada desde la perspectiva de los trabajadores que vinieran trabajando a tiempo completo, y por ende aparentemente al menos modificativa *in peius* de una anterior jornada a tiempo completo, que parece oportuno y adecuado exigir la máxima representatividad que da el nivel sectorial para llevar a cabo tal cambio sustancial negativo.

Ante todo, la voluntad del legislador de condicionar la medida al hecho de que vengan justificadas por las peculiaridades del sector, implica, por un lado, que el legislador parece no haber querido que las partes negociadoras, incluso siendo sectoriales, puedan recurrir a dicha posibilidad por la simple expresión de sus respectivos deseos en incorporarla al convenio, sino que, vinculando dicha medida a las peculiaridades del sector, trata así de insertar un prerrequisito general que afecte a todo el sector y, procediendo de este modo, poder “justificarse” también el propio legislador frente al resto de sujetos colectivos titulares de negociación colectiva en otros niveles, sobre el hecho de reservar tal medida a dicho ámbito específico superior de negociación; y, sin embargo, por otra, las peculiaridades del sector son una expresión tan vaga e indeterminada, como los principios generales del Derecho, que cualquier peculiaridad, sea o no objetivamente justificadora, podría dar pie a negociar y acordar tales recursos.

⁹⁶ Cruz Villalón, J., «El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva» artículo en prensa, pp. 15.

Sin embargo, lo que no parece que haya querido el legislador es que los convenios colectivos sectoriales den por cumplimentada la exigencia de justificación simplemente con la argucia de transcribir literalmente las palabras del precepto -o sea, añadiendo la frase teniendo en cuenta las peculiaridades del sector ...”—, sin entrar a detallar de manera precisa cuáles y cuántas son esas peculiaridades en concreto. A diferencia de esta falta de claridad, que termina siendo una falta de justificación, el art. L 3123-38, primer párrafo, del Code du Travail francés, inserto en la subsección sobre el campo de la negociación colectiva, determina, sin ningún género de dudas, que “el convenio o el acuerdo de empresa o, en su defecto el convenio o el acuerdo de rama extendido determina los empleos permanentes que pueden ser provistos por trabajadores titulares de un contrato de trabajo intermitente”. Esta misma técnica de delegación normativa precisa, podía haberse utilizado para los contratos fijos discontinuos que pueden ser celebrados a tiempo parcial en un ámbito de trabajo a tiempo completo.

De la propia dicción literal de la ley puede desprenderse, por un lado, que el acuerdo establecido en el convenio colectivo para la celebración del contrato fijo discontinuo a tiempo parcial viene referida a contratos *ex novo*. Sin embargo, una vez que la contratación a tiempo parcial ha sido pactada en el convenio colectivo, no parece que pueda impedirse que los contratos fijos discontinuos que se hubiesen celebrado en tiempo anterior al acuerdo puedan convertirse a tiempo parcial siempre que haya acuerdo entre las partes. En este sentido El Convenio Colectivo del Sector de la Hostelería de Illes Balears⁹⁷(art. 8.7) prevé la contratación inicial de trabajadores en la modalidad de fija discontinua para realizar la jornada a tiempo parcial, tanto para horas al día como días a la semana o al mes, y asimismo establece que cabrá la contratación a tiempo parcial durante toda la vigencia del contrato fijo discontinuo, al requerirlo y justificarlo las peculiaridades de la actividad en el sector, pero sin especificar concretamente cuáles son⁹⁸.

Esta posibilidad de celebrar el contrato fijo discontinuo a tiempo parcial ha sido para cierta doctrina la confirmación de que estamos ante una figura contractual autónoma en tanto que refuerza la separación entre las dos modalidades contractuales⁹⁹. En estos casos nos encontramos con un contrato de trabajo doblemente atípico pues a pesar de que es indefinido, su prestación es de carácter discontinuo y a tiempo parcial. Es decir, se convertiría en un contrato a tiempo parcial con doble segmentación, esto es, una vertical, que es la esencial en el contrato fijo discontinuo por el carácter discontinuo, valga la redundancia, en el que se están periodos determinados sin trabajar por lo menos en lo que respecta a los trabajos estacionales y otra horizontal, en la que en los periodos de trabajo se van a trabajar menos horas al día, menos días a la semana o

97 BOIB 12 de julio de 2018. Se cifran en 85.000 los trabajadores fijos discontinuos de la Islas. www.diariodemallorca.es/mallorca/2021/09/29/fijos-discontinuos-baleares-que-dan-proteccion-57802669.html

98 «Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 16ET, al requerirlo y justificarlo las peculiaridades de la actividad de este sector, los contratos suscritos bajo la modalidad de fijo discontinuo, que no se repitan en fechas ciertas, podrán realizar la jornada a tiempo parcial, tanto para horas al día como días a la semana o al mes. Así mismo, cabrá la contratación fija discontinua a jornada reducida o a tiempo parcial durante toda la vigencia del contrato. Esta posibilidad deberá figurar pactada por escrito en el correspondiente contrato de trabajo, debiendo constar el número de horas a prestar bajo esta modalidad de a tiempo parcial y su distribución. Con los trabajadores que ya tuvieran la condición contractual de fijo discontinuo, esta realización deberá pactarse, en su caso, de común acuerdo y por escrito».

99 Gorelli Hernández, J., «El contrato de trabajo fijo discontinuo» en *Modalidades de contrato de trabajo*, cit., p.298.

al mes. Esta doble característica que precariza la prestación de trabajo es la que justifica que solo por convenio colectivo sectorial pueda pactarse tal combinación, sin que pueda quedar su celebración a la autonomía contractual de las partes manifestada en el contrato de trabajo.

Lo que se presenta del todo indubitado es la imposibilidad de que convenios colectivos de ámbito inferior pueda abordar esta cuestión, al establecerse una reserva normativa clara en favor de los convenios sectoriales.

Ahora bien, cabe cuestionarse si para celebrar un contrato fijo discontinuo a tiempo parcial es necesario que esté pactado en convenio colectivo sectorial, de tal manera que su omisión impediría su celebración. El Profesor Cruz Villalón en un estudio reciente sobre el impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva, considera que exigir que para la celebración de un contrato fijo discontinuo a tiempo parcial sea necesario que venga pactado en convenio colectivo sectorial, colisiona con el Derecho comunitario siendo un obstáculo que debe eliminarse toda vez que el apartado 1 de la cláusula 5 de la Directiva sobre trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81, de 15 de diciembre, relativa al Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial) encomienda que tanto los Estados como los interlocutores sociales deben eliminar los obstáculos que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, sin duda, lo establecido en el párrafo segundo del apartado 5 del art. 16 ET, lo es; máxime, cuando la cláusula 5 a la que nos referimos se ubica en el contexto de la cláusula 1 relativa al objetivo del Acuerdo marco siendo uno de ellos el «facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial sobre una base voluntaria y contribuir a la organización flexible del tiempo de trabajo de una manera que tenga en cuenta las necesidades de los empresarios y de los trabajadores». En consecuencia, la Directiva sobre trabajo a tiempo parcial obligaría a interpretar que la ausencia de previsión convencional no impediría la celebración de un contrato fijo discontinuo a tiempo parcial¹⁰⁰.

Cuestión de gran importancia es si la regulación normativa a la que van a quedar acogidos estos contratos va a consistir en la suma o yuxtaposición del régimen jurídico del trabajo fijo discontinuo y de las reglas específicas del trabajo a tiempo parcial. No hay duda de que se le aplicarán las reglas específicas del trabajo fijo discontinuo en lo relativo al llamamiento, pero no considero que puedan aplicarse ambos regímenes en bloque sin excepción alguna, como ha manifestado cierta doctrina¹⁰¹. Tal afirmación debe ser matizada sobre todo referencia a las horas extraordinarias y complementarias. Una remisión en bloque de ambas regulaciones sin ningún tipo de matización ni de restricciones permitiría la realización de horas extraordinarias en tanto en cuanto el trabajador es fijo discontinuo y horas complementarias en tanto que también es trabajador a tiempo parcial algo absolutamente incompatible en la lógica contractual del trabajo a tiempo parcial.

7.2. La lógica desaparición a nivel legal de la cláusula de conversión de contratos temporales en fijos discontinuos y su sustitución por la conversión del fijo discontinuo en fijo ordinario

A pesar de que como hemos manifestado al principio de este trabajo, una de las características que marcan la reforma del art. 16 ET es el gran protagonismo que se le da al convenio colectivo

100 Cruz Villalón, J., «El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva» op. cit., pp.15 y 16.

101 García Ortega, J., «El contrato fijo discontinuo, consolidación de su autonomía», cit., p. 330, considera «que resulta de aplicación en bloque ambos regímenes jurídicos, sin restricción de ningún tipo».

sectorial para establecer condiciones en la regulación del contrato fijo discontinuo, en aspectos que son totalmente novedosos en su régimen jurídico, también se le ha sustraído una parcela que se ha presentado muy conflictiva y ha dado lugar a no pocas situaciones fraudulentas: me refiero a la posibilidad que se le daba al convenio colectivo sectorial, en apartado 4 del art. 16 ET anterior a la reforma, de establecer los requisitos y especialidades para la conversión de los contratos temporales en fijos discontinuos¹⁰². La desaparición de dicha competencia a nivel legal y su sustitución por la conversión del fijo discontinuo en fijo ordinario entronca con el objetivo de que el contrato indefinido sea la regla general y que «el contrato temporal tenga un origen exclusivamente causal, evitando una utilización abusiva de esa figura y una excesiva rotación de las personas trabajadoras» tal como se establece en el Preámbulo del RDL 32/2021. En esta línea reductora de la contratación temporal, ha desaparecido de nuestro marco jurídico el contrato por obra o servicio determinado, quedado el de duración determinada para atender circunstancias de la producción o por sustitución de la persona trabajadora. Ahora bien, aunque legalmente en el art. 16 ET ya no hay una remisión al convenio sectorial para que sea el que regule los requisitos para las conversiones de los contratos temporales en fijo discontinuo, no significa que los convenios colectivos, sean o no sectoriales, no puedan entrar a regular esta materia si las partes negociadoras lo consideran oportuno dentro de la libertad de contratación establecida en el art. 85 ET.

Las razones que han propiciado la desaparición de dichas cláusulas del marco legal han sido varias: según el informe de la OIT de 2016, sobre empleo atípico en el mundo, España aparece en Europa, junto con Polonia y Portugal, como la gran “campeona” del empleo temporal, al superar nuestro sistema con exceso el 20% de la población activa empleada con contratos temporales¹⁰³. E, igualmente, este informe también constata que, en España, los datos a largo plazo sugieren que, en el curso de su vida laboral, los trabajadores que empezaron con un empleo temporal tienen más probabilidades de pasar de un trabajo atípico al desempleo que los que empiezan con un trabajo permanente, ratificando la experiencia de treinta años de estudio, llevada a cabo tanto en España como en Italia, de que la desregulación en los requisitos de la contratación temporal, con la finalidad de fomentar el empleo, lo que ha conseguido en realidad ha sido extender la temporalidad de forma transversal a todos los sectores de la economía, incluyendo a aquéllos en los que nunca había sido necesaria¹⁰⁴. El exceso injustificado, cuando no, las prácticas abusivas y fraudulentas en torno a la contratación temporal, y específicamente a la eventual, movieron al Gobierno de España, por medio del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones a plantearse, finalizado el verano de 2021, a penalizar las excesivas bajas y altas laborales de trabajadores eventuales (de fines de semana o vacaciones), incluso durante la vigencia de su contrato, a través de una modificación

¹⁰² Recuérdese que en el apartado 4 del art. 16ET antes de la reforma se ubicaba tanto la posibilidad de celebrar contratos fijos discontinuos a tiempo parcial, como la conversión de los contratos temporales en fijos discontinuos. Ante la evidente desigualdad en la consideración de ambas medidas, cabe pensar que, al haber ubicado a ambas en el ámbito de la negociación sectorial, cada una de las cuales favorecía a cada una de las respectivas partes colectivas de tal nivel de negociación, puede que se debiera al deseo legislativo de que hubiera un “*quid pro quo*”, una posibilidad de intercambios o, si se quiere, una manera de compensar a cada una de las partes sectoriales del convenio colectivo con la respectiva que le beneficia, sin que tuviera que aparecer la que otorga y concede a la parte contraria como una concesión gratuita.

¹⁰³ Organización Internacional del Trabajo, *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*, cit., p. 8

¹⁰⁴ Organización Internacional del Trabajo, *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*, cit., pp. 17 y 22.

del artículo 151 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, que se ha plasmado en el art. Tercero.Uno del RDL 32/2021 ¹⁰⁵.

Con estos antecedentes fácticos, no debe extrañar la preocupación con la que tanto organizaciones internacionales (OIT) como regionales (UE) proyectan sus respectivas visiones críticas sobre la situación laboral y sobre las autoridades gubernativas españolas, moviéndolas a adoptar medidas que palien en lo posible tal situación; y, tras encontrar las razones de todas esas prácticas en el aumento de la competencia entre las empresas, la reorientación de sus estrategias organizativas y las modificaciones y lagunas en la reglamentación del trabajo, señalan respuestas legislativas prometedoras en pos del trabajo decente, estableciendo como regla “la primacía de los hechos”, según la cual la determinación de una relación de trabajo debe guiarse por los hechos relacionados con el trabajo y no sobre la base de cómo las partes describen o denominan tal relación¹⁰⁶.

En esta línea, debía ubicarse la conversión de contratos temporales en fijos discontinuos, para cuya finalidad el anterior art. 16.4 ET no había establecido límites, restricciones ni reservas. Por tanto, en principio, cualquiera de las modalidades de contratación laboral temporal (por obra o servicio determinado; interinidad o sustitución; y eventual), era llamada a pasar de una situación ocasional inicial o reiterada a otra de contratación indefinida fija-discontinua.

Sin embargo, la práctica de esta previsión legal que, en principio, era positiva, destacaba la importancia cuantitativa, cuando no masiva, de los de los trabajadores con contratos temporales eventuales a ser candidatos naturales y a convertir sus contratos en fijos discontinuos antes y por encima de los adscritos a las otras dos modalidades (obra y servicio determinado y sustitución o interinidad), los cuales, aun no estando excluidos, verían su oportunidad de conversión de manera más individual, ocasional y esporádica. La razón de esa preferencia cuantitativa tenía que ver con el sentido común y la propia índole del contrato referido; era el contrato de duración determinada eventual el que servía, sin duda, como instrumento jurídico de conexión inicial entre empresa con procesos fijos discontinuos y trabajadores desempleados dispuestos a prestarles sus servicios; y era esta modalidad contractual la que, mediante su reiteración y empleo masivo, era generalmente utilizada por los empleadores titulares para eludir la norma legal que les imponía contratar bajo la modalidad de fijo discontinuo. Por lo tanto, cuando el legislador estaba sugiriendo la adopción de esta medida, aunque la reservara a la negociación colectiva sectorial, en el fondo estaba tratando de “revertir” situaciones sobrevenidas de hechos consumados por otras que, sin duda, deberían haber sido las situaciones de empleo iniciales deseables, las cuales

105 A pesar de que ya el art. 151 LGSS establecía un incremento del 40% de la cuota empresarial por contingencias comunes en los contratos de duración determinada cuya duración sea inferior a 5 días, el art. Tercero.Uno del RDL 32/2021, modifica el art. 151 de la LGSS y penaliza ahora, aunque con excepciones, los contratos de duración determinada inferior a 30 días estableciendo una cotización adicional a cargo del empresario a la finalización del mismo que se calculará «...multiplicando 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». Esta cotización adicional no se aplicará cuando los contratos referidos se hayan celebrado con trabajadores incluidos «... en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, en el Sistema Especial para Empleados de Hogar o en el Régimen Especial para la Minería del Carbón; ni a los contratos por sustitución».

106 Organización Internacional del Trabajo, *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*, cit., pp.25-26.

deberían haberse impuesto por la propia naturaleza de los servicios prestados, aunque estos tuvieran desde el principio la nota de la discontinuidad.

Es bastante frecuente, que los convenios colectivos de sector en vigor, al amparo de la previsión normativa que se establecía en el art 16.4 del ET, contengan cláusulas relativas a la conversión de contratos temporales en fijos discontinuos. No había razón para que esta materia que entronca directamente con el principio de estabilidad en el empleo no pudiera ser abordada por la negociación colectiva de ámbito inferior.

La regulación estatutaria encomendaba a la negociación colectiva sectorial que estableciera los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos discontinuos, sin ningún tipo de limitación, lo que planteaba la cuestión de cuáles debían ser sus contornos y límites para que las cláusulas convencionales referidas fueran ajustadas a Derecho¹⁰⁷. En principio podemos afirmar que las cláusulas de conversión debían operar frente a contratos temporales lícitamente celebrados «para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir, cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular»¹⁰⁸, para favorecer la estabilidad en el empleo de quienes han venido prestando así sus servicios en la empresa; por el contrario, estas cláusulas no impedirían que los contratos temporales celebrados en fraude de ley se convirtieran en indefinidos por aplicación del art. 15.3 del ET¹⁰⁹. Sin embargo, como hemos visto, no ha sido infrecuente que las partes no calificaran inicialmente su relación como fija discontinua, por lo que cuando se producían contrataciones temporales sucesivas, el análisis de los contratos no debe efectuarse respecto al último, sino a toda la secuencia completa¹¹⁰.

Los convenios colectivos recogen frecuentemente en su articulado cláusulas de conversión determinando cuando un trabajador después de haber sido contratado reiteradamente con carácter eventual, habiendo realizado determinado número de jornadas durante dos, tres y hasta cinco años¹¹¹, pasa a adquirir la condición de fijo discontinuo, circunstancias que han contribuido al mantenimiento cuando no a un incremento de la temporalidad. Tales cláusulas han sido

107 Montoya Medina, D., «Trabajo fijo discontinuo e ilegalidad de las cláusulas convencionales de estabilidad en el empleo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º. 195 (2017), p. 6.

108 STS, 18 de septiembre de 2012 (RJ 9983).

109 Gorelli Hernández, J., «El contrato de trabajo fijo discontinuo» en *Modalidades de contrato de trabajo*, cit., p. 300.

110 García Ortega, J., «El contrato fijo discontinuo. Retos actuales...», cit., p. 102.

111 A título ejemplificativo vid. art. 2.2.3 Convenio colectivo nacional para las industrias de turrónes y mazapanes (BOE 9 de mayo de 2019) «El trabajador eventual que llevara asistiendo al trabajo ininterrumpidamente en la misma empresa durante tres años habiendo cotizado doscientos setenta días en estos tres años, adquirirá la condición de trabajador fijo discontinuo con los derechos y garantías que la legislación vigente establece para los mismos. Los trabajadores eventuales o de campaña que, a partir del 1 de enero de 2003, presten sus servicios en dos años sucesivos y acrediten, al menos 160 días de cotización en la empresa durante los indicados períodos de tiempo y seguidamente sean contratados de nuevo adquirirán la condición de trabajador fijo discontinuo, con los derechos y garantías que la legislación vigente establece para los mismos», y art. 7.1.2 Convenio colectivo del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco (BOE 25 de enero de 2017) «Los trabajadores eventuales que hayan permanecido en alta en la empresa 240 días por año, durante los cinco años anteriores consecutivos anteriores a la entrada en vigor del presente convenio, adquirirán la condición de fijos discontinuos. Asimismo, los trabajadores eventuales que, a partir de la entrada en vigor del presente convenio, durante tres años consecutivos, o cinco alternos, permanezcan en alta en la empresa 225 días por año, adquirirán la condición de fijos discontinuos».

consideradas por doctrina unificada como ilegales si la actividad contratada era desde el principio fija discontinua¹¹². Por el contrario, otros convenios solo exigen que los trabajadores hayan tenido con anterioridad un contrato de trabajo temporal o eventual, aunque en estos supuestos solo se establece como posibilidad la transformación de sus contratos en indefinidos, tanto en la modalidad de fijo indefinido ordinario como fijo discontinuo¹¹³.

Un elemento que indica el giro en la técnica legislativa del contrato de trabajo fijo discontinuo es la referencia a su posible conversión en contrato fijo ordinario, lo que demuestra que la discontinuidad que caracteriza a este contrato enlaza con las características del trabajo desempeñado y no necesariamente con las características de la actividad en la que se ejecuta la prestación laboral. La referencia legal a la conversión denota que la actividad empresarial puede ser continuada a lo largo del año, aunque existan determinados trabajos caracterizados por su discontinuidad en el tiempo.

En lo que se refiere a la conversión del contrato fijo discontinuo en contrato fijo ordinario, el nuevo art. 16 ET, pero esta vez, en el apartado 7, supedita dicha conversión a la existencia de vacantes, imponiéndose un deber de información al respecto, en un doble dirección: la información debe ir dirigida a las personas fijas discontinuas y a los órganos de representación de las personas trabajadoras para que aquéllas puedan formular, si lo desean, la solicitud de conversión de sus contratos, de conformidad con los procedimientos que se establezcan para la cobertura de vacantes en el convenio colectivo sectorial, o en su defecto, en el acuerdo de empresa. La conversión no opera automáticamente, sino que tiene que haber una petición previa de la persona trabajadora, pero, en cualquier caso, existiendo vacante, cumplimentada la petición y procediendo de acuerdo con lo dispuesto en el convenio colectivo sectorial, el empresario viene obligado realizar la conversión. Aunque la conversión a fijo ordinario aparece como novedad en el texto del art. 16 ET, no lo ha sido para la práctica convencional que la ha venido asumiendo como materia objeto de negociación¹¹⁴.

En materia de conversión, el ET no establece ninguna regulación mínima que deban cumplir los convenios colectivos sectoriales, ni tampoco se establecen preferencias legales en la ocupación de los puestos fijos ordinarios vacantes dejando todo el protagonismo en la regulación a los sujetos negociadores. Por tanto, los convenios referidos podrán establecer, por ejemplo, las conversiones con carácter transitorio o definitivo dependiendo de si la actividad pretende establecerse con carácter de actividad permanente o continuada a lo largo del año.

En mi opinión, esta materia, que se presume *prima facie* favorable para las personas que vinieran ejecutando sus contratos de trabajo fijos discontinuos, no parece que, por producir un

112 SSTS, 26 de octubre de 2016 (RJ 5606) y 13 de febrero de 2018 (RJ 1055). En suplicación, entre otras, STSJ, Andalucía, Sevilla 30 de enero de 2020 (AS 1235) y STSJ, Andalucía, Granada 22 de febrero de 2019 (AS 1455).

113 Art. 35 Convenio colectivo de trabajo para las industrias del aceite y sus derivados de la provincia de Sevilla (BOP Sevilla, 22 de febrero de 2019) «Aquellos trabajadores que hayan tenido con anterioridad un contrato temporal o eventual, podrán ser transformados sus contratos en indefinidos, tanto en la modalidad de fijo indefinido ordinario como fijo discontinuo». Con la misma redacción, art. 21 del Convenio colectivo provincial para las industrias del aceite y sus derivados para la provincia de Córdoba (BOP Córdoba, 23 de septiembre de 2021).

114 Vid, por ejemplo, el Convenio Colectivo del Sector de la Hostelería de Illes Balears, con vigencia hasta el 31 de marzo de 2022.

cambio *in melius*, necesitara del nivel sectorial de representatividad negocial para hacerla viable. En todo caso, en tanto en cuanto el art. 16. 7 ET, encomienda la conversión del contrato en fijo ordinario al convenio colectivo sectorial, o en su defecto al acuerdo de empresa, debe entenderse que en caso de que el convenio sectorial no regulara nada al respecto, es lógico admitir que puede entrar a regular dicha materia el convenio colectivo de empresa, pues la referencia legal al acuerdo de empresa en defecto de previsión de convenio sectorial debe interpretarse en tal sentido.

En una lógica negocial, carece de sentido que una materia pueda pactarse por acuerdo de empresa y no por convenio colectivo de ámbito empresarial.

PONENCIA GENERAL SEGUNDA
IGUALDAD DE CONDICIONES DE TRABAJO ENTRE PERSONAS
TRABAJADORAS DE EMPRESA CONTRATISTA Y EMPRESA PRINCIPAL

JUAN ROMERO CORONADO
Profesor Titular Derecho del Trabajo y SS.
Universidad de Granada

1. Introducción
2. El principio de igualdad de las condiciones de trabajo en la subcontratación
 - 2.1. La concreción del Principio de Igualdad de las condiciones de trabajo entre personas trabajadoras de la empresa contratista y de la empresa principal
 - 2.2. La relegación del Principio de Igualdad a un segundo plano sobre la primacía del Principio de Autonomía de Voluntad de las partes
 - 2.3. La concreción normativa de las actividades o servicios objeto de la contratación mercantil a efectos de garantizar el principio de igualdad de derechos de las personas que trabajan en el ámbito de la subcontratación
3. Régimen jurídico de la igualdad de derechos entre personas contratadas por la empresa contratista y la empresa principal
 - 3.1. El modelo de subcontratación admitido por el ordenamiento jurídico español y sus repercusiones para el reconocimiento de un régimen igualitario de derechos entre las personas que trabajan para empresas principales y contratistas
 - 3.2. La insuficiencia reguladora del artículo 42 para garantizar la igualdad de derechos de las personas trabajadoras de la empresa principal y la contratista como consecuencia de las transformaciones en la organización del trabajo
 - 3.3. El tipo de actividad como elemento diferenciador en el reconocimiento de derechos para las personas trabajadoras de la empresa contratista y la principal
 - 3.4. La desigualdad de derechos laborales generada por las nuevas formas de subcontratación
4. La generalización de la contratación temporal en el ámbito de la subcontratación y sus consecuencias para el igualdad de derechos entre las personas que trabajan para la empresa principal y la empresa contratista
 - 4.1. La tradicional vinculación de la contratación laboral a la contratación mercantil entre empresa principal y empresa contratista
 - 4.2. Consideraciones jurisprudenciales sobre la vinculación entre contratación mercantil y laboral
 - 4.3. El cambio de perspectiva operado por la STS de 29 de diciembre de 2020
 - 4.4. Efectos de la STS de 29 de diciembre de 2020 en el ordenamiento jurídico laboral
5. Conclusiones
6. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo que ahora se presenta ha sido fruto de un análisis pormenorizado de la jurisprudencia que sobre las contratas y subcontratas se ha ido desarrollando en las últimas dos décadas y que ha culminado en la trascendental Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2020 que para muchos es considerada como una sentencia trascendental puesto que marca un cambio sustancial en el reconocimiento de los Derechos de las personas trabajadoras de las empresas contratistas al desvincular el objeto de la relación laboral del objeto o actividad propia de la relación contractual entre las empresas que intervienen en la contrata, permitiendo de esta forma igualar los derechos de las personas contratadas por la empresa contratista o subcontratista con las personas contratadas por la empresa principal.

Se ha tratado por tanto de un trabajo de investigación que ha partido de casos particulares, rastreados a través de la jurisprudencia, en los que se ponía de manifiesto de una forma clara y sangrante la diferencia de trato entre las personas trabajadoras de la empresa principal y las personas trabajadoras de las empresas contratadas. De este modo se puede decir que se ha seguido una metodología anglosajona, propia del Common Law, en la que partiendo del precedente judicial se han ido realizando conceptualizaciones jurídicas que han terminado en la elaboración de un corpus conceptual en cuya cúspide hemos podido rastrear la culminación del principio de igualdad de derechos de las personas trabajadoras de la empresa contratista con respecto al de la empresa principal. No obstante, también podemos decir, que ésta forma de análisis jurídico no es ajena al Derecho Continental, por cuanto que fue a partir de los casos que fueron elaborando los pretores, en el Derecho Romano, de donde surgieron las Pandectas que con posterioridad dieron origen al Digesto y que han conformado la forma de entender el Derecho en el modelo continental de una forma abstracta o conceptual, llevando a establecer en la cúspide de todo el ordenamiento jurídico lo que se podría denominar, utilizando términos de Ronald Dworkin, como jurisprudencia de principios.

Por lo tanto, y al tratarse de una introducción, hay que explicar aquí la metodología de investigación seguida desde ese inicial análisis de los supuestos de base, mediante el estudio de las fundamentaciones jurídicas derivadas de las situaciones holísticas a través de los diversos pronunciamientos en sede jurisprudencial. Seguidamente se ha realizado un análisis de los diversos aspectos que la doctrina ha tenido a bien considerar sobre dichas fundamentaciones jurisprudenciales, asumiendo en muchos casos las determinaciones jurídicas realizadas por los propios tribunales, y en particular de la sala IV del Tribunal Supremo, pero también, realizando aportaciones significativas para entender el momento actual del estadio de regulación de la materia relativa a la subcontratación. Aportaciones que por otra parte se han arbitrado a modo de reflexiones sobre las aporías o incoherencias del sistema regulatorio de esta institución jurídica sobre todo a la hora del reconocimiento de los derechos de las personas trabajadoras de las empresas contratistas con respecto a los derechos de las personas trabajadoras de las empresas principales. Situación que ha puesto de manifiesto la necesidad de emprender un cambio de rumbo regulatorio y simultáneamente exigir una regulación legislativa novedosa para atender como se merece a la dignidad de las personas el reconocimiento de los derechos de las personas empleadas por las contratas.

De aquí, del estudio doctrinal, se han derivado a su vez dos vías de investigación para los resultados concluyentes que a continuación se van a exponer. Por una parte la indagación de las

situaciones de facto que están sucediendo en los últimos meses en relación al proceso de reforma laboral emprendido, en orden a buscar una explicación clara y racional de lo que está sucediendo a nivel de negociaciones intensas entre los agentes sociales, las tramitaciones parlamentarias y, cómo no, dentro del propio ejecutivo, entre los distintos socios que conforman el gobierno actual, poniendo en comparación las distintas opciones que se están planteando en este momento en relación a la regulación de la subcontratación con los postulados iniciales que se establecieron originariamente al principio de la legislatura en el acuerdo de gobierno.

La otra vía que se ha derivado de dicho estudio doctrinal ha sido la del análisis de la normativa vigente, de derecho positivo, y sus insuficiencias, aporías e inexactitudes a la hora de garantizar con plena coherencia el cumplimiento de los mandatos constitucionales que hacen referencia al Derecho del Trabajo y, en particular, a los postulados del artículo 35 de la Constitución, donde se hace una especificación de cuáles deben ser los parámetros a seguir en la determinación de las condiciones laborales por la normativa de desarrollo. Es decir, se ha realizado un análisis técnico-jurídico de la normativa laboral ad-intra, sin tener en cuenta principios constitucionales inspiradores que de alguna forma u otra al final siempre están presentes.

En consecuencia y, a pesar de la tozudez en el análisis ad intra, al final, dentro de esta línea investigadora no ha quedado otra que trascender los fundamentos originarios subyacentes en la regulación de las relaciones laborales y se ha puesto de manifiesto como uno de los referentes básicos para la objetivación de los derechos constitucionales sustentantes de todo el organigrama jurídico laboral el principio de igualdad y, de manera particular, en el caso que nos atañe, el principio de igualdad de derechos entre las personas contratadas por las empresas contratistas y las empresas principales.

Una vez alcanzados estos resultados y para hacer más coherente desde un punto de vista lógico su presentación, pasamos a exponerlos, esta vez ya sí desde una lógica de corte racionalista-francés, empezando por la cúspide y descendiendo hasta la casuística particular. De esta forma se va a proceder al desarrollo conceptual dogmático partiendo de los fundamentos inspiradores de la normativa sobre contratas y subcontratas y las propuestas de reforma o lege ferenda que están en un ámbito externo al Derecho, pero que se nutren y están en continuo dialogo con el mismo, para después proceder a un análisis más interno, técnico- jurídico, del entramado normativo que atañe a la institución de la subcontratación, siguiendo un planteamiento jerárquico con fundamento en el análisis teórico de las fuentes, para concluir finalmente en el análisis de la casuística jurisprudencial y como implementar la norma para que tengan una manifestación específica en el caso concreto.

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN LA SUBCONTRACIÓN

2.1. La concreción del Principio de Igualdad de las condiciones de trabajo entre personas trabajadoras de la empresa contratista y de la empresa principal

Los presupuestos políticos-jurídicos preexistentes como fundamento de cualquier norma jurídica son la base sobre la que se sustenta la normativa aplicable y son ineludibles desde los distintos parámetros de desarrollo normativo, aplicativo, interpretativo o científico, máxime si lo que se

pretende es una reforma en sede legislativa de la regulación, sobre la base de los intereses jurídicos sustentantes del Derecho de los que hablaba Ihering en su “cielo de los conceptos jurídicos”.

De esta forma para hablar de reforma en el ámbito de la subcontratación es necesario partir del principio de igualdad de condiciones de trabajo con carácter general, y con carácter particular entre las personas trabajadoras contratadas por la empresa principal y las personas trabajadoras contratadas por la empresa contratista¹. Para que este principio pueda ser trasladado al ámbito normativo se hace necesaria una objetivación que pueda permitir dicha concreción. Así, este principio consiste en que durante el tiempo de “ejecución de la contrata, quienes participen del proceso de elaboración de un bien o de la prestación de un servicio mantengan similares “condiciones laborales y de empleo”, con independencia de su adscripción formal a la empresa principal o contratista”².

Sobre las bases igualitarias de las condiciones de trabajo que dimanaban de este principio se lograría una mejora en los estándares de supervivencia de las personas contratadas en el marco de la subcontratación, trasladado a términos más generales, un reconocimiento de derechos a la ciudadanía, que es lo que pretende toda norma jurídica, atendiendo de forma particular a aquellas personas más desfavorecidas o comprometidas por sus circunstancias vitales. Evidentemente el establecimiento de este principio, en sus justos términos, conlleva necesariamente un incremento de costes para las empresas, reconduciendo el régimen jurídico de la subcontratación a los términos originarios para los que se estableció en la redacción originaria del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, que era que solamente se utilizara esta fórmula jurídica cuando existiesen razones de especialización productiva, es decir, que la empresa principal tuviese que acudir a empresas dedicadas a actividades muy específicas que era imposible que pudiesen ser desempeñadas por la empresa principal.

Empero, la tergiversación del sentido último de la norma se ha convertido en una realidad que comenzó a materializarse ya a mediados de las décadas de los ochenta del siglo pasado y que se generalizó a partir de los años noventa del mismo siglo, alentada por el auge del neoliberalismo económico que se instauró en términos globales como consecuencia de la caída del muro de Berlín. De una forma un tanto torticera se utilizó la figura de la subcontratación con carácter general para suplir incluso actividades que sí que podían ser desarrolladas por la empresa principal. De aquí a la flexibilización de las condiciones de trabajo, con la consiguiente merma en el reconocimiento de los derechos de las personas trabajadoras, se estaba a un paso³.

Por esta vía, se abrió una posibilidad para que las empresas eludieran el cumplimiento de sus obligaciones laborales que, de forma indirecta, casi subliminal y oculta, también repercutió en que se relajase el cumplimiento de todas las condiciones de trabajo establecidas por el

1 Sobre el principio de igualdad en las relaciones laborales Vid.: RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “El principio de igualdad en las relaciones laborales”. *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, pág. 381 a 414.

2 GOMEZ GORDILLO, R.: “Apuntes para una reforma de la regulación laboral de la subcontratación de obras y servicios Notes for the outsourcing regulation reform”. *Lan Harremanak*, núm. 45, 2021, pp. 14-16.

3 SANGUINETI RAYMOND, W.: La regulación de los efectos laborales de la subcontratación: el Perú en América del Sur The regulation of the labor effects of subcontracting: Peru in South America *De-recho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 68, 2012, p. 337

ordenamiento jurídico, ya que si el Derecho del Trabajo, y también el de la Seguridad Social, no se desregulaban, siempre le quedaba a las empresas el recurso a la utilización de estas formas externalizadas, que en la práctica suponían una efectiva inaplicación de las normas estandarizadas que se habían establecido ya en la etapa dorada del ordenamiento iuslaboralista, sustentadas por una estructura económica de carácter Fordiano, basadas en la estabilidad en el empleo. Y es que antes de que en el año noventa y cuatro se generalizasen las fórmulas de contratación temporal, por la vía de la subcontratación y, sobre la base, de la duración temporal de la obra o servicio determinado objeto del contrato de arrendamiento de servicios de la subcontratación se hacía depender también la duración del contrato de trabajo vinculado al mismo.

En consecuencia, se ha venido generalizando una práctica nociva que ha perjudicado enormemente las condiciones de estabilidad en el empleo, suficiencia salarial, promoción profesional, formación profesional... En definitiva, todos los parámetros descriptores o definitorios de la consagración de lo que en el art. 35 de la Constitución debe ser entendido como Derecho del Trabajo y que ha venido siendo desarrollado de una forma particular por el Título I del Estatuto de los Trabajadores⁴.

Una vez generalizada la percepción de que esta situación no puede seguir así, se han establecido los presupuestos para la reforma atendiendo a que la operación para esta igualación debe descansar en el principio de autonomía colectiva. Y es que, tradicionalmente, en todos los procesos de reforma siempre se ha atendido al “buenismo” de las partes intervinientes, aunque solamente se suele predicar para una de las partes, en este caso la trabajadora, por lo general la más perjudicada, pero con un carácter negativo, para entender desde consideraciones moralistas que deben cumplir con sus obligaciones laborales y que en realidad no existe una vocación clara de trabajar, cuando no se conocen las características particulares de la situación⁵.

2.2. La relegación del Principio de Igualdad a un segundo plano sobre la primacía del Principio de Autonomía de Voluntad de las partes

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que estas concesiones a la autonomía de la libertad de las partes sin que previamente existan unos límites heterónomos sobre la base de los preceptos constitucionales han venido fracasando en el ámbito del Derecho del Trabajo. La única normativa que ha resultado eficaz en el ámbito ius-laboralista ha sido aquella que se ha establecido de forma vertical, es decir, de arriba hacia abajo y, además, está en la naturaleza de los principios sustentantes y aplicativos de este ordenamiento jurídico. Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo establecidos en el art. 3 del Estatuto de los Trabajadores se basan en esta filosofía, principio de jerarquía normativa, norma mínima. La misma categorización de las normas del Derecho del Trabajo, como normas de Derecho necesario relativo se basan en ello.

4 MONEREO PÉREZ, J.L.: “La subcontratación empresarial. Valoración crítica del modelo de subcontratación laboral en España”, en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S. (dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018, p. 345.

5 VICENTE PALACIO, A.: “Empresas multiservicios: negociación colectiva y subcontratación” en Monereo

Pérez, J. L. y Perán Quesada, S. (dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018, p. 241-264.

Desconocer esto es crucial, ya que todas las experiencias del pasado que se han formulado sobre bases exclusivamente en el principio de autonomía de la voluntad, tanto a nivel colectivo, ni que decir tiene, en el individual, han fracasado en el ámbito de las relaciones laborales, ya que no tienen en cuenta que las relaciones económicas subyacentes se caracterizan por la posición de fuerza preeminente de una de las partes, en este caso la empresarial. Por tanto, se hace necesario acudir a un factor compensador, de fuerza que pueda obligatoriamente equilibrar la situación y, que no es otro, que la intervención del Estado.

Es así, que la propuesta actual de reforma que está puesta sobre la mesa parte de considerar que es el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, [las condiciones] que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal”, incluyendo tanto a los convenios sectoriales, colectivos de empresa, extraestatutarios, o incluso, a las condiciones fijadas por la voluntad unilateral de la empresa, los que deben garantizar de forma natural esa igualdad de las condiciones de trabajo entre las personas contratadas por la empresa principal y las personas contratadas por la empresa contratista. Dentro de estas condiciones se incluirían la “remuneración y cuantía salarial, condiciones de contratación, tiempo de trabajo y descanso, igualdad, protección de la maternidad, lactancia y paternidad” y protección frente a los riesgos laborales⁶.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones las empresas contratistas son empresas de escasa dimensión que por sus características impiden que se puedan establecer los mecanismos de representación de las personas trabajadoras que sí que se pueden instaurar en las empresas principales, o incluso las infraestructuras o medios necesarios para poder instaurar por vía convencional los mecanismos de acción social que sí que se pueden instaurar en las empresas principales. En consecuencia, esto que en principio pudiera parecer tan sencillo no deja, en muchos casos, de ser inoperativo, dando lugar nuevamente a la inaplicación de las condiciones básicas para poder garantizar la igualdad de Derechos entre las personas trabajadoras contratadas por las empresas contratistas y las empresas principales⁷.

Además, residir toda la concreción de este Principio de Igualdad en la vía convencional supone excluir la imposición de criterios claros y precisos del establecimiento de las condiciones de trabajo mediante una regulación heterónoma sustentante, que permita luego en sede convencional aclarar todos los perfiles concretos de esos mínimos normativos para adaptarlos a las realidades particulares de las empresas, tanto en el caso de la empresa principal como en el caso de la empresa contratista. En este sentido el legislador no puede hacer dejación de sus funciones, como en tantas otras ocasiones ha hecho, para lavarse las manos y evitar así las críticas y presiones que pudiese percibir por parte de los lobbies empresariales. Desde un criterio técnico-jurídico, de visión interna del Derecho, no meta-jurídico, se hace inevitable una regulación

6 De esta forma, el asunto trascendental sobre el recurso a la vía convencional o regulación heterónoma se ha planteado en una cuestión específica, la relativa al concepto de jornada de trabajo. Así, la enmienda n° 27, presentada por el Grupo Socialista establece que “en supuestos de propia actividad” se debe imponer la aplicación del convenio colectivo aplicable a la empresa principal, “salvo que las condiciones del propio convenio fueran equivalentes”. La enmienda resuelve de un plumazo la discusión en torno al alcance material del principio de igualdad, pero no tiene en cuenta las especificidades que el convenio de la empresa principal puede tener a la hora de trasladarlo al ámbito de las empresas contratistas.

7 Sobre la torticera instrumentación del Convenio de empresa a este respecto VICENTE PALACIO, A.: “Empresas multiservicios: negociación colectiva y subcontratación”, op. cit., p. 247.

heterónoma de la situación que permita una regulación estandarizada a nivel nacional de las condiciones laborales en materia de subcontratación entrando en todos los posibles perfiles o aristas que luego en la concreción convencional u contractual no puedan suponer una nueva evasión en el cumplimiento de los derechos laborales que para las personas trabajadoras de la empresa principal sí se exigen. Es decir, no se puede volver a las andadas, porque ya hemos visto lo que ha ocurrido con este “Lebiatán” de la subcontratación que nos ha traído hasta aquí⁸.

La precisión en sede heterónoma, legislativa, de las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras de la empresa contratista garantizan un mayor amparo precisamente a aquellos grupos de personas que tienen menores niveles de protección y cuya pauperización crece de forma insoslayable como consecuencia de la generalización de nuevas formas de subcontratación que por la vía de la externalización de servicios persiguen de forma oculta y subrepticia esquivar el cumplimiento de la normativa laboral. Véase las modernas formas de terciarización de las relaciones laborales subcontratadas como consecuencia de la globalización y del avance de las nuevas tecnologías implementadas en el ámbito laboral, permitiendo que una persona desde cualquier parte del mundo pueda desarrollar su trabajo para una multinacional española, sin necesidad de que sea de aplicación la normativa nacional española, generando de esta forma un claro ejemplo de dumping social. En este caso estamos hablando de la nueva situación generada por el “Crowdsourcing”⁹.

Ha sido la propia Jurisprudencia, en la STS de 29 de diciembre de 2020, como tendremos ocasión de comprobar, la que tomando en consideración estas situaciones ha discriminado que hay que garantizar las condiciones de trabajo igualitarias sobre la base sustentante de los principios inspiradores de toda la normativa como no puede ser otro que el Principio de Igualdad, que se encuentra en la base de nuestra Constitución Socio-Económica, como sustentante del Estado Social-Democrático de Derecho. De esta manera la estructura jerárquica en el reconocimiento de los derechos queda sumamente clarificada porque sobre la base de los principios sustentantes ya se puede ir diluyendo todo el esquema de concreción en sede normativa, convencional y contractual, tal y como se deriva a su vez de la estructura diseñada por el propio art. 3 del Estatuto de los Trabajadores a la hora de configurar el marco normativo por el que se debe regir la aplicación del Derecho del Trabajo, evitando así posibles lagunas o vacíos normativos como

8 Es en este punto donde interviene la enmienda número 2 presentada por el Grupo Unidas Podemos En común Podem-En Marea, que genera una contraposición a los postulados establecidos por la enmienda nº 27 presentada por el partido Socialista, trasladando el debate propio que debería sustanciarse en sede parlamentaria al Consejo de Ministros. La propuesta de Unidas Podemos propone una mayor especificación en sede normativa de aquello que puede ser regulado en sede convencional, y más concretamente, en el asunto concreto que se está debatiendo, el de la jornada. Así, aporta una relevante novedad relativa a las condiciones aplicables a las contrataciones que no corresponden a la propia actividad de la comitente entendiendo que se debe aplicar el convenio colectivo del sector de actividad que desarrolla la contrata, sin perjuicio de aplicar el convenio colectivo de empresa en caso de que este último fijase condiciones más favorables. En este caso, el planteamiento de Unidas Podemos parte de la perspectiva vertical de concreción del principio de igualdad que hemos mencionado arriba, también en vía convencional, primando el convenio de sector frente al convenio de empresa, pero sin prescindir de la regulación heterónoma que encuentra su fundamentación en las precisiones constitucionales de regulación de las condiciones de trabajo, como así establece el artículo 35 de la Constitución Española.

9 ESTEVE SEGARRA, A.: “Empresas multiservicios: cesión ilegal de trabajadores y subcontratación” en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S. (dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018, p. 267.

consecuencia de la desregulación que se puede producir en alguno de los eslabones superiores de la cadena de elaboración normativa. En consecuencia, no podemos por más, que seguir insistiendo, valga la redundancia, en que el legislador no puede hacer dejación de sus funciones y tiene que proceder a una regulación explícita y clara con carácter heterónomo de las condiciones laborales específicas que con la forma de derechos se han de reconocer a las personas trabajadoras de las empresas contratistas para que sean iguales que las de las personas que trabajan para las empresas principales¹⁰.

2.3. La concreción normativa de las actividades o servicios objeto de la contratación mercantil a efectos de garantizar el principio de igualdad de derechos de las personas que trabajan en el ámbito de la subcontratación

Es por esto, que para evitar esta situación de desprotección en sede convencional se está abriendo paso en la línea de las propuestas, de lege ferenda, la posibilidad de determinar estos criterios claros y precisos desde la normativa heterónoma. Por ello, se está incidiendo en la definición del concepto de realización de “todas o alguna de las actividades principales o nucleares” de la empresa que utiliza los servicios de la contrata. Y, aquí surge de nuevo la polémica, porque ya no es sólo sobre la forma de regulación de los derechos laborales de las personas contratadas por la empresa contratista, para garantizar la igualdad de Derechos, sino que también es en qué medida se determina que las actividades que pueden ser objeto de la contratación mercantil, o de arrendamiento de servicios, entre la empresa principal y la contratista se pueden aproximar al núcleo duro de actividad del objeto social desempeñado por la empresa Principal¹¹.

Hay que tener en cuenta que cuanto más se conceda a nivel de esta contratación mercantil la posibilidad de que las empresas contratistas realicen actividades propias de la empresa principal mayores serán las posibilidades de desprotección, inestabilidad laboral, pauperización y marginalización, también a efectos del futuro acceso a prestaciones de Seguridad Social de las personas trabajadoras contratadas por las empresas contratistas, y, con carácter general, para todas las personas trabajadoras, vistas las sinergias centrífugas que han dado lugar a la generalización de la externalización de los servicios por parte de las empresas y, sobre todo, por las grandes multinacionales¹². Por el contrario, cuando mayor se produce el alejamiento se puede dar lugar a más reconocimiento de los derechos laborales de las personas trabajadoras, puesto que sería volver a un sistema estandarizado de relaciones laborales, sobre la base de que la mayoría de las personas que desarrollan la actividad productiva son personas contratadas directamente por la empresa principal, a la que no le queda más remedio que aplicar directamente las normas

10 Otra cuestión es que se pueda entender que ambas enmiendas, la nº 27 presentada por el partido Socialista y la nº 2 presentada por Unidas Podemos, compartan el mismo criterio. Al final, es verdad que ambas se centran en el mismo punto, la naturaleza de la actividad como determinante para la aplicación del régimen jurídico aplicable, pero con perspectivas diferentes.

11 MONEREO PÉREZ J.L.: “La subcontratación empresarial. Valoración crítica del modelo de subcontratación laboral en España”, op. cit., p. 350.

12 BAYLOS GRAU, A.: “La responsabilidad de las empresas transnacionales den los procesos de externalización. Las cláusulas sociales internacionales” en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S. (dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018, p. 115-117.

PONENCIA GENERAL SEGUNDA:
IGUALDAD DE CONDICIONES DE TRABAJO
ENTRE PERSONAS TRABAJADORAS DE EMPRESAS CONTRATISTAS
Y EMPRESA PRINCIPAL

151

estatutarias so la comisión de una posible infracción, y las correspondientes sanciones derivadas de la misma, en caso de incumplimiento¹³.

En resumen, la opción de encomendar a la negociación colectiva la disposición, en beneficio de las personas trabajadoras, del ámbito de aplicación de un sistema de garantías tan necesario y urgente no parece la mejor de las estrategias, en particular si se toma en consideración las dificultades que las organizaciones sindicales encuentran en el ámbito de las empresas contratistas¹⁴. En función de dónde bascule la preponderancia de la capacidad negociadora, así se van a poder reconocer los derechos o bien a las personas trabajadoras de la empresa principal o de la contratista. Si bien dada la insuficiencia en la representación sindical y unitaria de las personas trabajadoras de las empresas contratistas sólo queda advertir, evidentemente, que en esta negociación van a salir beneficiados las personas trabajadoras de la empresa principal, que son los que ostentan la representación negociadora, profundizando, aún más si cabe, en la situación de desigualdad, inestabilidad laboral y pauperización de las personas trabajadoras de la empresa contratista¹⁵.

Y es que ya en el pacto originario de esta legislatura se hacía patente la conciencia de los socios de Gobierno que el permitir que dentro de la noción de actividad o servicio de la regulación mercantil entre empresa principal y empresa contratista se pudiese negociar sobre actividades principales o decisivas de la empresa comitente suponía la limitación de derechos de las personas trabajadoras, favoreciendo la precariedad, la inestabilidad y la pauperización de la sociedad española en su conjunto. La limitación del objeto de la contratación mercantil suponía un espacio de libertad para establecer condiciones de equidad en la negociación en cumplimiento de los preceptos constitucionales y en particular del Derecho, Principio, de Igualdad, que se concreta aquí en Principio de Igualdad de Derechos entre las personas contratadas por la empresa principal y las personas contratadas por la empresa contratista¹⁶.

13 Es por esto, que de mantenerse la propuesta original sobre la base de la enmienda número 27 del partido socialista se podría seguir en la misma tónica de desregulación, ya que se aferra a la tesis de la inherencia relacionada con el objeto social de la empresa y, aunque deja en manos de la autonomía colectiva la posibilidad de extender la aplicación del precepto a aquellas otras actividades “necesarias para la organización y realización del trabajo” ya hemos dicho arriba que esto es insuficiente porque al final por la vía pactada, y si esta es de nivel de empresa, poco se puede hacer, ya que en este caso prima la supremacía económica detentada por las empresas. No es de extrañar que en este punto la enmienda número 27 del partido socialista sea prácticamente igual que la enmienda nº 21 presentada por Ciudadanos cuando incide en la tesis de la inherencia de la actividad objeto de la contrata a las actividades o servicios genuinos de la empresa principal, circunscribiendo el ámbito de aplicación del artículo 42.2 del ET a las actividades “que se integran en el ciclo productivo de la empresa principal, de modo que formen parte inherente del producto o servicio que se elabora o se presta”

14 Así, la redacción de la enmienda nº 27 del grupo socialista presenta todavía más dudas a la hora de seleccionar a los negociadores legitimados de un determinado sector de actividad.

15 Este es el sentido originario del Nuevo Acuerdo para España que como pacto de legislatura se presentó por parte de la Coalición Progresista cuando en el punto 1.3., al hablar de la Derogación de la Reforma Laboral y la recuperación de los derechos laborales arrebatados a las personas trabajadoras por la reforma laboral del año 2012 se dice que “Modificaremos el art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores sobre contratación y subcontratación laboral a efectos de limitar la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa”.

16 Los socios de legislatura fueron, en ese momento conscientes, de que limitar la subcontratación a “servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa” suponía recuperar un espacio para el

Ahora, vistos estos presupuestos externos al Derecho, meta-jurídicos o axiológicos, sólo queda por más que entrar internamente, desde un punto de vista técnico-jurídico, en cada una de las aristas que puede conllevar la concreción concreta de este principio de igualdad en el ordenamiento jurídico ad intra en sus diversas escalas, teniendo en consideración las diversas perspectivas constitucionales, de la normativa internacional, ordinaria y las derivas jurisprudenciales, ya que el tratamiento convencional al respecto y otros aspectos más concretos en orden al reconocimiento de los derechos de las personas contratadas por las empresas contratistas ya serán abordados por otras ponencias que también deben desarrollarse en las presentes Jornadas.

3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA IGUALDAD DE DERECHOS ENTRE PERSONAS CONTRATADAS POR LA EMPRESA CONTRATISTA Y LA EMPRESA PRINCIPAL

3.1. El modelo de subcontratación admitido por el ordenamiento jurídico español y sus repercusiones para el reconocimiento de un régimen igualitario de derechos entre las personas que trabajan para empresas principales y contratistas

La regulación ordinaria en materia de subcontratación ha permanecido bastante estable desde la aprobación de la versión original del Estatuto de los Trabajadores. El actual marco normativo del artículo 42 ET permite un alejamiento del modelo de la contratación que tradicionalmente se había dado en el modelo fordista por medio de contratos de trabajo de carácter indefinido con la empresa beneficiaría del servicio, facilitando exponencialmente el uso de la subcontratación laboral. Esta situación tiene relevancia jurídico-laboral puesto que permite que se precaricen las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras con el fin de obtener ventajas competitivas, profundizando en la desigualdad de derechos entre las personas que trabajan para la empresa principal y la empresa contratista¹⁷.

Esta regulación, actualmente en vigor atiende evidentemente a las necesidades de la empresa pero, también debe atender a los derechos de las personas trabajadoras y reconocer la igualdad de condiciones de trabajo entre las personas que trabajan para la empresa principal y la empresa contratista. Por ello, a la hora de analizar el régimen actual establecido por el artículo 42 ET desde una perspectiva igualitaria, en el reconocimiento de los derechos de las personas trabajadoras, es imprescindible hacer un estudio de que noción de subcontratación laboral es la que se desprende de este artículo a la hora de reconocer los derechos de las personas trabajadoras, sobre todo de las que trabajan para la contratista, en la medida en que de la relación que se permita en la regulación ordinaria entre la organización flexible de la producción y la utilización flexible de la fuerza de trabajo, así también, se permitirá un reconocimiento igualitario de los derechos de las personas trabajadoras de ambas empresas, de la principal y de la contratista¹⁸. De

Derecho del Trabajo, en permanente huída, desde los años 90, aunque ya se atisban factores influyentes en este sentido a finales de los ochenta del siglo pasado como ya se ha puesto antes de manifiesto.

17 SANGUINETI RAYMOND, W.: La regulación de los efectos laborales de la subcontratación: el Perú en América del Sur The regulation of the labor effects of subcontracting: Peru in South America, op. cit., núm. 68, 2012, p. 337.

18 VILA TIerno F. y GÓMEZ SALADO, M. A.: “El encadenamiento de contratos y fraude de ley en la subcontratación empresarial” en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S. (dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018, pp. 292-295.

ahí la importancia que adquiere la regulación en sede heterónoma de este régimen jurídico, ya que es lo que permite el equilibrio entre ambas instancias, como se ha puesto de manifiesto antes, cuando hemos tenido ocasión de analizar el proceso de reforma del régimen de subcontratación en cuestión¹⁹.

El artículo 42 ET permite la posibilidad de que los empresarios puedan derivar a un tercero parte de su actividad productiva. Esa posibilidad va a tener evidentes repercusiones para las relaciones laborales y, en consecuencia, para el reconocimiento de los derechos de las personas trabajadoras, incluido el derecho a la igualdad de trato de personas que trabajan en el mismo contexto productivo. De esta manera, surge la posibilidad de un estatuto jurídico diferenciado, bifronte, según que la relación laboral sea con la empresa principal o con la empresa contratista o subcontratista, limitando de manera injustificada la eficacia del mecanismo legal de garantías. El régimen jurídico de la subcontratación permite una escisión en la empresa por cuanto ésta se separa de un conjunto de funciones, realizando para ello una serie de operaciones jurídicas. La noción de subcontratación laboral o tercerización que dimana del artículo 42 del ET se aplica a las relaciones laborales que surgen como consecuencia de los procesos de externalización productiva u outsourcing, esto es, a las relaciones de trabajo en las empresas contratistas²⁰.

Se produce una traslación de los fenómenos económicos o mercantiles al ámbito de las relaciones laborales. Igual que se desmembra la estructura orgánica de la empresa se produce una segmentación en las relaciones de trabajo derivadas de esas estructuras de la producción dando lugar a unas condiciones de trabajo y a un reconocimiento de derechos sociales diferenciado que, de no regularse convenientemente, puede suponer una merma en el reconocimiento de los mismos si se quieren aplicar de una manera objetiva en los términos legales y jurisprudenciales tal cual se predicen, ello, ni que decir tiene si lo que se persigue es la igualdad real y efectiva de los derechos de todas las personas trabajadoras. El objeto de la relación contractual entre contratante y contratista se desarrolla gracias al trabajo del personal de la contratista que, incluso, en algunos casos se desarrolla, en las instalaciones de la beneficiaria, al margen de que la empresa principal también pueda contratar directamente a sus propias personas trabajadoras.

En ese sentido, cuando nos referimos a la subcontratación en el ámbito del Derecho del Trabajo debemos destacar que una forma en la que se traduce es la atinente a la subcontratación de bienes o servicios en la que la empresa contratante de forma indirecta aprovecha los frutos del trabajo de la plantilla de la contratista. Es decir, se trata de una disfuncionalidad del tradicional nexo sinalagmático que dentro de la relación laboral une a la prestación de servicios, realizada por la parte trabajadora, con la prestación salarial, realizada por la parte emprendedora. Esta disfuncionalidad es de carácter subjetivo en la medida en la que es una tercera persona, bien sea física o jurídica, de la que emplea la que va a recibir los resultados provenientes de la realización de la actividad. Esta situación se ve incrementada con la acentuación de los procesos de

19 MERCADER UGUINA, J.R. “Marco jurídico de los trabajadores de la empresa principal y las empresas subcontratistas” en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S. (dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018, p. 207-208.

20 La jurisprudencia española incardina las decisiones sobre externalización productiva, como todas las relativas al poder de decisión empresarial, en el ejercicio de las facultades empresariales protegidas por el art. 38 CE, STS nº 5791/2015, de 20 de noviembre. De esta forma “el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva”, STS nº 9880/2001, de 17 de diciembre, rcud. 104/2015.

descentralización productiva antes mencionados, al que aún se están sumando algunas empresas. En estos casos, la empresa se va haciendo más ligera, más delgada, y por ello subcontrata con otras especializadas o con empresas multiservicios que realizan diversas tareas necesarias para la actividad productiva de la empresa beneficiaria.

Este adelgazamiento del núcleo duro en el desarrollo de la actividad productiva provoca consecuentemente también un adelgazamiento en el reconocimiento de los derechos laborales ya que se produce un distanciamiento de las responsabilidades económicas que conllevan en muchos casos situaciones de ocultamiento y opacidad. De esta forma, los trabajadores y trabajadoras que permanecen más próximos al núcleo originario de la producción tienen más posibilidades de ver reconocidos sus derechos en la manera en que se aplica de una forma más previsible, permanente, viable y visible el conjunto de Derechos que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a las personas trabajadoras. El objeto de la regulación jurídica de la subcontratación es tanto la garantía de las contrataciones mercantiles de las empresas como las relaciones de trabajo producto de la externalización²¹. En consecuencia las personas que trabajan para las empresas contratistas no deben verse aprovechadas de forma indebida por la contratante, mediante relaciones de trabajo encubiertas, de tal forma, que no vean reconocidos sus derechos laborales y, a su vez, se perjudiquen con respecto a las personas trabajadoras que sí pueden estar contratadas por la empresa principal²².

3.2. La insuficiencia reguladora del artículo 42 para garantizar la igualdad de derechos de las personas trabajadoras de la empresa principal y la contratista como consecuencia de las transformaciones en la organización del trabajo

El artículo 42 ET responde a una forma de organización de la producción diferente a la cual se basó el modelo clásico del Derecho del Trabajo que es el que inspira el Estatuto de los Trabajadores, y, por lo tanto, las derivaciones jurídicas de este nuevo modelo de producción deben de ser atendidas y reguladas también, para que puedan ser reconocidas unas condiciones de vida dignas para las personas trabajadoras. Durante una gran parte del siglo XX la organización del trabajo se basó en un modelo fordista de organización vertical. La fábrica era el centro de

21 Sobre el debate en relación al reconocimiento o no de la subcontratación en el ordenamiento jurídico SANGUINETI RAYMOND, W.: La regulación de los efectos laborales de la subcontratación: el Perú en América del Sur The regulation of the labor effects of subcontracting: Peru in South America, op. cit., p. 343345.

22 En este sentido la STS n° 9880/2001, de 17 de diciembre, recud. 104/2015 si permite que se puedan poner limitaciones a este principio de libertad en la subcontratación con la finalidad de “evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores”. Aunque en este caso habría que demostrar que estas limitaciones son obligadas para mantener unas condiciones de trabajo dignas conforme al art. 31 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para que puedan ser admitidas en el seno de la UE. Hay que tener en cuenta que esta opción ya ha sido introducida de forma indirecta a través de incentivos negativos a la subcontratación en la UE a través del art. 5 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre el trabajo a través de empresas de trabajo temporal (DOUE de 5 de diciembre), cuando al establecer el principio de igualdad de trato entre los trabajadores de la empresa usuaria y los trabajadores de la ETT, que afecta a las condiciones esenciales de trabajo, en el art. 4 establece limitaciones a este tipo de relaciones laborales “por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos”.

producción tanto de las actividades centrales económicas como de las periféricas. Los vínculos jurídicos dimanados de estas relaciones económicas daban como resultado un nexo conectivo entre las personas trabajadoras y la empresa que controlaba directamente el proceso de producción.

De esta forma el poder de dirección empresarial derivado del Derecho de Propiedad, y que se manifestaba, en la percepción de los frutos generados por la prestación de servicios, conllevaba necesariamente la respuesta por parte de la empresa detentadora de los medios de producción de atender a los derechos de las personas sometidas al régimen de explotación de los medios de producción. En consecuencia, se generalizaba la vinculación entre las personas trabajadoras y la parte que directamente obtenía el rendimiento del trabajo realizado.

En este modelo clásico de producción, que como decimos es el referente del ET la subcontratación se realizaba de forma residual para tareas complementarias que no constituían una amenaza para las personas trabajadoras de la empresa contratante. En este primer momento, en la década de los años ochenta, la descentralización se refería a actividades periféricas, no estratégicas o generales, en el sentido de que estaban totalmente al margen de la actividad central de la empresa, consistiendo en actividades de vigilancia, cafetería, gestión de documentos, secretaría, etc. Por eso, las primeras versiones de regulación del artículo 42 del ET apuntaban hacia otras amenazas y, por esta razón se centran en establecer mecanismos de garantía de los créditos laborales²³.

El grueso del reconocimiento de los derechos laborales de las personas trabajadoras venía determinado por la contratación directa por parte de la empresa principal. La subcontratación de actividades y servicios a través de contratas y subcontratas tenía un carácter marginal, residual. En consecuencia, dentro de este contexto socio-económico tenía sentido una regulación parca, casi anecdótica, de la subcontratación; que es lo que se hizo con el artículo 42 del ET. No había peligro para el estatuto jurídico de la persona trabajadora, manifestándose en la falta de regulación de la subcontratación, puesto que el grueso del reconocimiento de los derechos en las relaciones laborales ya venía refrendado por la regulación normativa estándar, que es la que nos encontramos básicamente en el Título I del ET.

Así se ve claramente por el poco interés demostrado por el legislador en la regulación de esta materia, con notables dudas interpretativas a la hora de su aplicación y una claro carácter asistemático. En el primer caso no aclara la distribución de responsabilidades en las cadenas de subcontratación²⁴. En el segundo, el artículo 42 aparece claramente desubicado pues se incardinó dentro del capítulo referido a la modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo y la subcontratación no es nada de eso, aquí no se está ante un supuesto de subrogación salvo por aplicación indirecta de supuestos de cesión ilegal cuando se opte por el apartado 4 del art. 43 ET o en supuestos de sucesión de contratas por aplicación del artículo 44 ET²⁵.

23 GOMEZ GORDILLO, R.: “Apuntes para una reforma de la regulación laboral de la subcontratación de obras y servicios Notes for the outsourcing regulation reform”, op. cit., p. 2.

24 CRUZ VILLALÓN, J. “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 1992, pp. 114-162.

25 Las dudas interpretativas surgen a la hora de aplicar al régimen jurídico de las contratas y subcontratas los arts. 168.1 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE de 31 de octubre y 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, BOE de 10 de noviembre y, en particular, de la Ley 32/2006

Esto es por lo que el artículo 42 sólo se basa en regímenes de responsabilidad que, en algunos casos depende de que exista identidad entre la actividad o giro del negocio de la contratista y la contratante, o en otros casos, fijando responsabilidades subsidiarias a cargo de la contratante. Esta regulación por tanto, se circunscribe a un alcance muy limitado, cual es la satisfacción de los créditos salariales y de seguridad social, excluyendo las obligaciones de carácter extra-salarial y limita las salariales hasta el tope de lo que correspondería si se hubiese tratado de personal fijo en la misma categoría y puesto de trabajo, excluyéndose, por otra parte la construcción o reparación en la vivienda del empresario principal y las contrataciones de actividades ajenas a las realizadas por la empresa principal²⁶. Este régimen escueto basado solamente en la exigencia de responsabilidades no se ha visto prácticamente inalterado salvo las modificaciones introducidas a partir del año 2000 mediante el reconocimiento de los derechos de información para los trabajadores de la empresa contratista y para sus representantes y, de forma muy reducida, las facultades de representación²⁷.

Sin embargo, todo este modelo productivo es el regulado en el estatuto básico de las relaciones laborales, y que es en el que se inspira todavía nuestro modelo jurídico reconocido en el ET, empieza a cambiar a finales del siglo pasado, dando lugar a un nuevo modelo de producción. La globalización económica ha supuesto un cambio sustancial en el modelo de organización de la producción que se ha centrado en la competitividad y la disminución de costes para poder sobrevivir dentro de un contexto competitivo a nivel mundial. De esta manera se ha puesto la atención por parte de las empresas sobre todo en la disminución de los costes de personal, para poder hacer frente al dumping social, o competencia desleal, que genera la falta de reconocimiento de los derechos laborales para los trabajadores en otros países²⁸.

La descentralización de las organizaciones de producción de bienes o prestación de servicios afecta en la actualidad a todos los sectores de la actividad, muy lejos del panorama empresarial que en los años setenta vio nacer la regulación laboral sobre contrata. En este contexto, la inclusión en las primera década del siglo de los cinco apartados tendentes a garantizar condiciones de trabajo dignas para las personas trabajadoras de las contrata no ha servido para el cumplimiento de su objetivo. La irrupción de las empresas multiservicios ha evidenciado con mayor nitidez las carencias normativas, que han provocado el fracaso del ordenamiento laboral español en el objetivo de garantizar condiciones de trabajo dignas para quienes prestan servicio en actividades contratadas o subcontratadas.

de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, BOE de 19 de octubre, Ley subcontratación de la construcción, ya que no está muy claro si esta normativa se puede aplicar a las contrata de propia actividad o a todas las contrata.

26 Sin embargo, hay que tener en cuenta que el art. 42 ET no es el único precepto que asegura la responsabilidad de pagos en nuestro ordenamiento jurídico. El impago en materia salarial y de seguridad social en materia de subcontratación también cuenta con la protección general del Fondo de Garantía Salarial, art. 33 ET, la acción directa del art. 1.597 C. Civil, mientras que el principio de automaticidad de las prestaciones de seguridad social ex art. 167 LGSS, imposibilita que la persona contratada no tenga derecho al acceso a una prestación como consecuencia del impago en las cotizaciones.

27 Vid. SORIANO CORTES, D.: *Las contrata en el derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, Mergabum, Sevilla, 2007.

28 BAYLOS GRAU, A.: "La responsabilidad de las empresas transnacionales den los procesos de externalización. Las cláusulas sociales internacionales" en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S. (dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, op. cit., pp. 131-132.

Cuando nos referimos a la subcontratación de obras o servicios es una característica que la empresa contratista sea reconocida como una verdadera empleadora. Por tanto, ésta realiza sus actividades con total autonomía e independencia, ejerciendo su papel de empleador respecto de los trabajadores que realizan las funciones para desarrollar el objeto contractual celebrado entre la contratante y la contratista²⁹. Sin embargo, cuando dicha subcontratación se lleva a cabo en un contexto de empresa en red, en el que estas se articulan para desarrollar un proyecto común, en algunos casos no está clara la posición del empleador subcontratista respecto de sus trabajadores bien porque estos quedan bajo las órdenes del contratante, bien porque reciben directrices de varias empresas que integran la red³⁰.

En consecuencia, dentro del marco de la competencia internacional se ha desajustado todo el engranaje jurídico sobre el que estaba montado el régimen jurídico laboral en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho y ello ha tenido especiales repercusiones en el régimen jurídico de las contratas y subcontratas. De aquí, la importancia que adquiere también la coordinación jurídica internacional y el establecimiento de unos mínimos acordados a nivel global para la regulación de las condiciones laborales, ya que de no ser así, las implicaciones nacionales para los países que si cumplen, aunque sea escasamente, con unos criterios de respecto a la dignidad en las condiciones del Trabajo pueden ser devastadoras.

3.3. El tipo de actividad como elemento diferenciador en el reconocimiento de derechos para las personas trabajadoras de la empresa contratista y la principal

La evitación del incremento de costes por parte de las empresas ha conllevado que se generalice la descentralización productiva mediante la externalización en las fases del proceso productivo. De esta forma, el proceso de descentralización productiva se ha ido acrecentando con el paso de tiempo. A partir de los años noventa, y con el advenimiento del nuevo modelo de la economía neoliberal, en el presente siglo, las empresas, principales en este caso, han ido abandonando funciones que podríamos denominar más estratégicas que son condiciones directas de la operación de la empresa o contribuyen significativamente a la creación de parte del valor agregado, sin delegar el centro del negocio, tales como la logística, la gestión del talento humano, el marketing, informática, etc³¹.

Pero el proceso, en la medida en que el ordenamiento jurídico, así también lo ha permitido, como hemos visto en el análisis inicial acerca de la normativa de la subcontratación, se ha expandido todavía más. Así, además de las anteriores funciones, la organización productiva también comenzó a desgajarse de algunas funciones no estratégicas, que aportan menos valor agregado al producto, y de otras funciones estratégicas. Desde una perspectiva empresarial, esta situación

29 SANGUINETI RAYMOND, W.: La regulación de los efectos laborales de la subcontratación: el Perú en América del Sur The regulation of the labor effects of subcontracting: Peru in South America, op. cit., p. 337

30 ESTEVE SEGARRA, A.: “Vías para atajar la precariedad en las empresas multiservicios. Una contribución al debate”, *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, pp. 215- 238.

31 Vid. GÓMEZ GORDILLO, R., “Funcionalidad del concepto propia actividad en la empresa descentralizada”,

Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial, AEDTSS, Cinca, 2018.

implica realizar una serie de actos jurídicos que pueden ir desde modificaciones estructurales hasta acuerdos de colaboración empresarial³².

La tendencia hacia la externalización de la actividad productiva, auspiciada por la falta de topes o límites por parte del ordenamiento jurídico, se ha acentuado con el paso del tiempo conllevando que se haya producido una mayor flexibilidad y descentralización económica que a la vez ha repercutido en una mayor flexibilidad y desregulación de los derechos laborales, ante la ausencia a su vez de un marco normativo heterónomo coherente y consolidado, que permita un reconocimiento digno de las condiciones de trabajo para las personas contratadas por las empresas contratistas o subcontratistas³³.

Estamos asistiendo a la presentación de un modelo de empresa flexible que ha externalizado actividades periféricas e incluso estratégicas de producción. La empresa flexible contrata con otras especializadas para poder desarrollar su actividad productiva e incluso contrata a nivel internacional dependiendo de las ventajas que le reporte, incluidos los menores costes de la mano de obra. Es todo un paquete, pero en muchos supuestos el eje de esa disminución de los costes repercute directamente en el reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores y en su tratamiento igualitario. Así, dependiendo del tipo de actividad, doctrinal y jurisprudencialmente, se ha sostenido un tratamiento diferenciado en la aplicación del art. 42 del ET. Según estas consideraciones se aplica un sistema de garantía reforzado cuando se trate de obras o servicios incluidas en la propia actividad de la empresa. Aquí el empresario principal responde solidariamente de las deudas contraídas durante el periodo de ejecución de la contrata. Desde la finalización del encargo, de las deudas salariales responderá durante un año, de las de seguridad social durante tres años³⁴.

En este contexto de organización flexible de la producción se potencia la flexibilidad externa, que consiste en la capacidad del empresario de ajustar el volumen de la plantilla de acuerdo con la producción y la capacidad de organizar el proceso productivo. La flexibilidad externa se puede enfocar en dos ámbitos: por una parte, la contratación directa del personal por medio de contratos flexibles que le permita llevar a cabo despidos con el fin de ajustar el volumen de trabajo; por otra parte, la subcontratación laboral, bien de actividades productivas, de servicios o de empleo. Para ello, contrata con personas naturales o jurídicas, mediante modalidades como el outsourcing, trabajadores autónomos, consultores, empresas de trabajo temporal. En este sentido, se ha sostenido la voluntad de la legislación laboral de establecer en el artículo 42 un doble régimen jurídico para las contrataciones realizadas por razón de la actividad empresarial, dejando al margen de la protección las contrataciones realizadas por la empresa principal al margen de su actividad empresarial. Así, se produciría un efecto sustitutivo con respecto a las personas

32 GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I.: “Especificidades de la subcontratación de trabajadores autónomos en el marco de la externalización de actividades” en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S. (dirs.):

La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial, Comares, Granada, 2018, pp. 223225.

33 Vid. VV.AA. La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico. Fundación 1º Mayo, Francis Lefebvre, El derecho, Madrid, 2018.

34 Cuando la contrata de propia actividad se desarrolla en el centro de trabajo de la principal, el art. 24.3 LPRL considera responsable al empresario principal del cumplimiento de la normativa de Prevención de Riesgos Laborales.

PONENCIA GENERAL SEGUNDA:
IGUALDAD DE CONDICIONES DE TRABAJO
ENTRE PERSONAS TRABAJADORAS DE EMPRESAS CONTRATISTAS
Y EMPRESA PRINCIPAL

159

trabajadoras de la empresa principal en el caso de actividades propias, mientras que no sería así en el caso de actividades complementarias³⁵.

En el actual contexto de revolución tecnológica y masificación del internet, la utilización flexible de la fuerza de trabajo se profundiza, puesto que las empresas cuentan con la posibilidad de utilizar mano de obra durante todo el tiempo, sin límites de jornadas, debido a que pueden contar con trabajadores ubicados en distintas partes del mundo. Esta realidad evidencia un modelo de utilización flexible de la fuerza de trabajo mundial del que bien se pueden servir las firmas bajo esquemas de subcontratación que pueden estar inmersos en cadenas mundiales de suministro. El impacto de las plataformas tecnológicas en el mundo del trabajo ha causado un gran debate sobre el futuro del trabajo, en el que se presentan modelos de trabajo al margen de la legislación laboral³⁶. En efecto, las plataformas de trabajo bajo demanda (por ejemplo: Uber, Deliveroo, Rappi) se presentan como intermediarios entre los consumidores y los prestadores del servicio. Las discusiones que tiene lugar actualmente giran en torno al carácter de trabajadores dependientes de los prestadores de servicios frente a las plataformas. Sin embargo, no nos detendremos en estas discusiones, puesto que no es el tema de nuestra ponencia³⁷.

Este tipo de flexibilidad se caracteriza porque el empresario acude al mercado laboral para cumplir con sus objetivos de producción, utilizando mecanismos que facilitan los procesos de contratación y de extinción de los contratos. En este sentido, se puede acudir a personas empleadas en actividades que no forman parte de la propia actividad de la empresa principal y que por lo tanto quedan al margen del ámbito de aplicación de las responsabilidades en materia salarial y de seguridad social del art. 42 y también del cumplimiento en la aplicación de la LPRL. Se trata solamente de una responsabilidad solidaria y solamente en relación a materia de Seguridad Social³⁸.

La capacidad de ajuste de la plantilla de acuerdo con las necesidades de la producción debe interpretarse desde una perspectiva amplia, pues no sólo implica las contrataciones directas de asalariados, sino las contrataciones de otras empresas, quienes con sus trabajadores apoyan la actividad económica de la contratante. En ese sentido, la flexibilidad numérica externa, estratégicamente, constituye una ventaja para la empresa, pues, su adopción debe obedecer a un

35 Resulta difícil el sostenimiento de estas consideraciones en la actualidad pues todas las actividades de las empresas hoy en día, tanto nucleares como complementarias pueden ser objeto de contratación laboral por las empresas principales. De esta forma no ha quedado más que a la jurisprudencia proceder a concretar este concepto de propia actividad para aplicar el régimen de responsabilidades y para ello se ha basado en diferentes criterios. En primer lugar se acogió a la tesis de la “indispensabilidad” de las actividades para poder desarrollar la propia actividad de la empresa, después sostuvo la tesis de la “inherencia”, basándose en aquellas actividades inherentes al ciclo productivo de ésta. STS de 18 de enero de 1995, rcud. nº 150/1994. Sin embargo, a veces, incluso este criterio ha sido matizado al sostenerse que “de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial” STS nº 56/2020, de 23 de enero, rec. 396/2017.

36 MONEREO PÉREZ J.L.: “La subcontratación empresarial. Valoración crítica del modelo de subcontratación laboral en España”, , op. cit., p. 343.

37 CARMONA BAYONA, E. F.: “Subcontratación laboral: Necesidades de la empresa y derechos de los trabajadores en el siglo XXI”. *Documentos de Trabajo, IELAT*, Nº 143, Febrero 2021, p.18.

38 De conformidad con lo dispuesto en el art. 168.1 LGSS. Mientras que en materia salarial sólo puede derivarse la responsabilidad de carácter arrendaticio generada por la aplicación del art. 1597 del Código Civil.

análisis respecto a las necesidades de la organización, como por ejemplo a la necesidad de mano de obra cualificada, de la que no se dispone en la plantilla, para una utilización temporal. En ese caso, la empresa se ahorra el coste de formación y aprovecha temporalmente al personal con mayor cualificación. En consecuencia, la parte que obtiene el beneficio también debe hacerse responsable de los perjuicios derivados de este régimen de actividad por lo que no se entiende que pueda existir un ámbito de protección diferente según se trate de actividades de la contratista que se correspondan con la actividad propia de la empresa principal o no³⁹.

3.4. La desigualdad de derechos laborales generada por las nuevas formas de subcontratación

Las transformaciones que ha realizado la empresa vienen motivadas por razones económicas, dentro de las que se destacan la disminución de los costes laborales, lo que tiene a su vez repercusiones “en el ámbito laboral”. En consecuencia, la subcontratación obedece no solamente a razones de carácter exclusivamente organizativo sino que también tienen en cuenta aspectos de índole estructural económico que pueden afectar decisivamente a la merma de derechos de los trabajadores y, también, al posible reconocimiento desigualitario de los mismos en el tratamiento que se dispensa a las personas trabajadoras de las contrata o subcontratas en relación a las personas trabajadoras de la empresa principal⁴⁰.

Las personas trabajadoras más alejados en sus relaciones contractuales del centro nuclear de la producción se ven también en una situación de mayor marginalidad en el reconocimiento de sus derechos laborales y, por supuesto, en el reconocimiento de unas condiciones igualitarias de derechos con respecto a los trabajadores contratados por la empresa nuclear, principal, que es la que controla el núcleo básico de la producción. Asimismo, las empresas pueden utilizar las plataformas tecnológicas en la que trabajadores de todo el mundo ofrecen sus servicios bajo el modelo del crowdsourcing, que podría considerarse como la nueva forma de descentralización productiva basada en el uso de plataformas colaborativas. Estamos ante un nuevo modelo de subcontratación laboral de tareas por medio de plataformas tecnológicas. De esta forma, se desvirtúa aún más la localización de la actividad productiva, en diversidad de países, con regulaciones jurídicas diferenciadas, que, a su vez, provocan el desarrollo de una economía sumergida e informal, sin control por parte de los Estados y que tiene consecuencias de primer calado para los trabajadores y trabajadoras que desarrollan esas actividades, en la medida en que en muchos casos ni siquiera tienen reconocidos derechos laborales⁴¹.

39 Ya la exposición de motivos del Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre (BOE 4 de enero de 1971) consideraba la necesidad de regular la materia por “las profundas transformaciones experimentadas por la estructura de las relaciones laborales”, para prevenir el fraude, asegurar los pagos y sanear el mercado de trabajo. De esta forma, según la STS de 17 de mayo de 1996, rcud. n° 1902/1995, la responsabilidad del empresario principal no se justifica en la comisión de fraude alguno, ni es preciso acreditar relación laboral entre éste y las personas que prestan servicio en la contrata. Se considera responsable solidario del pago a quien toma la decisión de externalizar parte de su actividad, a quien escoge qué contratista asume dichas tareas y, sobre todo, a quien es el beneficiario último de la utilidad patrimonial que genera la prestación que realizan las personas que trabajan por cuenta de la empresa contratista.

40 CARMONA BAYONA, E. F.: “Subcontratación laboral: Necesidades de la empresa y derechos de los trabajadores en el siglo XXI”, op. cit., pp.15-20

41 Las reformas operadas en el presente siglo sobre el art. 42 muestran ya la preocupación por el deterioro de las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras involucradas en relaciones jurídicas de alcance triangular. En concreto, la exposición de motivos de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas

Pero también para el resto de trabajadores y trabajadoras de otras partes del mundo, en la medida en que se genera un sistema de dumping social que repercute con carácter exponencial en el recorte de los derechos de los trabajadores y trabajadoras a nivel global. Por ello se impone una ética por parte de los estados para controlar este tipo de situaciones que permita la defensa de los ordenamientos jurídicos nacionales y en particular el reconocimiento de los derechos y libertades de sus conciudadanos. En particular el del Derecho a la Igualdad de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas. En definitiva, la proliferación del sistema de contratación y subcontratación conlleva que el reconocimiento a pequeña escala del principio de igualdad de los trabajadores de ambas empresas también sea trasladado al conjunto de las condiciones laborales de los trabajadores y trabajadoras dentro de un nivel más global⁴².

Es precisamente, en estos casos, cuando más se cuestiona la relación laboral y el régimen de subcontratación laboral clásico. Es decir, todavía en modelos más modernos de instauración de los sistemas de contratación y subcontratación se percibe una mayor dilución de los derechos laborales, permaneciendo más ocultos y, en consecuencia, propensos a situaciones que pueden ser todavía más abusivas y lesivas para los derechos de las personas trabajadoras y sus condiciones de igualdad. Pues, este se ha concebido bajo la idea de empresas jerárquicas, separadas, que sólo interactúan para el desarrollo de la obra o actividad, pero sin que estas ejerzan algún poder de dirección, en el sentido laboral clásico, respecto de quienes no son sus trabajadores. Obtienen el beneficio, el resultado, pero se diluyen los elementos de vinculación contractual que suponen una contraprestación y corresponsabilidad a la hora de hacer frente y reconocer los derechos de las personas trabajadoras si desde el ordenamiento jurídico no se regulan estas situaciones y se atiende a un auténtico reconocimiento de sus derechos como personas que realizan una prestación de servicios.

Evidentemente este agravio en el reconocimiento de Derechos no sólo opera ad intra en el reconocimiento de derechos en comparación con las personas trabajadoras contratadas por la empresa principal, sino también ad extra, con respecto a personas del mismo sector de actividad o grupo profesional, que sí tienen una regulación contractual con base en presupuestos estándar y, máxime, si tenemos en cuenta que tras la reforma del año 2012 se prioriza la regulación convencional a nivel de empresa frente a la sectorial⁴³.

La aplicación prioritaria del convenio de empresa unida a la singular configuración de las empresas multiservicios puso en tela de juicio el tradicional sistema de selección del convenio sectorial aplicable en las empresas sin convenio propio. Esta situación ha debilitado la garantía proporcionada por el mecanismo sectorial autónomo de equiparación de las condiciones de trabajo por sectores de la actividad económica⁴⁴. La ausencia regulatoria a nivel heterónimo provoca una vuelta a la

urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE de 10 de julio), modificaba el art. 42 ET para “dotar a estas situaciones laborales de la debida transparencia y seguridad jurídica”, por su parte la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE de 30 de diciembre), volvía a modificar el texto del precepto con el fin de “asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores”.

42 MONEREO PÉREZ J.L.: “La subcontratación empresarial. Valoración crítica del modelo de subcontratación laboral en España”, op. cit., p. 342.

43 GOMEZ GORDILLO, R.: “Apuntes para una reforma de la regulación laboral de la subcontratación de obras y servicios Notes for the outsourcing regulation reform”, op. cit., p. 2.

44 En este sentido la jurisprudencia ha contribuido a limitar la celebración de convenios de empresa mediante la declaración de nulidad de los acordados por representaciones de los trabajadores que adolecen

regulación convencional que deja a la libertad de las partes la posibilidad de reconocimiento de Derechos, con lo que ello representa para que la parte débil, en este caso la trabajadora, pueda conseguir que se atiendan sus reivindicaciones. Es por ello que todo este proceso de falta de regulación económica conlleva a nivel jurídico una merma en el reconocimiento de los Derechos de las personas contratadas por las empresas contratistas y subcontratistas, y por supuesto, y, evidentemente, con respecto a las personas contratadas conforme al modelo clásico establecido en el Estatuto de los Trabajadores, comparación ésta más aberrante si cabe cuando en la misma actividad, o, dentro del mismo contexto productivo, estas personas comparten horas de trabajo.

En definitiva las personas que prestan servicios en el marco de la subcontratación han quedado al margen de los mecanismos específicos de garantía establecidos para las contratadas, porque en la mayoría de los supuestos su actividad no es considerada propia actividad, como de los mecanismos generales de protección vinculados a la autonomía colectiva, en este último caso por aplicación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa o por la desorganización de las categorías sobre la que se estructura la negociación colectiva sectorial en España⁴⁵.

4. LA GENERALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL ÁMBITO DE LA SUBCONTRATACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS PARA EL IGUALDAD DE DERECHOS ENTRE LAS PERSONAS QUE TRABAJAN PARA LA EMPRESA PRINCIPAL Y LA EMPRESA CONTRATISTA

4.1. La tradicional vinculación de la contratación laboral a la contratación mercantil entre empresa principal y empresa contratista

Además de lo que permite el artículo 42 en cuanto al establecimiento de relaciones jurídicas es necesario ver las repercusiones que tiene esta regulación jurídica en orden al régimen de contratación individual que se deriva del mismo, en la medida en que puede suponer una disminución de la contratación laboral directa por parte de las empresas pudiendo repercutir directamente en el elenco de derechos reconocidos a las personas trabajadoras si estas son contratadas por las empresas contratistas.

La tendencia generada por esta forma de estructura productiva que se sumerge bajo el paraguas de la contratación y subcontratación productiva, en cuanto a las relaciones de trabajo, es la disminución de la contratación laboral directa. En esta óptica, la figura de la subcontratación laboral juega un papel importante. Las empresas descentralizan el proceso, subcontratan actividades para las cuales se valen de personas trabajadoras de otras empresas o de quienes trabajan por medio de plataformas de crowdsourcing. Asimismo, utilizan la figura de la colaboración entre empresas para subcontratar mano de obra temporal mediante empresas especializadas en

de falta de legitimación suficiente para negociar por ruptura del principio de correspondencia (STS nº 4001/2016, de 14 de julio de 2016, rec. 219/2015). En otros supuestos la jurisprudencia ha señalado como aplicable el convenio colectivo sectorial de la actividad efectivamente desempeñada por las personas que prestan servicio en el marco de la contrata (STS nº 438/2020, de 11 de junio, rcud. 1546/2016), en detrimento de la tesis inicial que consideraba aplicable el convenio de la actividad preponderante (STS nº 1539/2015, de 17 de marzo, rcud. 1464/2014).

45 Vid. GÓMEZ GORDILLO, R.: “La subrogación de contratadas prevista en convenio colectivo”, en Molina Navarrete, Cristóbal (coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, CARL, Sevilla, 2019, pp. 459-473.

intermediación laboral para cubrir necesidades de personal. Las anteriores situaciones parecieran temas aislados sin ninguna relación, pero, tal como se ha explicado, coinciden en que constituyen “modernas” formas de subcontratación que facilitan el uso flexible de la fuerza laboral, es decir, descentralización, opacidad, precariedad, falta de reconocimiento de derechos laborales y, en última instancia un atentado al reconocimiento del principio de igualdad entre los derechos de las personas trabajadoras de las empresas contratistas o subcontratistas⁴⁶.

Así, se ha puesto de manifiesto por parte de la jurisprudencia en la trascendental Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 29 de diciembre del año 2020 en la que se ha producido un giro copernicano, provocando una rectificación por unanimidad, de la doctrina tradicional en torno a los contratos de duración determinada, en particular, por obra o servicio determinado, para la realización de tareas propias de una contrata concertada por el empleador con una empresa cliente. Hasta este momento, desde la STS de 17 de enero de 1997 se sostenía que la duración de la necesidad de establecer una contrata por parte de la empresa principal para el desarrollo de determinadas actividades también operaba como límite temporal previsible para la duración de la obra o servicio determinado de la actividad laboral⁴⁷.

De esta forma, la duración del contrato de trabajo estaba necesariamente vinculada a la duración de la contrata, independientemente de la extemporaneidad del servicio o, incluso de las características de la actividad, por lo que se pudiera estar atentando contra el requisito de “sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa” del artículo 15 del ET, ya que pudieran tratarse incluso de actividades inherentes al núcleo central del objetivo social de la empresa principal, sin que quedase demasiado clara su delimitación, y por tanto, ser objeto de una contratación laboral de carácter fraudulento. Es por esto por lo que el pleno del Tribunal Supremo, pasa a considerar, en un cambio radical, que resulta difícil que en el marco de la subcontratación se pueda justificar el recurso a la contratación temporal en el sentido de que la esencia de la actividad de la empresa pueda ser desempeñada por plantillas sujetas a contratos de obra o servicio, ya que se hace imposible determinar la sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa contratista⁴⁸.

La utilización inadecuada de este modelo de subcontratación laboral tiene por consiguiente impacto en la protección social del trabajador, puesto que se ve sometido a contrataciones temporales de forma continuada y, en muchos casos, bajo la tipología del contrato de obra o servicio determinado, sometidos a la duración de la vinculación contractual establecida por el contrato de arrendamiento de servicios estipulado entre la empresa contratista o subcontratista y la principal. Situación que lleva consigo a que ingrese y sea expulsado del mercado de trabajo con regularidad, lo que afecta las cotizaciones en pensiones durante el periodo de inactividad. En la subcontratación la relación de trabajo directo con la empresa beneficiaría o solicitante del servicio disminuye. En realidad, se presenta una segmentación que se compone de un grupo de trabajadores con buenas condiciones vinculados directamente con la empresa beneficiaria de los servicios y otro grupo cuyo trabajo aprovecha esa empresa,

46 ESTEVE SEGARRA, A.: “Empresas multiservicios: cesión ilegal de trabajadores y subcontratación”, op. cit., pp. 268-269.

47 ESTEVE SEGARRA, A.: Cambios jurisprudenciales en subcontratación laboral ¿por qué son una condición necesaria pero no suficiente y por dónde habría que ir en la reforma?, *Revista de derecho social*, núm. 94, 2021, págs. 39-62.

48 SANGUINETI RAYMOND, W.: “Subcontratación de actividades productivas y estabilidad en el empleo: El replanteamiento del modelo”. *Trabajo y Derecho* 75/2021 (Marzo), núm. 75, 1 de mar. de 2021, Editorial Wolters Kluwer, p. 1.

pero que no tiene relación directa con ella. Es decir, se genera una auténtica situación de desigualdad entre personas trabajadoras que atenta al principio de igualdad en las relaciones laborales⁴⁹.

En la STS de 29 de diciembre de 2020 la Sala IV del TS no se deja lugar a dudas. El cambio radical que da en la jurisprudencia se motiva por el profundo impacto negativo que la Jurisprudencia anterior, basada en poder vincular la relación contractual de la subcontratación con la relación laboral en la forma de contrato de obra o servicio, había provocado, aunque evidentemente para el máximo Tribunal hubiera sido más cómodo reproducir la línea antes mantenida. Así, con un criterio eminentemente sociológico el TS justifica su decisión por las “enormes tasas de temporalidad” dentro de las cuales, en el sector servicios, el contrato de obra o servicio alcanza las mayores cotas de utilización⁵⁰.

De esta manera, al margen de que debe existir un sistema efectivo de protección social contra el desempleo que ofrezca seguridad de ingresos al trabajador en épocas de inactividad y que, asimismo, garantice las cotizaciones a la seguridad social, con tal de que no se afecte su expectativa de pensión, se genera una situación de auténtica precariedad del trabajador contratado por la contrata o subcontratas que repercute en todos los ámbitos de las relaciones laborales: menos posibilidades indemnizatorias por despido, menos posibilidad del reconocimiento a prestaciones, menos posibilidades de derechos de permanencia en la empresa.. Afectando gravemente al reconocimiento igualitario de condiciones dignas de trabajo para las personas que trabajan para la empresa principal y las que trabajan para la empresa contratista.

4.2. Consideraciones jurisprudenciales sobre la vinculación entre contratación mercantil y laboral

La situación analizada había conducido ya antes al Tribunal Supremo a establecer límites en la aplicación de su propia doctrina. Así un primer corpus jurisprudencial a tener en consideración fue el relativo a limitar los efectos que podrían provocar ciertas vicisitudes del régimen de estipulación de la contrata con relación a la conclusión del objeto propio de la contratación laboral. La secuencia se inicia con la STS de 14 de junio de 2007, que negó que el cese anticipado de la contrata, tanto por acuerdo entre el comitente y el contratista como por decisión de este último, justificase la extinción de los contratos de trabajo celebrados a su amparo. Las SSTS de 10 y 12 de junio de 2008, ofrecen la misma respuesta negativa a la válida extinción de dichos contratos cuando se haya producido una reducción del volumen de trabajo requerido para la contrata. Por su parte la STS de 17 de junio de 2008, que declara que la prórroga de la contrata o su adjudicación al mismo contratista no justifican esa extinción⁵¹.

49 MONEREO PÉREZ, J.L.: “La subcontratación empresarial. Valoración crítica del modelo de subcontratación laboral en España”, op. cit., p. 369.

50 En concreto, según datos del INE que cita la sentencia, un total de 1.653.900 de los 4.376.900 contratos de duración determinada celebrados en España en 2019, de los que el 46% correspondieron al referido sector. Así, el tribunal pone de manifiesto en esta sentencia como en la praxis judicial se viene comprobando de forma exagerada el uso de contratos de obra y servicio con una duración temporal altísima provocada por la vinculación de dicha modalidad contractual a la contrata. Máxime si se tiene en cuenta la posibilidad de sucesivas prórrogas y novaciones de la contrata, que impiden el establecimiento del plazo máximo de los tres años ampliables convencionalmente, debido a esa novación contractual.

51 MERCADER UGUINA, J.R. “Marco jurídico de los trabajadores de la empresa principal y las empresas subcontratistas”, op. cit., p. 209.

Esta orientación restrictiva es retomada una década después a través de dos pronunciamientos más recientes. La STS de 19 de julio de 2018, por medio de la cual el Tribunal Supremo declaró que la prolongación de los contratos para obra o servicio determinado por períodos muy largos, conseguida mediante el encadenamiento de sucesivas novaciones modificativas de la contrata original, daba lugar a una desnaturalización de los mismos, por lo tanto, un fraude de Ley. Y la STS de 10 de diciembre de 2020, que optó por considerar la subrogación del nuevo adjudicatario de una contrata en la posición de empleador del que lo precedió como equivalente a la celebración de un nuevo contrato para obra o servicio determinado a los efectos de la aplicación de la regla del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, cuando establece que los trabajadores que hayan sido contratados por más de veinticuatro meses en un periodo de treinta meses mediante dos o más contratos temporales adquirirán la condición de fijos⁵².

Estas dos STSS del año 2018 y 2019 mantenían al TS en la tesis de considerar válida la vinculación de la contratación laboral temporal a la contratación mercantil, pero considerando fraudulenta la extensión temporal de la contratación por obra o servicio determinado cuando se hacía a través de sucesivas novaciones o modificaciones de la contrata. Según esta perspectiva la subcontratación laboral tiene como objetivo que la empresa beneficiaría delegue en un tercero la realización de una obra o la prestación de un servicio, es decir que derive “en un tercero parte de su actividad productiva”. En este modelo resulta claro que se causa como efecto la desintegración del colectivo laboral por la vinculación de estos a distintas empresas o como prestadores de servicios autónomos⁵³.

En este orden de ideas, las reflexiones sobre la disminución de la contratación directa merecen exposiciones separadas, dependiendo de la modalidad de subcontratación elegida por la empresa. Esta dispersión y fragmentación también afecta a los derechos de carácter colectivo, por ejemplo, representación unitaria y sindical, puesto que la dispersión empresarial “monocleiza” las empresas reduciéndolas a niveles ínfimos donde no se alcanzan los cupos suficientes para garantizar los niveles de representación adecuados al volumen de las personas trabajadoras que comparten el desarrollo de la actividad productiva aunque estén contratados por empresas diferenciadas.

Por una parte, existe la subcontratación de empresas especializadas que se dedican a hacer labores no estratégicas de la empresa beneficiaría. Este tipo de contrataciones han sido el resultado del primer proceso de descentralización productiva. Por tanto, desde esta línea jurisprudencial se consideran contrataciones necesarias, puesto que al ser una empresa especializada ofrece garantías a la beneficiaría frente a la obra o servicio contratado. Como decimos, desde esta consideración jurisprudencial la contratación temporal, por obra o servicio, vinculada al desarrollo de la actividad contratada a nivel mercantil se manifiesta de una forma evidente. Se puede señalar, entonces, que la contratación laboral directa (en la empresa beneficiaría/contratante) para labores no estratégicas como, por ejemplo, vigilancia, limpieza, manejo de archivos, gestión de nómina, etc., es una excepción.

Por otra parte, se practica la subcontratación laboral de actividades estratégicas que puede dar lugar a situaciones bastante complejas. Ciertamente, desde una perspectiva teórica, este modelo de subcontratación de actividades estratégicas implica una transferencia tecnológica de

52 SANGUINETI RAYMOND, W.: “Subcontratación de actividades productivas y estabilidad en el empleo: El replanteamiento del modelo”, op. cit., pp. 2-3.

53 ESTEVE SEGARRA, A.: Cambios jurisprudenciales en subcontratación laboral ¿por qué son una condición necesaria pero no suficiente y por dónde habría que ir en la reforma?, *Revista de derecho social*, núm. 94, 2021, págs. 39-62.

la beneficiaria hacia la contratista y la posibilidad de especialización e innovación de las contratistas. No obstante, el modelo inspira retribuciones bajas por la disminución de costes que puede significar para la empresa beneficiaria realizar esta subcontratación. Es decir, estas nuevas formas de subcontratación todavía pueden generar mayores cuotas de precarización, por cuanto que favorece la desmembración y falta de control, siendo todavía mayor dada la opacidad de las relaciones laborales que se encuentran subyacentes⁵⁴.

4.3. El cambio de perspectiva operado por la STS de 29 de diciembre de 2020

La STS de 29 de diciembre del año 2020 supone un cambio sustancial de esas perspectivas previas al considerar que con la vinculación entre contratación mercantil y laboral se desnaturaliza la causa que justifica el contrato temporal planteando el carácter fraudulento de acudir al contrato de obra o servicio dentro del marco de una subcontratación de servicios mediante la celebración de un contrato de naturaleza mercantil. El TS considera que cuando la prestación de servicios se realiza para diversos clientes no se pueden entender la autonomía o sustantividad de la obra o servicio que realiza el trabajador, ya que lo que realiza el trabajador es la actividad ordinaria, regular y básica de la empresa. Por otra parte, estas empresas desarrollan su actividad esencial por medio de contratación con terceros de estos servicios por lo que no se puede sostener el carácter excepcional en la actividad del contrato de obra o servicio. Así, se desvincula el carácter temporal del servicio de la contrata o subcontrata del carácter temporal de la relación laboral contractual, al margen de que la actividad para la empresa principal pudiera ser esencial. Frente a ese servicio temporal por el que ha recurrido la empresa principal a la contratista el TS sostiene que hay que valorar el objeto esencial de la empresa contratista, con independencia de la contratación mercantil, para valorar la sustantividad y autonomía propia de la actividad de la empresa, en el caso de la contratación laboral.⁵⁵

Se produce una separación entre la actividad de la empresa principal para considerar que lo decisivo a tener en cuenta en el caso de la relación laboral es la actividad de la empresa contratista a la hora de valorar los criterios de autonomía y sustantividad del contrato de obra y servicio. En consecuencia, la temporalidad de la contratación de las personas trabajadoras en los supuestos de Subcontratación sólo será posible cuando pueda delimitarse de una manera clara y precisa la especificidad de la obra o servicio respecto del desarrollo normal y habitual de la actividad de la contrata. En consecuencia, la duración del contrato de obra o servicio no puede seguir vinculándose a la temporalidad de la actividad encargada por la empresa principal a la contratista en el contrato mercantil.

La fecha del encargo del tercero para la terminación de la actividad no es justificante para la dilación temporal del contrato. Las diversas contratas no deben influir en la relación laboral entre empresa contratista y persona trabajadora. La intromisión que hasta ahora se había realizado de la relación contractual de la contrata dentro de la relación laboral ha supuesto una

54 ESTEVE SEGARRA, A.: “Empresas multiservicios: cesión ilegal de trabajadores y subcontratación”, op. cit., 267.

55 La STS de 29 de diciembre de 2020, remueve sustancialmente el análisis establecido en su día por la STS 17 de enero de 1997. En esa STS se prescindió de la tipicidad del contrato de obra o servicio del art. 15.1. E.T. hasta el punto de considerar que aunque no hubiese un trabajo dirigido a la ejecución de obra o servicio determinada estaba justificada la dimensión temporal de la relación contractual laboral por razón de la necesidad temporal de la contrata. En la STS de 29 de diciembre de 2020 se postula la necesidad de cumplir con el artículo 15 del ET cuando establece la necesidad de autonomía y sustantividad propia de la actividad de la empresa para poder celebrarse un contrato temporal.

mercantilización en extremo de las relaciones laborales en el marco de las contrata y subcontratas, hasta el punto de suponer una evasión total y fraudulenta de la aplicación de las normas previstas por el E.T. En consecuencia, hay que atender al marco global de actividad de la empresa contratista, a lo que viene desarrollando habitualmente, y para lo cual presta sus actividades a las empresas principales de cada contrata⁵⁶.

El problema que se presenta aquí es que se ha podido estar produciendo una situación eminentemente abusiva, por cuanto se ha entendido como forma habitual de contratación en el ámbito de la subcontratación el recurso al contrato de obra o servicio determinado cuando posiblemente se tratase de una actividad normal dentro del normal desarrollo de la actividad de la contrata. Se genera por tanto una situación de contratación específica de carácter temporal, desapareciendo la tradicional normalización de la contratación de carácter indefinido y por tanto suponiendo una evasión del Derecho Laboral y del establecimiento en términos equitativos con un trabajador en tiempo completo comparable. De esta forma, la utilización masiva de las contrata y subcontratas y la vinculación a su regulación jurídica mercantil de la contratación laboral ha conllevado que la presencia del contrato por tiempo indefinido sea prácticamente residual, destinada a puestos de dirección y gestión, y sobre todo en el sector de los servicios, algo también vedado por la normativa comunitaria⁵⁷.

El asunto se complica aún más cuando la actividad objeto de encargo, al ser temporal, no responde a las necesidades extraordinarias de la empresa comitente. En estos casos la situación es todavía más fragante, por cuanto que una actividad que en el seno de la empresa principal en ningún momento debería haber sido temporal, sino que hubiera dado lugar a un contrato indefinido, con la utilización de la contrata se convierte en temporal. De esta forma, la subcontratación se ha convertido en la válvula de escape para transformar los que habitualmente deberían haber sido contratos indefinidos o permanentes, por parte de la empresa, en puestos temporales, de fácil extinción y costes inferiores. No se trata por tanto de una decisión casual y, por tanto, está totalmente en contra de los principios de excepcionalidad y justificación de la contratación temporal que determina el Estatuto de los Trabajadores provocando efectos destructivos sobre nuestro sistema de relaciones laborales, más precariedad y degradación de las condiciones laborales⁵⁸.

56 Esta argumentación limita enormemente el recurso a la contratación temporal por obra o servicio cuando se pretende vincular la sustantividad a la duración temporal del encargo realizado. Además, este fundamento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo profundiza en la línea de la estabilidad en el empleo. Por otra parte y dentro del marco del Derecho de la Unión Europea la contratación laboral automática vinculada a la duración de la contrata estaría en contra del objetivo de mejora de calidad del trabajo de duración determinada y del principio de no discriminación, particularmente relevante en este caso por cuanto se trata de una circunstancia atentatoria de la igualdad de derechos entre las personas que trabajan para las empresas principales y las que trabajan para las empresas contratistas. Además, esa contratación mercantilizada estaría en contra de la evitación de abusos derivada de la sucesión de contratos temporales establecida por la Directiva 1990/70/CE, relativa a la aplicación del Acuerdo Marco Europeo sobre trabajo de Duración Determinada.

57 ROJO TORRECILLA, E.: “Contratas. La recuperación de la letra y el espíritu del contrato para obra o servicio (¿y la primera piedra para la reforma de la LET?). Notas a la trascendental sentencia del TS de 29 de diciembre de 2020”. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/12/contratas-la-recuperacion-de-la-letra-y.html>.

58 SANGUINETI RAYMOND, W.: “Subcontratación de actividades productivas y estabilidad en el empleo: El replanteamiento del modelo”, op. cit., pp. 4-5.

4.4. Efectos de la STS de 29 de diciembre de 2020 en el ordenamiento jurídico laboral

Las consecuencias de este cambio de rumbo jurisprudencial van a tener repercusiones muy importantes. En este tipo de actividades, no excepcionales de la empresa contratista, los trabajadores deben ser contratados por tiempo indefinido, teniendo repercusiones si no se hace así, para la empresa principal porque se genera una responsabilidad solidaria por tratarse de una contratación de carácter fraudulento. Se trataría de situaciones de contratación fraudulenta para eludir las responsabilidades que se derivan de la contratación laboral⁵⁹.

En estos casos, no estamos ante auténticas subcontrataciones laborales. Por lo tanto, la solución que brinda el Derecho del Trabajo es reconocer como verdadero empleador al beneficiario e imponer responsabilidades solidarias entre los implicados. Se trata de una más de las problemáticas que precariza el trabajo y atenta contra el principio de igualdad de derechos entre personas que trabajan para las empresas principales y contratistas, puesto que a los trabajadores se les restringen derechos como la asociación sindical, la negociación colectiva y la igualdad de trato entre las personas trabajadoras directas y las que fueron contratados de forma fraudulenta⁶⁰.

En este contexto de contrataciones fraudulentas, resulta imperativo que se tomen, a nivel nacional, medidas de fortalecimiento de la inspección de trabajo para que cumpla con sus funciones de inspección, vigilancia y control. Su papel es clave para garantizar el cumplimiento de las normas laborales, especialmente en lo referente a las formas de subcontratación, por lo que, en casos de subcontrataciones fraudulentas deberá imponer las sanciones pertinentes. En suma, la contratación laboral directa se ve amenazada por decisiones empresariales estratégicas que pretenden no asumir los riesgos derivados de las relaciones laborales. En ese contexto, la subcontratación laboral se presenta como el medio empresarial para lograr tal fin. Por tanto, se debe procurar que el régimen de subcontratación laboral no implique una desventaja en acceso a derechos para las personas trabajadoras de la empresa contratista frente a las de la empresa principal⁶¹.

Esta Sentencia afecta también a las contrataciones que están actualmente en vigor. Así, la STS de 19 de julio de 2018 estableció que “la sentencia que introduce un cambio jurisprudencial hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice”. Por lo tanto, sólo cabe la contratación temporal en los términos de excepcionalidad y temporalidad de la actividad desarrollada por la contrata⁶².

59 BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I. “STS 29/12/20: El fin del contrato de obra vinculado a la duración de una contrata (¿y el principio del fin del «trabajador externalizado?»)”, <https://ignasibeltran.com/2021/01/01/sts-29-12-20-el-fin-del-contrato-de-obra-vinculado-a-la-duracion-de-una-contrata-y-el-principio-del-fin-del-trabajador-externalizado>.

60 VILA TIerno F. y GÓMEZ SALADO, M. A.: “El encadenamiento de contrataciones y fraude de ley en la subcontratación empresarial”, *op. cit.*, p. 300-309

61 MONEREO PÉREZ J.L.: “La subcontratación empresarial. Valoración crítica del modelo de subcontratación laboral en España”, *op. cit.*, p. 369.

62 ROJO TORRECILLA, E.: “Contratas. La recuperación de la letra y el espíritu del contrato para obra o servicio (¿y la primera piedra para la reforma de la LET?). Notas a la trascendental sentencia del TS de 29 de diciembre de 2020”. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/12/contratas-la-recuperacion-de-la-letra-y.html>.

Eso sí, los contratos de los trabajadores de la contrata están sometidos a las vicisitudes que pueda sufrir la empresa contratada sobre todo por las fluctuaciones en las operaciones mercantiles que puedan tener con las empresas principales. En este caso se puede acudir a mecanismos de flexibilidad interna o flexibilidad externa, como puede ser el caso de las extinciones por circunstancias objetivas. Por tanto, la finalización de la contrata no es una causa válida de extinción de un contrato de trabajo adscrito a la misma, hay que estar a lo determinado en el ET para la extinción válida de los contratos. De esta manera se introduce un criterio fuerza en la determinación de la extinción de la relación laboral como consecuencia del cese de la actividad, ya no se trata de un cambio simplemente de la cuantía indemnizatoria sino que se van a tener que valorar los términos de la extinción con base en criterios que el ET establece para la extinción por razones objetivas y despido colectivo, y si no concurren esas circunstancias, técnicas, organizativas, económicas o de producción se hace inviable la extinción contractual laboral⁶³.

Precisamente, la motivación de la disminución de costes laborales como estrategia para la subcontratación laboral genera cuestionamientos desde el Derecho del Trabajo. Lógicamente ya que supondría su desaparición en última instancia, volviendo, como antes se ha puesto de manifiesto a un régimen de contratación arrendaticio, propio de épocas decimonónicas. Específicamente, debatimos sobre cómo se pueden garantizar los derechos de las personas trabajadoras de la subcontratista a ver retribuido de forma justa su trabajo, e incluso para casos más extremos, nos preguntamos cómo se garantiza el trabajo decente en las subcontratistas, permitiendo una situación de igualdad de derechos en relación con el régimen de derechos de las personas que trabajan para las empresas principales.

Está claro que no se puede prohibir a la empresa beneficiaria realizar operaciones en el tráfico jurídico para cumplir con su objeto social pero en todo caso se deben respetar las normas relativas a la contratación laboral establecidas por el ET, por la normativa heterónoma. Existe, en ese sentido, la preocupación, sobre todo en el ámbito de las cadenas mundiales de suministro, del aprovechamiento por parte de grandes empresas de personas trabajadoras vulnerables en condiciones casi de esclavitud y de la contratación de personas trabajadoras de carácter informal. En consecuencia, la legislación laboral debe hacerse respetar frente a los contratos civiles mercantiles que celebran la beneficiaria y la contratista para garantizar los derechos fundamentales en el trabajo, el pago de salarios justos y establecer regímenes igualitarios en el reconocimiento de los derechos de las personas trabajadoras de la empresa contratista y las de la principal.

5. CONCLUSIONES

Las consecuencias perversas de la falta de regulación de la subcontratación es la vuelta a situaciones de desregulación que ya previamente se han puesto de manifiesto en la historia y que, nada más y nada menos, están en la génesis del actualmente regulado Derecho Clásico del Trabajo. Asistimos a un nuevo modelo de relaciones económico-sociales desregulado en el que la parte fuerte, económicamente hablando, se beneficia exponencialmente de las debilidades y condiciones paupérrimas de la parte débil, en este caso las personas trabajadoras. Así, aunque pueda ser extremada recurrente, y por tanto reiterativo, estamos ante una nueva cuestión social,

63 SANGUINETI RAYMOND, W: “Subcontratación de actividades productivas y estabilidad en el empleo: El replanteamiento del modelo”, op. cit, pp. 5 y 6.

la generada por el proceso descentralizador de la producción en masa, con las consecuentes condiciones desfavorables para las personas trabajadoras.

A mayor organización flexible de la producción, mayor utilización flexible del trabajo, lo que, sin duda alguna, resulta ser muy preocupante, dado que estaríamos ante una posible vía para la huida del Derecho del Trabajo. Ciertamente, estamos ante la posible consagración de la desmembración o desaparición del mismo si no se pone coto o límites a los términos en los que se plantea esta descentralización productiva. Esta acción huidiza perjudica, profundamente, a las personas trabajadoras que pueden quedar al margen de las tutelas que brinda esta rama del ordenamiento jurídico o pueden ser privados de algunos derechos específicos reconocidos de forma exclusiva al personal de una empresa determinada. Precisamente, cada vez más las organizaciones productivas pretenden ubicarse al margen de las relaciones laborales y dejar a terceros gestionar el riesgo derivado del trabajo, fragmentando, por tanto, al grupo de personas trabajadoras y generando, a su vez, el debilitamiento de la fuerza del colectivo laboral. Merma, fragmentación y dispersión que atentan gravemente a la consagración del Derecho del Trabajo tal y como viene reconocido por nuestra propia Constitución, el Estatuto de los Trabajadores y resto del ordenamiento jurídico laboral.

Esta situación conlleva una clara situación de discriminación entre personas trabajadoras. Las que son contratadas por la empresa contratista o subcontratista y las que todavía conservan estándares ecuanímenes de protección por tener una vinculación contractual que todavía responde al modelo clásico de regulación de condiciones de trabajo, que es al que se refiere el Estatuto de los trabajadores, y que es al que responde la contratación directa que se realiza por parte de las empresas principales. Así las personas trabajadoras contratadas por contratistas y subcontratistas se ven en una situación de desprotección a favor de estos modelos de producción flexible que generan una situación de exclusión jurídica y, evidentemente económica y social, y que permite hablar de una “residualización” en el reconocimiento de los derechos. Por tanto, y aquí sí, ya dentro de la temática que se ha encomendado a la hora de realizar esta ponencia, cual es la de la Igualdad de derechos entre las personas trabajadoras de la empresa contratista y de la empresa principal, se puede hablar de discriminación en todos sus términos, ya que ante situaciones iguales se produce un tratamiento jurídico desigualitario en pro de los beneficios empresariales.

De otro lado, es pertinente destacar que, debido a que el proceso de descentralización productiva cada vez se va generalizando en las empresas, encontraremos que no tienen una identidad en las actividades que realizan, sino que todas vienen a participar, en distintas proporciones, bajo la coordinación de una principal. En ese contexto, algunos modelos de subcontratación laboral regulados en España no atienden a la realidad actual porque este se ha centrado en asignar responsabilidad y, por tanto, reconocer protección a las personas trabajadoras cuando la actividad de la contratista es “inherente al ciclo productivo” de la contratante; o cuando existe identidad entre la actividad o negocio realizado por la contratista y la contratante. Al profundizarse la descentralización productiva las empresas pueden crearse más delgadas y muchas actividades pueden ser subcontratadas, sin que las actividades realizadas por estas se interpreten como inherente al ciclo productivo de la principal.

Por ello, conviene mejor un modelo que asegure las garantías a favor de los trabajadores en régimen de subcontratación laboral supeditado a que la subcontratación de dichas obras y o servicios se realice, por parte de la empresa comitente, de forma continua o constante. Y es que, en el contexto actual en el que se posiciona cada vez más el modelo de organización flexible de

la producción y de supuestos de colaboración empresarial, la noción de subcontratación laboral debe aplicarse a las relaciones de trabajo que se presentan en los procesos de contrataciones y subcontrataciones realizados por las empresas con el fin de poder realizar su actividad empresarial y participar en el mercado, no sólo atendiendo al tipo de actividad que se desarrolla por parte de las empresas contratistas, si es inherente o no a la actividad de la empresa principal, ya que si no determinadas relaciones laborales pueden quedar el margen del marco regulatorio del reconocimiento de derechos para las personas trabajadoras.

La subcontratación como fenómeno con relevancia jurídica tiene cada vez mayor importancia porque la organización de la producción tiende a ser más compleja y aunque se diferencien las empresas, las personas trabajadoras siguen implicadas en todo el entramado. Por tanto, es necesario establecer tutelas que puedan, desde la legislación laboral, exigirse a los contratantes en el marco de sus relaciones civiles y mercantiles para evitar que las decisiones organizativas y productivas que pretenden mejorar la actividad de la empresa se adopten a costa de los derechos de las personas trabajadoras, permitiendo de esta forma una mayor igualdad de derechos entre las personas trabajadoras de las empresas principales y de las empresas contratistas y subcontratistas. Pues, en el mercado laboral a nivel global se presenta una competencia de las personas trabajadoras que coadyuva a que exista una disminución de su protección.

Desde el punto de vista jurídico esta posibilidad normativa abre diferentes perspectivas a tener en consideración para el reconocimiento de los derechos de las personas trabajadoras: establecer unas condiciones de trabajo dignas, garantizar el ejercicio de la libertad sindical, la actividad de las representaciones de los trabajadores en la empresa, el efecto útil de regulación en materia de negociación colectiva, así como también extender la responsabilidad a la empresa principal, bien mediante un régimen de responsabilidad solidaria, bien mediante un régimen de responsabilidad subsidiaria. Del cumplimiento satisfactorio de estas derivaciones se permitirá garantizar un régimen igualitario en el reconocimiento de los derechos entre las personas trabajadoras de la empresa principal y las personas trabajadoras de las empresas contratistas.

Los procesos de descentralización productiva cada vez más se consolidan, a escala local e internacional, y, por tanto la norma laboral española debe incidir en este marco regulatorio, dada la escasa regulación sobre subcontratación que hay en nuestro país y que, además ha quedado obsoleta, dejando a las personas trabajadoras desamparadas. Por todo ello se requiere una actualización de la normativa sobre contrata y subcontratas tal y como se está poniendo de manifiesto en los actuales procesos de reforma laboral que se están desarrollando en España. Bajo ese contexto, la norma laboral debe implementar mecanismos de protección que permitan a las personas trabajadoras de las empresas subcontratadas, que aportan al desarrollo de la actividad de la principal, ejercer sus derechos de forma digna e igualitaria con respecto a los derechos reconocidos para las personas trabajadoras de la empresa principal. Desde la regulación normativa se debe exigir el cumplimiento de los derechos laborales fundamentales y la igualdad en las condiciones laborales cuando se realicen iguales trabajos, a fin de garantizar el principio de a igualdad de trabajo, igualdad de derechos.

Este es el objetivo del Derecho del Trabajo, establecer un marco regulatorio que también, al margen de la regulación mercantil, permita garantizar los derechos de las personas subcontratadas. No involucrarse en esta regulación, en el contexto actual, puede suponer una desintegración del mismo ya que la desigualdad de derechos puede conducir a una merma sucesiva del mismo y a una mercantilización de las relaciones laborales, trasladando el esquema arrendaticio

de servicios de la contratación entre empresas a la contratación laboral. Esto supone una involuación jurídica determinante ya que es volver a las fórmulas decimonónicas de relaciones laborales, sometidas a la voluntad de las partes, dejando desprotegida a la parte más débil, en este caso, la parte trabajadora de la empresa contratista.

6. BIBLIOGRAFÍA

BAYLOS GRAU, A.: “La responsabilidad de las empresas transnacionales den los procesos de externalización. Las cláusulas sociales internacionales” en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S. (dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018.

BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: “STS 29/12/20: El fin del contrato de obra vinculado a la duración de una contrata (¿y el principio del fin del «trabajador externalizado?»)”, <https://ignasibeltran.com/2021/01/01/sts-29-12-20-el-fin-del-contrato-de-obra-vinculado-a-la-duracion-de-una-contrata-y-el-principio-del-fin-del-trabajador-externalizado>.

CARMONA BAYONA, E. F.: “Subcontratación laboral: Necesidades de la empresa y derechos de los trabajadores en el siglo XXI”. *Documentos de Trabajo, IELAT*, núm. 143, Febrero 2021.

CRUZ VILLALÓN, J. “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1992.

ESTEVE SEGARRA, A.: “Empresas multiservicios: cesión ilegal de trabajadores y subcontratación” en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S. (dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018.

– “Vías para atajar la precariedad en las empresas multiservicios. Una contribución al debate”, *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017.

– Cambios jurisprudenciales en subcontratación laboral ¿por qué son una condición necesaria pero no suficiente y por dónde habría que ir en la reforma?, *Revista de derecho social*, núm. 94, 2021.

GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I.: “Especificidades de la subcontratación de trabajadores autónomos en el marco de la externalización de actividades” en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S. (dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018.

GOMEZ GORDILLO, R.: “Apuntes para una reforma de la regulación laboral de la subcontratación de obras y servicios Notes for the outsourcing regulation reform”. *Lan Harremanak*, núm. 45, 2021.

– “Funcionalidad del concepto propia actividad en la empresa descentralizada”, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, AEDTSS, Cinca, 2018.

– “La subrogación de contrata prevista en convenio colectivo”, en Molina Navarrete, Cristóbal (coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, CARL, Sevilla, 2019.

MERCADER UGUINA, J.R. “Marco jurídico de los trabajadores de la empresa principal y las empresas subcontratistas” en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S. (dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018.

PONENCIA GENERAL SEGUNDA:
IGUALDAD DE CONDICIONES DE TRABAJO
ENTRE PERSONAS TRABAJADORAS DE EMPRESAS CONTRATISTAS
Y EMPRESA PRINCIPAL

173

MONEREO PÉREZ, J.L.: “La subcontratación empresarial. Valoración crítica del modelo de subcontratación laboral en España”, en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S. (dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018.

RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “El principio de igualdad en las relaciones laborales”. *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979.

ROJO TORRECILLA, E.: “Contratas. La recuperación de la letra y el espíritu del contrato para obra o servicio (¿y la primera piedra para la reforma de la LET?). Notas a la trascendental sentencia del TS de 29 de diciembre de 2020”. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/12/contratas-la-recuperacion-de-la-letra-y.html>.

SANGUINETI RAYMOND, W.: “Subcontratación de actividades productivas y estabilidad en el empleo: El replanteamiento del modelo”. *Trabajo y Derecho* 75/2021 (Marzo), núm. 75, 1 de mar. de 2021, Editorial Wolters Kluwer.

– La regulación de los efectos laborales de la subcontratación: el Perú en América del Sur The regulation of the labor effects of subcontracting: Peru in South America *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 68, 2012.

SORIANO CORTÉS, D.: *Las contratas en el derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, Mergablum, Sevilla, 2007.

VICENTE PALACIO, A.: “Empresas multiservicios: negociación colectiva y subcontratación” en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S.: *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018.

VILA TIERNO F. y GÓMEZ SALADO, M. A.: “El encadenamiento de contratas y fraude de ley en la subcontratación empresarial” en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S.: *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018.

VV.AA. *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*. Fundación 1º Mayo, Francis Lefebvre, El derecho, Madrid, 2018.

**PONENCIA GENERAL SEGUNDA
EL TRATAMIENTO DE LA SUBCONTRATACIÓN
EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.
ESPECIAL REFERENCIA A LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS**

ANTONIO ÁLVAREZ MONTERO

*Catedrático de Escuela Universitaria. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén*

EXTRACTO

La generalización de la externalización a través de las empresas multiservicios ha evidenciado la inadecuación del marco normativo para evitar la degradación de condiciones de trabajo y empleo en la subcontratación a través de estas empresas y la necesidad de acometer una reforma integral de la misma. Pero hasta tanto llega la necesaria reforma normativa, la negociación colectiva es la única vía de regulación de condiciones de trabajo en la empresa multiservicios. Ahora bien, la diversidad de las actividades y la dispersión geográfica de sus centros dificultan la negociación y la aparición de convenios propios. Cuando lo hace, su contenido resulta tendencialmente orientado a los intereses de la empresa. Y cuando no existe convenio de empresa, la disparidad de criterios dificulta la determinación del convenio sectorial aplicable y la homogeneización de las condiciones de trabajo. Nos disponemos en este trabajo a identificar los problemas que rodean la subcontratación a través de empresas multiservicios y a estudiar las diferentes soluciones normativas colectiva que son posibles y que permitan dar soluciones y paliar (o superar) las diferencias entre las condiciones de trabajo en la empresa principal y en la empresa multiservicios.

ABSTRACT

The generalization of outsourcing through multi-service companies has shown the inadequacy of the regulatory framework to avoid the degradation of working and employment conditions in outsourcing through these companies and the need to undertake a comprehensive reform of the same. But until the necessary regulatory reform arrives, collective bargaining is the only way to regulate working conditions in the multi-service company. However, the diversity of activities and the geographic dispersion of its centers make it difficult to negotiate and create their own agreements. When it does, its content tends to be oriented towards the interests of the company. And when there is no company agreement, the disparity of criteria makes it difficult to determine the applicable sector agreement and the standardization of working conditions. In this work, we are preparing to identify the problems surrounding subcontracting through multi-service companies and to study the different collective regulatory solutions that are possible and that allow solutions to be found and alleviate (or overcome) the differences between the working conditions in the main company. and in the multi-service Company.

1. El contexto organizativo de la subcontratación. La empresa multiservicios una realidad consolidada
 - 1.1. La descentralización es la pauta generalizada
 - 1.2. Empresa multiservicios, modelo de preferido y exitoso
 - 1.3. Empresa multiservicios. Raíces de su éxito
 - 1.3.1. La propia naturaleza de sus actividades
 - 1.3.2. Estructura normativa de aplicación
2. La estructura normativa inapropiada
 - 2.1. Regulación de la subcontratación y de la cesión
 - 2.2. Expansión EM *versus* retracción de las ETTs
 - 2.3. Prioridad aplicativa de los convenios de empresa
 - 2.4. Los efectos
3. Ordenación convencional de las empresas multiservicios
 - 3.1. Aplicar/extender a la EM el convenio que venga en aplicación a los trabajadores de la principal
 - 3.2. Convenios aplicables a la empresa multiservicios sin convenio colectivo propio
 - 3.2.1. No se aplica convenio
 - 3.2.2. Aplicación del CC de la actividad principal o preponderante
 - 3.2.3. El convenio colectivo de la concreta actividad realizada
 - 3.3. El convenio colectivo de empresa
 - 3.4. Convenio colectivo sectorial de las empresas multiservicios
 - 3.5. Equiparar condiciones, prohibir o limitar el recurso a estas empresas
4. A modo de reflexión final

1. EL CONTEXTO ORGANIZATIVO DE LA DESCENTRALIZACIÓN. LA EMPRESA MULTISERVICIOS UNA REALIDAD CONSOLIDADA

1.1. La descentralización es la pauta generalizada

Por descentralización productiva debemos entender la situación en la que una empresa que descentraliza (principal) alcanza sus objetivos productivos a través de la coordinación de aportaciones llevadas a cabo por colaboradores externos sin contratar directamente al personal. La empresa traslada en mayor o menor medida la producción, la distribución u otros servicios necesarios e inherentes a la actividad que constituye su objeto a otro empresario a través de vínculos contractuales de diversa naturaleza y con el objeto de alcanzar su finalidad productiva.

La empresa auxiliar proporciona mayor flexibilidad en la gestión de su capacidad de producción, pudiendo la contratista concentrar sus recursos en las actividades que considera como nucleares y externalizar todas las demás. En términos laborales se persigue establecer un trabajo muy acomodado y disponible con toda facilidad a los requerimientos del momento sin costes de reserva. La empresa se beneficia de la especialización, en sectores concretos de actividad, de la reducción de costes económicos y costes de gestión, así como reducción de tiempos de formación de los trabajadores.

Dicho de otro modo, es la técnica económico-organizativa mediante la cual se incorporan empresas externas o del mismo grupo en un proceso productivo común con la finalidad de una mejor y más eficaz ordenación del sistema de producción, pero sobre todo de la racionalización económica centrada en la reducción de costes laborales y así incrementar los márgenes de competitividad.

Los procesos de descentralización tienen múltiples manifestaciones como la creación de una red de empresas que entre todas tengan el efecto de segmentación de actividades principales y secundarias que aporte valor al conjunto de la organización. Pero lo más frecuente es que se acuda a la externalización mediante fórmulas de subcontratación de actividades¹.

Pero la noción de externalización es, sin embargo, imprecisa y resulta inapropiada para su empleo como concepto jurídico en cuanto extraída de la teoría económica, aunque se le reconozcan indudables consecuencias jurídicas. Se trata de una técnica de organización de la producción en virtud del cual una empresa, denominada empresa principal, decide no realizar una fase variable de su actividad con las personas y medios propios desplazando la misma a otras personas o empresas con quienes establece formulas diversas de cooperación².

Las formas de externalización son de diversa naturaleza y se llevan a cabo a través de diversos vínculos jurídicos, con lazos más o menos fuertes y estables que tiene en común su nacimiento al amparo de una regulación civil, mercantil o administrativa y que tienen como objetivo encargar a terceros parte de la actividad sustituyendo la producción interna por la colaboración exterior: subcontratación de la actividad en la misma empresa, subcontratación externa, a través

1 MONEREO PÉREZ, J.L.: "Identidad de las empresas multiservicios: régimen jurídico y responsabilidades", en AA. VV., *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial y nuevas formas de trabajo (XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018)*, Cinca editores, 2018, pp. 235-274.

2 El concepto de descentralización productiva se viene reproduciendo desde CRUZ VILLALÓN, J., "Descentralización productiva y responsabilidad por contratas y subcontratas". Ed. Aranzadi, 1992, p. 9.

de ETT, de la franquicia, del trabajo independiente (ampliamente extendido alcanzando una intensidad inusitada en los últimos años) o por la creación de grupo de empresa. La subcontratación a través de EM es la técnica ampliamente extendida que ha ido alcanzando una intensidad creciente y generalizada en todos los sectores económicos, profesiones y niveles de cualificación.

En principio, con esta técnica se persigue un objetivo que podríamos llamar fisiológico -operativo- ligado a la optimización recursos en el que la empresa mantiene la organización de la producción y el trabajo en el núcleo duro -esencia- de sus actividades mientras que las actividades necesarias, pero no directamente ligadas a su objeto social, son externalizadas en empresas especializadas como el transporte, la limpieza, mantenimiento, publicidad, la financiación, etc. Mejorando la eficiencia de las empresas por la vía de atribuir a otras empresas “especialistas” externas esas actividades con el objetivo último de mejora de la posición competitiva de la empresa. No obstante, en la práctica, la finalidad cardinal es el ahorro de costes rebajando el estatuto garantista de los trabajadores en empresas externalizadas, eliminando las rigideces en la contratación directa del personal que se sustituyen por costes tasados en un contrato mercantil de prestación de servicios.

La creciente globalización unida a la revolución tecnológica permite opciones muy diversas y complejas de colaboración de las que derivan importantes consecuencias para el trabajo, su forma de organización y su regulación y que en conjunto soslayan la contratación directa de personal.

El modelo no es único ni de creación reciente pero si es notorio que en el actualidad se ha incrementado la situación en la que muchas empresas “... ya no contratan directamente a la totalidad de su fuerza de trabajo o a una gran parte de ella, y generalmente recurren a procesos de subcontratación, externalización, tercerización” con quiebra del trabajo *decente* mediante “remuneraciones más bajas, menor cobertura de los sistemas de seguridad social y condiciones laborales limitadas”³.

Hoy, la estrategia económico productiva empresarial está determinada por el cambio de paradigma tecnológico que marca y facilita la implantación de las descentralizaciones productivas como factor organizativo crucial para el objetivo de eficiencia empresarial. Es una realidad percibida, conocida y estudiada por la doctrina en las últimas décadas. Un fenómeno *estructural* de la actual realidad de la organización de la producción en todos los sectores que muestran una fuerza atractiva -y necesidad- por formas verticalmente desintegradoras de la estructura empresarial clásica de corte industrial⁴. En cierto modo es una estrategia de supervivencia competitiva habitual, natural, ordenada e integrada en la gestión dentro de una economía terciarizada o “servindustrial”⁵.

1.2. Empresa multiservicios, modelo de preferido y exitoso

Una de las formas más extendidas es la contratación de servicios que generalmente no pertenecen a la actividad esencial de la principal y, como submodalidad, a través de las empresas multiservicios (en adelante EM) que se ofrecen para realizar la totalidad (prestación integral) de las actividades que se desean contratar.

3 OIT: *Memoria del Director General, Informe I*: “La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo”, Conferencia Internacional del Trabajo, 104.ª reunión, 2015, (ILC.104/DG/I), p. 21.

4 Por todos, Monereo Pérez, J.L., *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*. Ed. IBIDEM, p. 1994.

5 Esteve-Segarra, A., *Externalización laboral en empresas multiservicios*. Ed. Bomarzo, 2016, p. 19.

Los cambios técnicos, de la sociedad y en el modelo económico, han provocado y acelerado nuevas formas de empresa que sustituyen a la empresa tipo industrial. Entre ellos los procesos de externalización productiva que se llevan a cabo a través de diversas técnicas. Una de ellas que se ha generalizado y consolidado es la contrata de EM que se caracterizan por tener como objetivo la contratación de todas actividades que demande cualquier otra entidad. Explícitamente se define su ámbito funcional con objetivo de totalidad: “asistencia administrativa, y prestación de todo tipo de servicios integrales”⁶. Lo característico de las EM es la realización de contratos con empresas principales con objeto consiste en ofrecer gestionar una *pluralidad de servicios* de diversa índole que se extiende y tiene como único límite el alcance de la demanda de la empresa cliente: submodalidad de subcontratación para *todas* las actividades y para *todas* las empresas⁷.

Paradójicamente se contradice con la originaria ventaja competitiva de la externalización puesto que en la EM encontramos una falta de especialización. Su ventaja competitiva se sitúa precisamente en la oferta de todos los servicios imaginables que una empresa puede necesitar. Las empresas multiservicios cada vez ofrecen un abanico más amplio de actividades. En la actualidad estas empresas buscan ofrecer un servicio integral formalizado en un contrato general con la *cliente* con objeto de que la EM asuma las tareas más diversas como servicios informáticos, administrativos, clientes, limpieza, jardinería, control de accesos, contabilidad, etc. La externalización se puede producir en la mayoría de los departamentos de las empresas.

Esta fórmula de descentralización se ha ido extendiendo desde sus etapas iniciales a todo tipo de empresas, grandes y pequeñas, acelerando y cambiando mucho en términos cuantitativos y cualitativos y está lejos de haber llegado a la cima de sus posibilidades puesto que la transformación digital de la economía⁸ y de la sociedad permiten formas de organización en las que se separa con naturalidad y de manera eficiente las diferentes fases del proceso productivo.

Se ha generalizado el modo de organización de la producción acudiendo a la participación de les empresas multiservicios que prestan todo *tipo de servicios a todo tipo de empresas*. Como viene sosteniendo la doctrina, los sindicatos y de la constatación de la realidad, las EM nacen precisamente para sustraerse y ofrecer a la empresa principal una subcontrata de actividades en unas condiciones económicas ventajosas que no se alcanzarían si la empresa “principal” realizara directamente esa prestación con sus trabajadores. En definitiva, la opción de subcontratación a través de las EM es una estrategia de competitividad. Y en la práctica ello se consigue, no tanto por la ventaja de la presumible mayor especialización, sino por la reducción de las condiciones de empleo y trabajo en la EM huyendo de las normas convencionales (sectoriales o de empresa) que rigen en la empresa principal. Su éxito se ha producido por su constatada eficacia para elevar los niveles de competitividad de las empresas rebajando las condiciones laborales y porque han encontrado un modelo normativo pensado para un modelo de empresa industrial y por tanto inadecuado para controlar los efectos lesivos para los trabajadores e inadecuado para disciplinar esta forma de empresa desde la negociación colectiva.

6 Art. 3.2 del CC Acciona Multiservicios, SA (BOE de 18 de octubre de 2018).

7 López Balaguer, M., “Empresas de Trabajo Temporal y empresas multiservicios: La historia que se repite”, Documentación Laboral 2017, Vol. II, p. 61.

8 GÁRATE CASTRO, F.J.: “Descentralización productiva y Derecho del Trabajo”, en AA. VV.: *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018 / coord. por Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, 2018, p. 26.

1.3. Empresa multiservicios. Raíces de su éxito

¿Como se explica su auge? Su éxito está íntimamente relacionado con varios factores que, apreciados en su conjunto se pueden sintetizar en dos grupos: La propia naturaleza de sus actividades y obsolescencia e inadecuación de la estructura normativa que les es de aplicación. En síntesis, se han apuntado como elementos causales de la proliferación de las EM, la prestación de una diversidad de actividades que a su vez facilita la elusión de convenios colectivos sectoriales, la preferencia aplicativa de los convenios de empresa o el paralelo retroceso de las ETT por la mayor protección de los trabajadores cedidos. En Conjunto, un marco normativo inadecuado. En unos casos por obsolescencia (V.gr. El art. 42 ET) y en otros por modificaciones que indirectamente han contribuido a hacer de esta técnica el centro de la externalización a través de la subcontratación de servicios integrales con costes decrecientes para las empresas originados en la extrema reducción de condiciones de trabajo (art. 84.2 ET).

1.3.1. La propia naturaleza de sus actividades

El primero de los grupos, *la propia naturaleza de sus actividades*, tiene que ver con configuración peculiaridades de la EM. Las características de la empresa multiservicios que hemos descrito en el apartado 1.1 facilitan la huida de las débiles tutelas que impone la normativa general sobre subcontratación y sobre todo facilita la huida de la norma colectiva real y tuteladora. Como veremos, en ocasiones la negociación en la empresa se distorsiona por la participación de representantes unitarios desindicalizados y en el ámbito de sector resulta difícil negociar un CC sectorial dada la naturaleza multifuncional del objeto empresarial. En este sentido la estructura empresarial en pequeñas empresas o dispersa en diversos centros y lugares de trabajo dificulta la presencia de interlocutores sociales y patronales dispuestos a negociar de forma real y efectiva condiciones de trabajo equilibradas. Condiciones reales que abocan con frecuencia acordar condiciones de trabajo próximas a los mínimos legales.

De otro lado, no sólo, pero una de la clave del éxito radica, en que llevan a cabo actividades que muchos casos no necesitan la concurrencia de grandes medios materiales ni organizativos, desarrollan una función muy próxima a la mera intermediación, aunque formalmente diferente. Es el caso de los servicios que llevan a cabo estas empresas en la de limpieza de hoteles que, dentro del proceso generalizado de aligeramiento de estructuras han sustituido a sus propios trabajadores por contratos con EM. No son formalmente instrumentos para la cesión (que sería ilegal) por no ser la auxiliar, pero en el resultado final se aproximan y podían ser intercambiables puesto que ejercen sus actividades con medios propios pero exiguos y con una organización propia pero muy diluida, distante y cuasi delegada en la empresa principal. Proceso expansivo que se facilita porque estamos ante una estructura empresarial que puede funcionar sin necesidad grandes inversiones en medios materiales y ni complejos estructuras organizativas. Al cliente le permite aligerar sus estructuras organizativas a la vez que minorar los costes. Todo ello se agudiza y se hace más evidente cuando la EM presta sus servicios en el entorno organizativo, y muchas veces físico, de la principal.

1.3.2. Estructura normativa de aplicación

El segundo grupo -más extenso- tiene que ver con *la estructura normativa de aplicación* inadecuada. (Por su extensión y por su trascendencia para entender y justificar el tratamiento en la negociación colectiva, le dedicamos el capítulo siguiente).

2. LA ESTRUCTURA NORMATIVA INAPROPIADA

2.1. Regulación de la subcontratación y de la cesión

La proliferación de las EM tiene lugar en un marco normativo que actúa como *catalizador positivo* en el sentido de que acelera y retroalimenta la realización de todo tipo de actividades principales o complementarias de la empresa a través de la contratación con una empresa externa. El ordenamiento jurídico laboral en su conjunto, no sólo es neutro en la ordenación de esas empresas y sus formas de entrar en la actividad productiva de otras empresas por falta de actualización, sino que facilita su desarrollo e indirectamente ampara su implantación libre o soslayando la posible regulación convencional real, efectiva y protectora.

No disponemos de un marco legal integrado y adecuado aplicable a subcontratación y, en concreto, a la EM. Sólo encontramos una tutela dispersa que somete a la EM y a la contratista (principal) a determinadas obligaciones como determinar las responsabilidades laborales y de SS en los supuestos de subcontratación para servicios que no son de su *propia actividad*. No existe un tratamiento normativo estructurado y de conjunto. El art. 42.1 ET está previsto para obras o servicios correspondientes a su *propia actividad* y el art. 43 ET para supuestos de cesión de trabajadores fuera de las ETT.

Entre esa tutela dispersa encontramos ciertas condiciones e impulso colectivo indirecto en caso de contrataciones en el sector público. Así, en el art. 35.1.n) de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, se impone la obligación a la contratista de cumplir con “las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación”. En concreto en el art. 122.2 de “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo de sector” lo que obliga a buscar el sector de referencia -aplicación- para la actividad de la subcontrata. O, en fin, obligaciones en materia de subrogación (art. 130 de la citada Ley).

En esta línea de debilidad, existen, pero no se puede sobrevalorar el conjunto de los derechos de información de los representantes de los arts. 42 y 64.1,2.c) del ET en cuanto deberes de información pasiva. Además de los derechos de reunión para la coordinación de actividades preventivas en el art. 24 de la Ley 31/1995 de PRL⁹.

De otro lado, desde esta perspectiva colectiva, nos encontramos con importantes problemas relacionados con las EM directa o indirectamente o con la subcontratación de empresas especializadas en la prestación de servicios únicos. Así, se han detectado importantes deficiencias en el entramado normativo relativo a regular una representación unitaria eficaz en la tutela de derechos regulada en el T-II ET en particular en la elección de representantes que ejerzan como tales y en las dificultades posteriores de legitimación en la negociación colectiva empresarial; Dificultades en la delimitación del centro de trabajo como ámbito de negociación y aplicación del convenio CC de empresa multiservicios. Y, en fin, la negociación y determinación del ámbito funcional concreto de los convenios sectoriales y su difícil encaje en la determinación del convenio aplicable a una unas empresas que por definición tienen como función la prestación de servicios muy diversos susceptibles de ser regulados por varios convenios sectoriales.

9 Esteve-Segarra, A., *Externalización ...*, 2016, pp. 120 y ss.

2.2. Expansión EM *versus* retracción de las ETTs

Una de las claves del éxito tiene explicación en la falta de una norma específica para estas empresas que las regule y establezca la equiparación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la empresa principal como ocurren en el art. 11 de la LETT.

En la evolución normativa de regulación de las ETT se aprecia un creciente nivel de protección de los trabajadores contratados por la ETT para ser cedidos. El instrumento jurídico de vinculación entre empresas es bien diferente en las EM puesto que en las ETT se trata de una cesión legal de mano de obra contratada por la auxiliar para prestar servicio en la usuaria, mientras que entre la EM y la principal existe una vinculación entre empresas de tipo mercantil.

Pero sí se ha observado una implantación creciente ligada y paralela a la dinámica que ha seguido la regulación protectora de los trabajadores en las ETTs¹⁰. Si por su objeto social, su constitución y relación contractual con la principal es de naturaleza diferente, presentan una estrecha relación, aunque con técnicas de vinculación bien distintas, pues el resultado final es muy similar: se pretende reducir costes la empresa. Concretamente, como después se verá en la selección de convenios analizados, ambas llevan a cabo una precarización del empleo con el uso de la contratación temporal bien para poner a disposición del usuario o bien para realizar los servicios *para* y muchas veces *en* los centros de la empresa cliente.

Como digo, esta dinámica empresarial de uso generalizado de EM se ha reforzado y acelerado en paralelo con el declive de contratación para cesión a través de las ETTs a las empresas usuarias que se inicia con la Ley 29/1999 y que en la actualidad obliga a dotar a los trabajadores cedidos de las mismas condiciones de trabajo que los trabajadores de la usuaria. La proliferación de unas corre paralela al declive de la otra a partir de la inclusión en el art. 11 de la LETT de la equiparación de condiciones entre todos los trabajadores propios de la usuaria o cedidos por la ETT.

Una consecuencia de esta diferencia en la naturaleza jurídica de ambas técnicas es que no podrá aplicarse por analogía la previsión del art. 11 ETT que prevé las mismas condiciones para todos los trabajadores en la usuaria. La generalidad de la doctrina admite que la EM prolifera con la finalidad de eludir las exigencias de equivalencia de condiciones entre los trabajadores de las ETTs y las usuarias. Pero es que, además, el círculo perverso se cierra por cuanto la práctica empresarial ha llevado a cabo una reformulación del papel de la ETT a la que cada vez recurren menos las usuarias *tradicionales*: Y es que las EM han creado o se han integrado en grupo o red de empresas con lo que pueden mantener condiciones de trabajo degradadas.

2.3. Prioridad aplicativa de los convenios de empresa

Otra explicación de su auge, impulsado indirectamente por una legislación inadecuada, se encuentra y se promociona indirectamente a través la *prioridad aplicativa de los convenios de empresa*. Con la preferencia de los CC de Empresa se da vía libre a su instrumentalización como herramienta tendencialmente orientada a la devaluación de las condiciones fijadas en los convenios sectoriales. La proliferación y facilidad para la existencia de CC de empresa, y específicamente de las EM,

10 López Balaguer, M., “Empresas de trabajo temporal.”, 2017, pp. 58 ss.

se favorece por una serie factores jurídicos y derivados de la propia naturaleza de estas empresas. Especialmente se apunta al crecimiento a partir de la llamada reforma de 2012¹¹ que consagra la primacía aplicativa del convenio de empresa en materias nucleares como salario y tiempos de trabajo que en ese ámbito es más adecuado para negociar a la baja. Detectados y denunciados muy pronto por los sindicatos en la Declaración conjunta UGT-CC OO en marzo de 2015¹² a la que muy pronto le ponen datos y números que evidencia los efectos de la externalización por esta vía. Así el Informe de UGT de julio del mismo año constata contenidos en materia salarial que comparados con los de los convenios de sector de las empresas principales son entre un 12,5% y hasta un 80% menores, situándose la práctica totalidad de los mismos en torno al SMI¹³.

De los datos oficiales del MT y ES parece desprenderse entre 2011 y 2013 hubo un fuerte incremento llegando prácticamente a doblarse en número los CC empresa. Aunque de la lectura conjunta de las series anuales no parece desprenderse que esa eclosión puntual pueda deberse al cambio normativo solamente porque también se incrementan los convenios de ámbito superior. Aunque la moderación en el crecimiento posterior puede tener su explicación en que el ámbito temporal tan extenso de los que se firman junto a la facilidad para mantener su vigencia ultra activa permite espaciar su renovación¹⁴. En todo caso se constata que se siguen negociando un gran número de convenios colectivos en EM hasta 2019¹⁵.

2.4. Los efectos

Como se ha comprobado, la exitosa implantación de las EM no viene determinada solo por los efectos beneficiosos (fisiológicos) de la gestión flexible de trabajadores a las necesidades cambiantes del volumen de actividad y producción (v.gr. téngase en cuenta la ductilidad satisfacción en tiempo de los incrementos puntuales de la producción en el sector de la hostelería cíclicos y variables). Las EM generan una virtualidad adicional que resulta disfuncional para unas relaciones laborales respetuosas con el trabajo decente y digno y para una competencia ordenada y leal entre empresas. La intervención de las EMs tiene una doble consecuencia negativa: generan una precariedad creciente de condiciones de trabajo a la vez que competencia desleal *con y entre* empresas que no subcontratan o que tienen un objeto social limitado a un sector concreto. En un proceso consolidado de retroalimentación y expansión acelerada, la dinámica que generan ha

11 Cava Martínez, F, Aspectos jurídicos-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios, Ed. Aranzadi, 2019, p. 212.

12 Véase en <https://www.fesmcutpv.org/cms/index.php/16-actualidad/ultimas-noticias/351-declaracion-conjunta-de-ugt-y-ccoo> : en esa declaración se decía que “la proliferación en el mercado de las empresas de externalización puede suponer el debilitamiento de las condiciones de trabajo en las empresas principales, la reducción de los derechos laborales y de los salarios, a través simplemente de la creación de mercantiles a las que se les dota de un convenio colectivo propio, inferior siempre a los salarios de los convenios del sector. De esta manera, se degradan las condiciones de trabajo, y se producen situaciones de desigualdad entre los trabajadores”.

13 UGT: Condiciones Salariales de una muestra de convenios de empresa multiservicios, julio de 2015.

14 Véase en Ministerio de Trabajo y Economía Social: series estadísticas anuales en, <https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm> (Consultado el 22 de octubre de 2021).

15 Véase Informe UGT: *Análisis de las empresas multiservicios*, 2020, p. 9, en <https://negociacioncolectiva.fesmcutg.org/wp-content/uploads/sites/49/2020/09/Ana%CC%81lis-Empresas-Multiservicios-2020.pdf>

sido calificada por los agentes sociales de *modelo pervertido* (CC OO) o de *devastador y fraudulento* que incrementa clase social de “trabajadores pobres” (UGT).

Todas estas constataciones abonan que la sombra de la sospecha recaiga sobre meras estructuras de ahorro de costes sustentadas en la degradación de condiciones de empleo y de trabajo en relación con los trabajadores de la principal y/o de la ETT que pudiera realizar esas mismas funciones. En realidad, cumplen la función de mera cobertura legal para encubrir su verdadera función de efectivo mecanismo de cesión ilícita de trabajadores al margen de la ETT impidiendo o dificultando el despliegue de los efectos prohibitivos del art. 43 ET.

De entre las formas posibles de descentralización productiva, la subcontratación a través de EM constituyen la técnica preferida y crecientemente utilizada por todo tipo de empresa. Esta dinámica está siendo posible por una razón económica. Esto es, una evidente ventaja competitiva para las empresas que optan por la externalización. Paralela a la misma y reforzando la preferencia empresarial por la EM, encontramos una razón jurídica con dos anclajes fundamentales: La regulación de la subcontratación en el art. 42 del ET que pese a su contenido cuantitativamente creciente se ha limitado establecer garantías de las obligaciones salariales y de seguridad de la contratista y a establecer derechos de información a trabajadores y representantes. Las empresas multiservicios han podido desarrollarse al amparo de un genérico art. 42 que permite a una empresa principal subcontratar actividades inherentes a su ciclo productivo sin garantía alguna de aplicación de la norma colectiva que se aplica a la empresa principal y en consecuencia sin garantizar condiciones de trabajo equiparables con los que tuvieron los trabajadores de la principal. En íntima relación con este contenido escasamente garantista, la EM no cuentan con como en el caso de las ETT con una regulación que obligue la equiparación de condiciones. Esta es la razón por la que la proliferación de las EM corre paralela a al declive de las ETT.

En resumen, por todo este entramado normativo con graves carencias regulatorias se puede sostener que facilitan o promocionan este tipo de empresas o que permiten su actuación y consiguen una mejor posición competitiva de la empresa paralela al empeoramiento de las condiciones de empleo y de trabajo.

La eclosión de las empresas multiservicios ha servido para evidenciar con mayor nitidez las carencias normativas, que han provocado el fracaso del ordenamiento laboral en el objetivo de garantizar condiciones de trabajo dignas para quienes prestan servicio en actividades contratadas o subcontratadas.

Los interlocutores sociales consientes de la gravedad de las consecuencias laborales que está teniendo la generalización de las contratación de servicios a través de las ET y que son en gran medida consecuencia de la debilidad de la legislación general, instan, aunque parcialmente, en el AENC¹⁶ a la modificación del artículo 42 del ET por entender que la regulación “los procesos de descentralización y externalización productiva, afectados a través de diferentes modelos de subcontratación, *deben ser* procesos fundamentales a la especialización productiva y *no deben ser* incentivo para una “competencia desleal entre empresas, ni un deterioro de las condiciones de empleo” sino que debe erigirse en garantía de “condiciones laborales en los procesos de descentralización productiva”.

16 Anexo al IV AENC, 2018, BOE de 18 de julio de 2018.

Entendemos que es necesaria una reforma global mucho más amplia y ambiciosa que aborde todos los aspectos normativos que facilitan el actual régimen de subcontratación a través de EM como parece se está gestando en la actualidad fruto de acuerdos entre los partidos de Gobierno actual.

3. ORDENACIÓN CONVENCIONAL DE LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS

Una vez identificadas las condiciones para la proliferación de las EM como centro del paradigma actual de la organización de la empresa, constatado su objetivo central orientado a lograr la mejora de la posición competitiva de la empresa, comprobados sus efectos perniciosos en términos de fomento de la competencia desleal y de la degradación de las condiciones de empleo y de trabajo y que el marco legal actual facilita su desarrollo y resulta insuficiente para afrontar de forma adecuada los retos que impone el trabajo en las EM así como la ausencia de una regulación específica de la EM semejante a la prevista para las ETT para evitar la aplicación a estos trabajadores de los mínimos legales, nos obliga a centrar la atención en las soluciones aportadas por la negociación colectiva como instrumentos de limitación, disciplina y de intervención equilibrada en la organización de la producción y determinación de condiciones en la EM. Hasta tanto no se cambie el conjunto del modelo normativo actual que afecta, condiciona y en gran medida ha permitido la expansión de la subcontratación a través de EM, la negociación colectiva ofrece y es, junto los pronunciamientos judiciales, el instrumento que sirve para legitimar y mantener sus efectos perniciosos pero también puede constituir un elemento adecuado para mejorar y corregir esos efectos¹⁷.

Nos disponemos en este apartado a ordenar las posibilidades de la negociación colectiva para afrontar el reto de garantizar unas condiciones de trabajo adecuadas en la EM, así como los problemas de la posible intervención normativa y de aplicación *en o para* la EM.

La múltiple actividad que puede llevar a cabo la EM y la ausencia de una regulación general aplicable no casa bien con la regulación en convenio colectivo teniendo en cuenta que la negociación colectiva se configura por sectores de actividad monolíticos, frente y dada la naturaleza extremadamente líquida, en el sentido de ser multifuncional y plegada a la demanda del cliente.

Por todo ello determinar las normas colectivas aplicables resulta difícil a la vez que de extraordinaria importancia. Puesto que, en contraste y como efecto, la insuficiencia del régimen legal someramente descrito junto a la equiparación de condiciones a que obliga el art. 11 de LLEET de los trabajadores cedidos, han llevado a la extensión e implantación de EM de forma generalizada y con efectos probados sobre las condiciones de trabajo deslizándose a la baja de forma acelerada con el corolario de erigirse en instrumento de competencia desleal entre empresas.

Pero llegados a este punto la negociación y determinación de las reglas convencionales aplicables a las EM resulta de una complejidad notable. La organización y objetivo social múltiple de las EM frente una estructura negocial pensada para un sistema industrial de producción con articulación de convenios nacidos de unidades de negociación vinculadas a sectores de producción conduce a una segregación entre trabajadores de la EM y de la empresa principal por

17 Monereo Pérez, J.L., “La subcontratación empresarial. Valoración crítica del modelo de subcontratación laboral en España”, en AA. VV. (J.L. Monereo y S. Perán, directores): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Ed. Comares, 2018, p. 257.

quedar sometidos a regulaciones convenciones diferentes. Y, teniendo en cuenta la dispersión de servicios ofertados y cambiantes, la determinación del convenio aplicable para todo el personal resulta una ardua tarea: dificultades de aplicación del convenio colectivo de la empresa principal orientado a empresas con actividades sectoriales homogéneas, negociación de convenio de EM que eluden una real tutela protectora real de los trabajadores y dificultades para elegir convenio colectivo aplicable a la EM sin convenio propio.

En general la determinación de las reglas convencionales que rigen las relaciones laborales en las EM ha sido y sigue siendo un aspecto muy problemático¹⁸. La carencia de una regulación general nos deja como opción moduladora de la fuerza mercantilista y de la dinámica perversa y a la baja que buscan y encuentran los contratos de arrendamiento de servicios la acción de los tribunales y la acción colectiva que introduzca en los convenios cláusulas de mejora y equiparación de condiciones desde un poder colectivo que actúe como efectivo y real contrapoder. Aquí se nos abre un amplio catálogo de soluciones caracterizadas por la extrema diversidad, plegadas a cada situación y difícil de sistematizar.

3.1. Aplicar/ extender a la EM el convenio que venga en aplicación a los trabajadores de la principal

En principio no les son de aplicación los C Sectorial previstos porque están negociados para sectores de actividad y empresas unifuncionales. Además, en la determinación del ámbito funcional de estos convenios, no es frecuente que incluyan a las EM.

Como hemos afirmado desde el principio, la empresa multiservicios es una empresa de servicios que se dedica a la gestión integral de servicios demandados por la empresa cliente en una relación *fluida* en el sentido de que abarcará tantos servicios como la cliente demande desde el inicio o en ampliaciones sucesiva. De forma que, en algunos supuestos, examinado su objeto social que pone de manifiesto que no hay prácticamente actividades que queden fuera del mismo. Despliega su actividad en la contrata en función de los servicios demandados que suelen ser de naturaleza muy diversas. Esta diversidad de servicios dificulta la adscripción de la misma a efectos convencionales en contraste con la tradicional empresa de servicios que pueden ser incluidas en el ámbito funcional de un convenio sectorial.

La opción por el convenio sectorial aplicable a la empresa principal, puede tener un origen diferente. De un lado, a posteriori, se aplicaría a los trabajadores de la EM el convenio sectorial o de empresa que rige en la empresa cliente como reacción ante la realidad mostrada con plasticidad de trabajadores con doble estatus protector sobre todo en supuestos en los que llevan a cabo su actividad en dependencias (centros o lugares) pertenecientes a la empresa principal y donde los poderes empresariales de dirección y control de la EM se distancian y se diluyen, y en la práctica, son ejercidos *en y por* la empresa cliente.

18 Para la identificación de los problemas que entraña la identificación del CC aplicable, véase a Rojas Rivero, G.P., “Negociación colectiva y convenio colectivo aplicable en las empresas multiservicios”, en AA. VV.: *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial y nuevas formas de trabajo (XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018)*, Cinca editores, 2018, pp. 275-315.

Así, a posteriori, se ha optado por la extensión del CC de la empresa cliente a los trabajadores de la EM. En esta tensión entre huida de la EM de las normas convencionales que rigen en la empresa principal, el esfuerzo doctrinal y jurisprudencial para determinar el CC aplicable con pretensión de reconducción a ese paraguas protector del sector de actividad no es práctica generalizada pero sí hemos encontrado algunos supuestos en los sectores de hostelería y de limpieza.

Los tribunales, de forma particular en el sector de la hostelería, han generalizado la opción por la aplicación del convenio que rige para la empresa principal al personal externalizado. Así la STSJ de Canarias de 30 de diciembre de 2019 concluye que los trabajadores de EM, si prestan servicios en régimen de contrata, deberán ser retribuidos con “arreglo a lo dispuesto en dicho sector de actividad” de hostelería.

La doctrina judicial se ha pronunciado en algún supuesto en favor del CC que rige en la E principal por aplicación del principio de “norma más favorable” respecto del Convenio colectivo de EM (STSJ Castilla-La Mancha de 22 de marzo de 2006) o por analogía con las ETT (STSJ C Valenciana de 22 de febrero de 2007).

De otro lado, no es infrecuente que los convenios sectoriales “clásicos” o de empresa incluyan en su ámbito de aplicación a las EM aunque no se mencionen expresamente. Los convenios sectoriales amplían su ámbito funcional o personal incluyendo en el convenio en el CC sectorial a las empresas multiservicios o bien garantiza que a la totalidad a trabajadores de cualquier empresa subcontratista se les aplicarán las condiciones del Convenio de la empresa principal.

De este modo todos los trabajadores que desarrollen su actividad en el centro de trabajo, cualquiera que sea su vinculación y la naturaleza de la su empresa tendrían las mismas condiciones de trabajo y empleo. Así, en el sector del metal se extiende el ámbito funcional del convenio a las empresas de servicios “incluyendo las empresas multiservicios”¹⁹.

En este sentido son varios los Convenios colectivos del sector de hostelería que incluye a las empresas multiservicios (Art. 1 del CC provincial de hostelería de Las Palmas, BOP de 17 de marzo de 2017). O el CC de la hostelería de Málaga (BOP de 23 de agosto de 2018) que incluye en su ámbito personal a “camareras de pisos, personal de restaurante, cocina y recepción, cualquiera que sea la empresa para la que presten sus servicios”. En el mismo sentido el art. 14 del CC sectorial de hostelería de la Comunidad Autónoma de Illes Balears (BOIB de 12 de julio de 2018) , además del deber de subrogación, “Las empresas que contraten o subcontraten con otros la realización de servicios correspondientes a la actividad propia del puesto de trabajo de camarera de pisos y camarero de pisos, deberán garantizar a los trabajadores afectados que serán retribuidos en las condiciones que vienen recogidas en el presente Convenio colectivo” en materia salarial, jornada y descansos. En determinados convenios sectoriales establecen “aplicación obligatoria para todas las empresas” su prioridad aplicativa de las materias tratadas en él para impedir convenios de empresa con objetivo exclusivamente devaluador de condiciones de trabajo como ocurre con las EM²⁰ fundado en la prioridad aplicativa de las materias previstas en el art. 84.2 del ET.

19 Art. 1 del Convenio Colectivo del Metal de la Provincia de Córdoba. (BOP de 02 de noviembre de 2021).

20 Art. 9 del CC estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021. (BOE de 14 de mayo de 2021) rechaza, sin mencionar a las EM, el papel destabilizador de aquellos CC de

Las dificultades de encaje jurídico y efectividad de esta opción negocial se suavizan si se introduce una cláusula en que imponga a la empresa principal que suscriba contratos mercantiles de arrendamiento de servicios con EM del siguiente tenor: “En los contratos de externalización de servicios propios correspondientes a la actividad principal de las empresas afectadas por el presente convenio colectivo se incluirá la obligación del contratista de cumplir las condiciones salariales y laborales establecidas en este convenio colectivo sectorial, sin perjuicio de respetar las más favorables que pudieran contenerse en los de ámbito inferior que les sean de aplicación”²¹. En parecidos términos la DA 7ª del Comercio textil de Barcelona (BOPB de 18 de nov de 2019) que establece el deber de “aplicación, como mínimo, las condiciones económicas previstas en el mismo, para .../... las empresas de servicios y/o multiservicios contratadas. Con una garantía de efectividad consistente en la obligación de incluirla como condición en los contratos mercantiles.

En este sentido es sugerente también la evolución que están teniendo los convenios colectivos en las sucesivas renovaciones que pasan desde un compromiso voluntarista, sin imponer la igualdad en las condiciones laborales como en disposiciones preliminares: “Los firmantes *tratarán de promover...*” del CC del Ciclo de comercio del papel y artes gráficas en su versión 2016-2018 (BOE de 6 de marzo de 2017) y la actual más contundente y comprometida en la que los firmantes “garantizarán que todas las personas trabajadoras que presten sus servicios dentro del ámbito funcional del presente Convenio, disfruten de las mismas condiciones laborales” (BOE del 14 de agosto 2020). En parecidos términos, el art. 4 del CC de actividades forestales (BOE de 11 de julio de 2019)²²; O del Convenio colectivo de transporte de mercancías por carretera de la provincia de Valencia (BOP de 3 de diciembre de 2020)²³.

En esta línea de ampliación de ámbitos hasta incluir a las EM es de destacar también el Acuerdo Interprofesional de Catalunya para los años 2018-2020 (DOGC 7 de septiembre de 2018) que incorpora nuevas recomendaciones en materia de subcontratación, incluyendo nuevas realidades como las de las empresas multiservicios²⁴.

Esta extensión la hacen de forma implícita con una redacción muy parecida en todos los supuestos: “El presente Convenio Colectivo, regulará las condiciones de trabajo de todas las

empresa que lo utilizan sólo como “elemento o fórmula para rebajar las condiciones laborales”. Comprometiéndose los firmantes a “no fomentar ni admitir las prácticas que tengan como único propósito rebajar las condiciones laborales sectoriales, en concreto, en las materias en las que el convenio de empresa tiene prioridad aplicativa”.

21 UGT: Análisis de las ..., 2020, pág. 26.

22 Literalmente: “Quedan incluidas expresamente en el ámbito de este convenio empresas y subcontratas de multiservicios y servicios auxiliares que tengan entre sus actividades la forestal, aunque no sea su actividad principal”.

23 En su art. 40: “Cuando la empresa contratista o subcontratista sea una empresa de servicios, multiservicios o de gestión integral y el objeto de la obra o servicio contratado, se corresponda con la propia actividad de la principal, a los trabajadores/as que prestan servicios en la contrata o subcontrata les será de aplicación el convenio colectivo aplicable a la empresa principal”.

24 En su Cap. V 8 establece que “Las partes negociadoras y firmantes del Acuerdo Interprofesional de Catalunya orientan a establecer como Convenio colectivo de aplicación en las empresas multiservicios subcontratadas, como mínimo, el Convenio colectivo sectorial de aplicación correspondiente a la actividad objeto de subcontratación, a partir del análisis sectorial correspondiente y su propia autonomía”. Tanto con respecto a las retribuciones como a la regulación general de las condiciones de trabajo.

empresas *cualquiera que sea la forma jurídica* que adopten, cuya *actividad aun no siendo la principal* (CC del sector de la limpieza de edificios y locales 20172020 de Tenerife, BOFPTF de 12 de julio de 2019). En parecidos términos el art. 2 del CC de la limpieza de edificios y locales de Guipuzkoa (BOG de 19 de noviembre de 2018) “...cualquiera que sea la forma jurídica [...] y realicen trabajos de limpieza de edificios y locales] aunque sea de forma parcial”.

O lo hacen con inclusión expresa de empresas de externalización incluidas las EM. Así en el CC del sector de la limpieza de edificios y locales de Valencia (BOP de 6 de marzo de 2018), que incluye en su ámbito de aplicación a las “empresas multiservicios . q u e se dediquen a la actividad de limpieza de edificios y locales”.

Por su parte el Convenio colectivo estatal del sector de hostelería podría considerarse que en la redacción de su art. 4 “Se incluyen en el sector de hostelería a las empresas, *cualquiera que sea su titularidad y objeto social*” entendemos que acoge también a las EM. Pero curiosamente esa no ha sido la voluntad de la patronal porque cuando se ha intentado por los sindicatos nombrarlas expresamente en el punto 6 de los acuerdos de modificación y prórroga del V Acuerdo Laboral de ámbito Estatal para el sector de Hostelería (ALEH), se dice que “. la parte sindical comparte su preocupación sobre las condiciones del personal de empresas multiservicios que prestan servicios en el sector de Hostelería, siendo reivindicación reiterada desde hace mucho tiempo la incorporación de previsiones en el ALEH al efecto de garantizar la aplicación de los convenios colectivos al personal de empresas de multiservicios que prestan servicios en hostelería. La patronal no considera viable su incorporación al ámbito funcional de ALEH de tales empresas, y reitera que la solución sobre la aplicación del convenio colectivo sectorial a las empresas multiservicios se encuentra en trámite parlamentario en la actualidad”²⁵.

3.2. Convenios aplicables a la empresa multiservicios sin convenio colectivo propio

En una empresa de cualquier naturaleza y objeto social que carece de verdadero convenio colectivo propio, la determinación del convenio aplicable sería técnicamente sencillo: el sectorial que resulte apropiado a la actividad desarrollada por la empresa. En la práctica es más complicado. Y en especial en las EM, la opción por uno u otro convenio la tarea se complica. La identificación del convenio aplicable se debe hacer en el momento contractual en cumplimiento de la obligación del empresario de comunicar al trabajador de determinados extremos, entre ellos “El convenio colectivo aplicable a la relación laboral, precisando los datos concretos que permitan su identificación (Art. 2.2.i del RD 1659/1998 que desarrolla el art. 8 del ET en materia de información al trabajador). Ahora bien, la aplicación de un convenio colectivo no puede quedar a la voluntad de una de las partes [TSJ Andalucía (Málaga) (Social), sec. 1ª, S 20-11-2019: la determinación del Convenio colectivo aplicable no depende de la voluntad de las partes] o de lo que se diga en el contrato de trabajo por ser una cuestión que afecta a un ámbito de la relación laboral que no está sometido a negociación entre las partes. Se ha de estar a la actividad real y principal de la empresa (STSJ Asturias (Social), sec. 1a, de 23 de junio de 2020). De esta manera, para la determinación del convenio aplicable en supuestos controvertidos habrá que acudir a la CCNCC (art. 12 del RD Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre).

25 El punto 6 de la Resolución de 19 de marzo de 2019 (BOE de 19 de marzo de 2019).

Las dificultades de negociación de un convenio de empresa real y de negociación de un convenio sectorial de EM unido a la naturaleza plural de las actividades y a que no encontramos criterios de orientación en los acuerdos interprofesionales ha dado lugar a un gran esfuerzo interpretativo de la doctrina y la jurisprudencia con múltiples pronunciamientos y de diversa naturaleza. Se abre un abanico de posibilidades para atender las situaciones dispares en cada caso en función del criterio de selección elegido.

3.2.1. No se aplica convenio

En algunos supuestos y después de buscar el convenio colectivo, se ha concluido con la inexistencia de convenio colectivo sectorial de referencia que pueda venir en aplicación.

En ocasiones en los centros de trabajo con actividades subcontratadas a través de EM, no sólo se encuentra falta de homogeneidad de las condiciones de trabajo, sino que se declara la falta de cobertura convencional para su personal. Esta situación facilita abaratar costes quedando los trabajadores fuera de la cobertura de CC en aspectos fundamentales como el salario o cláusulas de subrogación empresarial con el sólo límite de los mínimos legales. Con ello se lleva al extremo la degradación de condiciones de trabajo y es la situación querida por las EM.

Como se ha apuntado desde el principio el objetivo central de celebrar contratos de prestación de servicios con EM consiste en eludir la aplicación del convenio de la empresa principal y abaratar costes. La naturaleza de la empresa, la dispersión de centros y las dificultades de encontrar representantes en cada unidad de negociación complican la negociación colectiva. También sabemos los problemas estructurales para encontrar la actividad preponderante o las dificultades organizativas derivadas de la aplicación de varios convenios en una empresa. A ello debemos añadir que las soluciones jurisprudenciales que optan por un criterio para determinar el CC de aplicación, se limitan al supuesto de hecho concreto, pero no pueden evitar que otras muchas actividades que realizan las EM queden fuera de la cobertura convencional. Son todos obstáculos que entorpecen la identificación del convenio colectivo aplicable

Por último, en determinadas actividades realizadas por EM se ha declarado la inexistencia de CC aplicable en dictámenes de la CCNCC. Se trata de actividades realizadas por EM y que tradicionalmente han sido cubiertas por empresas de ese sector concreto y con trabajadores propios (contratados directamente) cubiertas por normas o convenios sectoriales propio de ese ámbito. Es el caso de los trabajadores contratados para control de accesos por no poder aplicarles el CC de empresas de seguridad si la EM carece de “autorización administrativa”. La CCNCC en Exp. 09/2010 concluyó que “no se tiene constancia de un convenio sectorial que pueda resultar aplicable”. En el mismo sentido el Exp. 2010/054: “Por las razones expuestas, en la reunión de la Subcomisión de la Comisión Consultiva, celebrada el 29 de junio de 2010, se acuerda por unanimidad informar que esta Comisión Consultiva no tiene constancia en la provincia de Almería de un convenio colectivo de sector aplicable a las empresas que prestan servicios de control de accesos y conserjería, sin estar habilitadas administrativamente para el ejercicio de funciones de vigilancia y seguridad”. En algunos supuestos, aplicando el principio realista concluye que en algunas actividades de la contrata le son aplicables diversos convenios colectivos mientras que en otras no encuentra convenio colectivo aplicable. Es el supuesto del dictamen de la CCNCC de 24 de abril de 2019 (Exp. 50/2018) que para el servicio “denominado de taxis” no encuentran convenio colectivo aplicable.

3.2.2. *Aplicación del CC de la actividad principal o preponderante*

En atención al principio de unidad de empresa, el criterio *clásico* consiste en aplicar el convenio colectivo correspondiente a la actividad principal de la empresa. Todas las relaciones laborales de una empresa se regularán por un único convenio colectivo (unidad de convenio) correspondiente a la actividad productiva principal y a él se vincularía otras también posibles actividades complementarias o conexas²⁶.

De acuerdo con este principio se aplicaría un único convenio a cada empresa de servicios, incluidas los multiservicios, en las que por definición la actividad principal puede coexistir con otras accesorias. La determinación de la misma se haría teniendo en cuenta elementos cuantitativos y cualitativos que concurren en las actividades de la EM como el volumen de empleo, la facturación o el número de contratos y no sólo por el su objeto social.

Esta opción estaría conforme con el criterio común de adscribir todas las relaciones laborales de la empresa a un convenio sectorial. La solución es bien sencilla. Se busca la actividad preponderante²⁷ o principal entre las varias que pueda realizar la empresa y adscribe al Convenio sectorial que tenga en su ámbito funcional esa actividad²⁸. El problema se centra precisamente en que estamos ante empresas con diversas actividades y no siempre se puede apreciar una que sea preponderante.

En efecto, esta solución fue abordada y tiene el refrendo de algunos pronunciamientos jurisprudenciales siendo la referencia de todos ellos la STS de 17 de marzo de 2015, con apoyo en otros a los que hace mención (STS de 10 de julio de 2000; de 29 de enero de 2002; de 31 de octubre 2003 y la de 31 de enero de 2008) que concluye que el convenio colectivo aplicable es el de la “actividad principal o real preponderante en la empresa”.

La empresa multiservicios demandada tenía adjudicados en la empresa cliente la realización de diversos servicios que, materialmente, podrían incluirse en convenios distintos y de lo que se trataba era de delimitar el convenio aplicable a todos los trabajadores de la empresa multiservicios que prestaban servicios en la empresa cliente. En este caso se declara que el convenio aplicable a las empresas multiservicios, que no tengan convenio propio, es el que corresponda a la actividad preponderante de la misma. En este supuesto se resuelve el recurso de casación para unificación de doctrina de una trabajadora de la EM multiservicios CLECE, S.A que presta servicio de información fuera de la empresa y piden que se aplique el CC de la limpieza. En STSJ de Madrid de 7 de febrero de 2014, resolvió a su favor considerando que habiendo reclamado las trabajadoras la aplicación del convenio colectivo de limpieza, y encontrándose esta actividad entre las desempeñadas por la empresa, aunque no se correspondiera con el tipo de trabajo desempeñado por las demandantes, debía estimarse la pretensión de la aplicación del mencionado convenio del

26 Véase el Fj tercero de la STS de 17 de abril de 2018: Ante diversidad de convenios colectivos aplicables debe “estarse a la actividad real y principal de la empresa”.

27 En el CC Convenio Colectivo de la Industria, la Tecnología y los Servicios del sector del Metal de la Provincia de Huesca (BOP de 28 de abril 2021) siguiendo la jurisprudencia del TS, define que sea la actividad principal como “la prevalente o preponderante dentro de un ciclo único de hacer empresarial, bajo una misma forma jurídica y estructura unitaria”.

28 Vid. ESTEVE-SEGARRA, A.: Externalización..., p. 158.

Sector de la Limpieza de Edificios y Locales que es la actividad principal, real o preponderante a la que se dedica la EM.

Para la determinación de la actividad real preponderante habrá que tener en cuenta principalmente como indicios de la misma y valorarse conjuntamente, “la actividad organizativa, productiva y económica de la empresa” (fj tercero de la STS de 20 de enero de 2009).

La existencia de varios CC aplicables a una empresa, obliga a tener en cuenta la actividad real desarrollada por la empresa, identificada no sólo por el objeto social puesto que podría ser cambiante, sino en función de varios factores objetivos concurrentes en la realidad como el predominio de contratos y trabajadores empleados en esa actividad frente a otras actividades secundarias o complementarias, la facturación o el valor del producto dominante²⁹.

Ahora bien, el principal problema que nos plantea es aplicar este criterio a una empresa con actividades todas ellas principales por definición. Aplicar un único convenio colectivo a todas las actividades de la empresa obliga a determinar la actividad *preponderante* entre todas ellas, pero cuando todas ellas son distintas, heterogéneas independientes, no puede determinarse la actividad preponderante puesto que son varios los sectores a los que se adscriben, son independientes y cambiantes en volumen y facturación en cuanto que están ligados a la dinámica de los contratos de servicios que les vinculan con las empresas principales. De aplicar el principio de actividad preponderante a una EM con contratos en materia de, por ejemplo, *control de accesos, limpieza, mensajería, mantenimiento de edificios, jardinería, transporte, atención telefónica a clientes*, siendo preponderante uno de ellos se aplicaría un único convenio a todas las actividades. A ello habría que añadir la incertidumbre provoca la posible disminución o aumento de contratos en otros sectores y, en consecuencia, cambiar el convenio colectivo aplicable a la, ahora, actividad preponderante.

En este contexto se ubica la STS 17 de marzo de 2015, en la que estableció que en el supuesto de empresas multiservicios, se aplicaría el convenio colectivo de la actividad preponderante. Ahora bien, en el caso concreto la cuestión no se centraba en determinar un CC entre varios posibles

29 El fj tercero 2. de la STS de 6 de abril de 2017 para el supuesto de hecho de una empresa dedicada a la explotación, y comercialización de carburante en estaciones de servicios que desarrolla otras actividades en las tiendas, con remisión a diversas sentencias del TS, “examinan la cuestión referente al convenio aplicable a una empresa dedicada a la explotación y comercialización de carburantes en estaciones de servicio de alta calidad en la que existen también “tiendas de conveniencia”, resolviendo la primera de dichas sentencias que el convenio colectivo aplicable es el Estatal de Estaciones de Servicio y no el de Comercio Vario y la segunda que el nuevo convenio “Primer Convenio Colectivo de ámbito Sectorial Estatal de las Cadenas de Tiendas de Conveniencia 2000 y 2001 “En su párrafo quinto del punto 2º del artículo 2º, no invade el Convenio Colectivo Estatal de Estaciones de Servicio. En la primera de dichas sentencias se contiene el siguiente razonamiento: “Para la determinación acerca de cuál de los dos convenios resulta aplicable a la empresa demandada y a sus trabajadores, ha seguido la Sala de instancia el criterio de inclinarse en pro de la actividad real preponderante de dicha empresa, a la vista de los hechos probados, conforme a los cuales aparece con la suficiente claridad que la actividad preponderante de GESPEVESA consiste en gestionar la comercialización de carburantes en una red de estaciones de servicio de alta calidad, con “tiendas de conveniencia” que cumplen la función de atender a una demanda específica de los consumidores, ofreciéndoles una gran variedad de artículos en venta, y también determinados servicios, tales como pequeñas cafeterías, lavado automático de vehículos, máquinas de aspirado, teléfono público, fotocopias, fax, Internet, envío de flores, etc., pero predominando claramente la actividad y los ingresos obtenidos por la venta de carburantes sobre los relativos a las tiendas, de tal manera que la conclusión obtenida en orden a la aplicabilidad del convenio estatal de estaciones de servicio, y no el del Comercio Vario de la Comunidad de Madrid fue la correcta”.

puesto que la demanda interpuesta por los trabajadores señaló un convenio colectivo que debería aplicarse en función de la actividad de los demandantes y no se desacreditó que fuera otra la actividad predominante de la empresa ni que existiera otro convenio colectivo que viniera en aplicación.

La aplicación del CC de la actividad preponderante estaría plenamente justificado cuando las restantes actividades que desarrolla la empresa multiservicios carecen de un convenio sectorial específico³⁰. Sentencias posteriores que hacen mención a la de referencia así lo señalan “En este caso se trataba de una empresa multiservicios en que las restantes actividades que desarrollaba carecían de un convenio sectorial específico”.³¹

Pero inmediatamente aparecieron controversias resueltas en suplicación por los TSJ que optan por la aplicación del principio de especialidad de las tareas efectivamente relocalizadas. Criterio que se acomoda mejor a una realidad de empresas con objeto múltiple y variadas actividades resultando indeterminable cual sería la “actividad preponderante” que en todo caso sería mudable y cambiante en función de los tipos de servicios prestados. Entre otros la STSJ de Castilla-La Mancha 117/2019 de 25 de enero que se aparta del criterio de la STS de 2015 de se decantan por el criterio de la especificidad. La propia sentencia señala *tampoco resulta desproporcionado* que teniendo en cuenta la los informes de la CCNCC que se establezca en tales casos la aplicación de *tantos convenios colectivos como actividades* distintas realicen los trabajadores subcontratados.

3.2.3. El convenio colectivo de la concreta actividad realizada

La tercera opción posible para la adopción del convenio colectivo aplicable consiste en aplicar el convenio colectivo sectorial correspondiente a la actividad concreta que llevan a cabo los trabajadores que no necesariamente coincidirá con la actividad preponderante ni con el convenio colectivo aplicado en la principal. No se aplicará un único convenio colectivo a la empresa multiservicios (principio de unidad de empresa) sino tantos convenios sectoriales como como actividades sean objeto de contrata de servicios mercantil. Pueden ser múltiples convenios con los problemas de gestión que entraña. Las condiciones de trabajo no se equiparan con las de los trabajadores de la principal sino con los demás trabajadores y empresas del sector al que se inscriban las actividades contratadas.

Todos los trabajadores de la EM, cualquiera que fuera la actividad a desarrollar tendrían un convenio sectorial de referencia con la consecuencia inmediata de que no se evita el agravio con los trabajadores de la principal que van a ser evidentes sobre todo en casos de EM desmaterializadas y pocas necesidades organizativas.

El principio de especialidad aplicado a las empresas multiservicios, se puede concretar en síntesis que, como cualquier otra empresa, será de aplicación prioritaria el convenio colectivo de empresa. Si no lo hubiere, el convenio colectivo sectorial de aplicación a la EM. Y, en su defecto,

³⁰ Vid. Fj segundo 4 de la STS de 10 de julio de 2000: después de afirmar (citando otras sentencias) que el objeto social no es definidor de la actividad de la empresa, aunque podría influir en el ánimo mercantil de contratación por la confianza que puede generar en terceros. En el interior de la empresa lo relevante es “la actividad real”. En definitiva, en el caso que le ocupa “lo determinante -dentro de la múltiple realidad del objeto social escriturado- para determinar el Convenio estatal o provincial aplicable, será la *actividad real preponderante*, a cuyo efecto habrá de valorarse, principalmente, la actividad organizativa, productiva y económica de la empresa”.

³¹ Vid. Fj tercero de la STSJ de Asturias de 18 de octubre de 2019.

tantos convenios colectivos sectoriales como actividades desarrolla la EM. Uno por cada actividad objeto de contrata en la que se empleen trabajadores de la EM: “se deberán aplicar tantos convenios colectivos sectoriales como actividades principales desarrolla, esto es, uno para cada actividad objeto de la contrata en la que están empleados sus trabajadores”³².

Es, además, la opción que mejor encaja con el principio de igualdad y tampoco se afecta a la competencia en el mercado de trabajo pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador. Esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios. Se entiende que es el parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios que es difícil de determinar y sostener por lo cambiante de los contratos mercantiles que se puedan realizar y que una vez determinada, puede que nada tenga que ver con la actividad realmente desempeñada por los trabajadores en cada caso concreto. En el mismo sentido la STSJ Illes Balears (Social) de 12 julio de 2021 (EDJ 2021/677653) y STSJ Andalucía (Granada) (Social) de 29 abril de 2021 (EDJ 2021/637098)

Precisamente la STS 438/2020, de 11 de junio, que confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 12/2018, de 23 de octubre³³, sostiene que en la determinación del convenio aplicable, en ausencia de convenio propio de empresa multiservicios, no es el que se ha venido utilizando habitualmente (el de la actividad prevalente de la empresa), sino el propio de la actividad efectivamente realizada por la persona trabajadora, “criterio realista”, que justifica su adopción en que con esta solución “no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador; esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios”³⁴ El criterio aplicar para determinar el CC de aplicación se mantiene en jurisprudencia posterior en los mismos términos: es el de “la real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores” y es el “parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante”³⁵.

Solución adecuada y acorde con principios de igualdad y que evita las disfunciones y dificultades que provoca la aplicación de la actividad preponderante y que básicamente se centran en la dificultad para hallar esa actividad en empresas multiservicios y que, una vez determinada, somete a trabajadores en actividades absolutamente ajenas a la elegida a una normativa extraña y *ajena* a su actividad.

En este sentido, el III AINC no se ocupa de la problemática de la negociación colectiva *en o para* las empresas multiservicios. Solo refuerza el cumplimiento de los deberes de información y la responsabilidad solidaria declarando la necesidad de que la “la negociación colectiva contribuya a facilitar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42 del ET”.

32 Véase el FJ tercero de la TSJ Andalucía (Sevilla) (Social), sec. 1ª, de 20 de noviembre de 2014.

33 Miñarro Yanini, M., “Determinación del Convenio colectivo aplicable al personal de empresas multiservicios sin convenio propio: (al fin) la realidad supera la ficción”. Comentario STS 438/2020 de 11 de junio, RTSS-CEF núm. 451/2020, pp. 232 ss

34 Véase Fj cuarto de las STS 438/2020, de 11 de junio.

35 Véase Fj tercero de la STSJ ILLES B de 12 de julio de 2021.

De esta cuestión sí se ocupa el Acuerdo Interprofesional para Cataluña, único en su género que lo hace. El acuerdo parece apuntar al criterio de actividad específicamente desarrollada. Dedicó un amplio capítulo V a la subcontratación a través de las empresas multiservicio atendiendo especialmente a las cuestiones preventivas. Pero también, y por lo que ahora nos ocupa, insta a las partes a establecer como convenio sectorial de aplicación en la determinación de las condiciones de trabajo “el Convenio colectivo sectorial de aplicación correspondiente a la actividad objeto de subcontratación”³⁶.

También es el criterio de la mayoría de los informes que sobre la materia a emitido la CCNCC. Así en el Expediente núm. 2009/0066, la empresa E. M. S., S.L realiza para la empresa principal diversos servicios consistentes en limpieza y mantenimiento de edificios, servicios de conserjería y servicios de carácter administrativo determina que, “ante la ausencia de un convenio colectivo sectorial que pueda resultar aplicable a las empresas de gestión integral de servicios” y teniendo en cuenta los distintos ámbitos funcionales que cubren los servicios que ofrece, le serán de aplicación convenios sectoriales.

En el mismo sentido, entre otras, las consultas nº 07/2016, 74/2016 y 35/2017: “Teniendo en cuenta el carácter multiservicios de la empresa objeto de consulta, debemos recordar el criterio seguido por la CCNCC en relación con este tipo de empresas, ante la ausencia de convenio propio, se han de emplear aquellos convenios colectivos que resulten de aplicación a cada actividad concreta prestada por la empresa en cada servicio o contrata, siempre y cuando no exista una actividad claramente principal o de la cual las demás sean subordinadas, aplicando de esta manera el principio de especialidad”. Más reciente [Dictamen de la CCNCC de 24 de abril de 2019 (Expediente 50/2018)]. Se trataba de una empresa multiservicios que contrata “servicios de grúa, mudanzas y ayuda al pasajero en los servicios de taxi”. En su dictamen concluye que le son aplicables varios convenios colectivos, incluso que para el servicio “denominado de taxis” no encuentran servicios convenio aplicable. Más explícito es en Dictamen de 21 febrero de 2018: “El convenio colectivo de aplicación a las empresas multiservicios se define a través del criterio de especialidad; aplicando tantos convenios como actividades se desarrollen, siempre y cuando no exista un convenio propio de empresa ni exista actividad claramente principal sobre las demás”.

En definitiva, la doctrina de la sentencia de 11 de junio de 2020 que ha sido reiterada con posterioridad y que se mantiene en la actualidad, se puede sintetizar: “... ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la EM demandada, las relaciones laborales quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata”. Es decir que se debe aplicar a cada trabajador el convenio sectorial de la de la verdadera y real actividad que en cada momento desempeñen los trabajadores en la empresa cliente por ser este el “parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de actividad preponderante”. Razonamiento que se reproduce literalmente en la generalidad de las sentencias posteriores que se ocupan de esta problemática³⁷.

³⁶ Véase el Capítulo V del Acuerdo Interprofesional de Cataluña, DOGC de 5 de noviembre de 2018.

³⁷ Véanse, entre otras, Fj tercero de la TSJ Madrid (Social), sec. 3ª, de 28 de mayo de 2021; STSJ de Andalucía (Sevilla) de 24 de mayo de 2021; STSJ de Navarra de 11 de marzo de 2021; STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2021; STSJ Illes Balears (Social) de 12 julio de 2021; STSJ Andalucía (Granada) de 29 abril de 2021.

Ahora bien, la adopción de este criterio no podrá ser extendido de forma general a todos los supuestos. Téngase en cuenta que este principio puede provocar una fragmentación extrema a de las normas aplicables en cada empresa lo que puede resultar incómodo y dificultoso para la gestión empresarial puesto que da lugar a aplicar tantos convenios colectivos como actividades distintas se realizan por la EM. De otro lado, la adopción del criterio realista no sustituye siempre ni impide seguir aplicando en el futuro el criterio de la actividad preponderante ya que como dice la sentencia del TS sobre el supuesto de hecho de la misma “... no estamos ante un supuesto idéntico al que se contempló en nuestra STS de 17 de marzo de 2015”.

3.3. El convenio colectivo de empresa

La negociación en el ámbito de la empresa es una unidad razonable y deseable por la simplificación de la gestión y la evitación de la aplicación de diversos convenios sectoriales. Incluso en algunos supuestos el Convenio empresarial se erige en última y única norma aplicable remitiendo a la legislación general como norma supletoria y no hace referencia a normas sectoriales.

Pero la negociación a nivel de empresa no está exenta de dificultades que se acrecientan para la EM. Estas dificultades están referidas, de un lado, e a la escasa presencia de órganos de representación tanto sindical como unitaria en estas empresas. En las EM, por su naturaleza, emplean un personal heterogéneo, en muchos casos con contratos temporales plegados a la contrata con la E. principal, en el sector servicios tradicionalmente poco sindicalizado que unido a la dispersión de centros, el tamaño de los mismos, no siendo infrecuente el trabajo en centros y lugares de la principal, disgregados. Son todas ellas realidades poco propicias a la aglutinación de intereses comunes y creación de órganos de representación. De otro lado, la representación unitaria no sindicalizada, a veces elegida *ad hoc* como después e verá y con un propósito de defensa de intereses dudoso y sobre la que recae la sombra de la duda. Otra dificultad añadida es la determinación del ámbito funcional del convenio que obliga a una descripción pormenorizada de actividades³⁸.

Nos encontramos con frecuentemente con una representación unitaria construida, plegada en ocasiones a intereses empresariales y escasamente sindicalizada que negocia en realidades empresariales y centros de trabajo como ámbitos de negociación desarmonizados o distorsionados que acuerdan convenios manifiestamente desequilibrados y tendencialmente escorado a intereses empresariales. A todo ello se le suma la preferencia aplicativa legal de este tipo de convenios en materias cruciales como el salario, el horario o las horas extraordinarias.

Pese a ello es indudable el interés por este ámbito negocial a juzgar por el número de convenios. La proliferación de Convenios de EM encuentra explicación en las posibilidades que ofrece para obtener ventajas competitivas. En las posibilidades que brinda su contenido, se ha encontrado una estrategia idónea para la devaluación de las condiciones de trabajo y empleo la consiguiente y fácil ventaja competitiva de las empresas. Esta centralidad del CCE se logra por diversas cauces facilitados por una legislación laboral no pensada para este tipo de empresas.

En primer lugar, la facilidad de negociación de convenios de empresas por la representación unitaria.

³⁸ Véase el art. 2 del CC Convenio colectivo de Expertus Multiservicios, SA, BOE de 2 de septiembre de 2016.

Junto a ello la complejidad que plantea el sistema negocial en las empresas multiservicios que precisamente por la propia naturaleza plural de sus actividades dificulta adscribir laboralmente este «sector» a uno de los tradicionales de actividad y a los convenios sectoriales que pliegan su ámbito funcional a esos sectores.

De otro, no existe una norma semejante a la prevista para las ETT en el art. 11 de la Ley que regule esta realidad funcional y que, entre otras funciones, equipare condiciones de trabajo.

Por último, y principal cauce impulsor se produce a partir de la reforma de 2012 que implanta el principio prioridad aplicativa del convenio de empresa en concurrencia conflictiva con el convenio de sector del art. 84.2 ET. Con ello se consigue de forma explícita o implícita desplazar al CC de sector que pueda venir en aplicación³⁹.

La facilidad de negociación de un CC de EM y la proliferación de la misma tendencialmente orientada a conseguir la ventaja competitiva de la principal que se alcanza con el empeoramiento de las condiciones de trabajo en las EM y que se instrumenta a través de la “huida de las de las estructuras de la negociación colectiva sectorial” y la negociación de *pseudo* convenios colectivos de empresa faltos de legitimación inicial de los negociadores con un resultado no apto para equilibrar los interés de empresarios y trabajadores. En este contexto convencional, la vía preferente de contención de la proliferación de CC de EM ha consistido en la impugnación y declaración de nulidad de los mismos y en el consenso sindical de apoyar convenios de empresa que mejoren condiciones de la regulación convencional de referencia a la espera de una reforma del marco legal de la acción colectiva⁴⁰.

En este sentido la acción de los sindicatos impugnando el convenio por falta de legitimación de los negociadores para negociar un Convenio de empresa ha sido determinante. Los sindicatos han impugnado muchos de ellos con resultado notable dado el número de convenios declarados nulos por falta de correspondencia entre el ámbito del convenio y el ámbito de elección de los representantes que lo han negociado⁴¹.

Ante la realidad empresarial de organización en centros de trabajo con escaso número de trabajadores y la dificultad para articular una representación unitaria en los mismos (mucho menos sindical), la práctica negociadora que se ha seguido consiste en tratar de extender a toda la empresa con varios centros los convenios negociados con la representación legal de los trabajadores en uno de ellos. Los convenios que fueron impugnados en base a la quiebra del “principio de correspondencia” que exige al sujeto un ámbito de representación que alcance hasta el ámbito territorial de negociación y posterior de aplicación del convenio. De esta forma, la representación de un centro no está legitimada para negociar un convenio de empresa (V.gr. fj 3) de la STS de 13 de febrero de 2018)⁴² y el CC colectivo así negociado deviene nulo sin que

39 Con alguna excepción notable como en el art. 3 del CC da Acciona multiservicios (BOE de 18 de

40 octubre de 2013) que se aplica a los trabajadores que realizan “todo tipo de servicios integrales .../... con exclusión expresa de aquellas actividades que estén reguladas por un convenio sectorial específico”.

41 Entre otros muchos, la SAN (social) de 17 de noviembre de 2015 que declaró nulo el CC de CI-TIUS OURSOURCING ENTERPRISE, SL: “Los representantes de varios centros sólo están legitimados, en aplicación del principio de correspondencia regulado en el art. 87.1 ET, para negociar un convenio de ese o esos centro de trabajo, aunque no haya representantes de los demás centros, por cuanto los trabajadores de dichos centros no eligieron a los representantes del centro que si celebró elecciones sindicales”.

42 UGT lidera la impugnación de convenios de EM obteniendo un pronunciamiento favorable una su práctica totalidad (Véase en su Informe sobre Empresas multiservicios o cómo precarizar el empleo de

sea posible mantener su vigencia parcial para los centros cuya representación legal hubiera negociado y sin que sea posible a subsanación del mismo que en todo caso “requerirá nuevo proceso negociador” (Fj Quinto de la SAN 1520/2015 de 4 de mayo) . Ni pueden contener reglas de imposición a trabajadores de centros que se creen en el futuro puesto que no pudieron intervenir en la negociación del mismo (Fj segundo 3 de la STS de 10 de junio de 2015).

Pues bien, a pesar de constatar las dificultades de negociación de convenios colectivos de empresa, de los esfuerzos de neutralización sustentada en importantes déficit de legitimación que se evidencia en la nulidad de muchos de ellos y del duro rechazo sindical a la negociación en este ámbito, se constata la proliferación de los mismos por las indudables ventajas empresariales sustentadas en una degradación de condiciones de trabajo facilitada y sostenida por la singular dinámica negociadora en ámbito empresarial y la aplicación prioritaria de las condiciones fijadas en ese nivel de negociación que se configura con caracteres y pautas comunes que muestran una realidad preocupante en términos de igualdad de condiciones laborales.

Los convenios colectivos de empresa se protegen a sí mismos con fórmulas excluyentes declarando su prioridad aplicativa frente al convenio sectorial y con remisión explícita, en lo no previsto en su convenio, a los mínimos de la legislación general⁴³. A veces de manera contradictoria remite a las normas legales en lo no previsto en el CC de empresa para finalizar diciendo que “Los pactos contenidos en este convenio serán de preferente aplicación sobre cualquier otra disposición legal de carácter general reguladores de la materia”⁴⁴.

En otras ocasiones afirman directamente la inexistencia de convenio colectivo sectorial y por tanto declaran como derecho supletorio a las normas legales. Así suelen establecer una cláusula específica del tenor “En lo no regulado por el presente Convenio Colectivo, y dada la no existencia de convenio colectivo sectorial de referencia por la actividad de la empresa , se estará lo dispuesto en las normas legales de carácter general vigentes en cada momento”⁴⁵. Aunque tal declaración de inexistencia de convenio colectivo aplicable “resulta una manifestación meramente voluntarista”⁴⁶. En el mismo sentido el art. 51 del CC de CRIT Procesos Auxiliares, SL. (BOE de 31 de enero de 2018); El art. 47 CC de External Crew, SL (BOE de 25 de junio de 2020); O, en art. 71 del CC Convenio Colectivo del Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU, (BOE 31 de Mayo de 2018)⁴⁷.

2016 e Informe Análisis de las empresas multiservicios, 2020) impugnado muchos convenios de empresas multiservicios. Obteniendo en muchos de ellos pronunciamientos favorables que declaran la nulidad de los citados convenios por vulneración del principio de correspondencia de los sujetos negociadores en relación con los ámbitos del convenio.

43 Art. 44 del CC Convenio colectivo de Umamo Servicios Integrales (BOE de 6 de agosto de 2012): “En lo no previsto en los apartados anteriores se aplicará lo establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, así como en las normas de desarrollo y concordantes”

44 Art. 25 del CC de la entidad “MULTISERVICIOS VERDE SUÁREZ, S.L.” para los años 2015-2020 (BO P Las Palmas (30 de diciembre 2016). DA segunda del CC Acciona Multiservicios, SA (BOE de 18 de octubre de 2018).

45 Art. 72 del CC de Umamo Servicios Integrales S.L.U. (BOE de 6 de agosto de 2012).

46 Véase el. Fj segundo de la STSJ Castilla-La Mancha (Social) de 13 noviembre de 2015.

47 En todos ellos se declara que “En lo no regulado por el presente Convenio Colectivo, y dada la no existencia de Convenio colectivo sectorial de referencia por la actividad de la empresa, se estará a lo dispuesto en las normas legales de carácter general vigentes en cada momento”.

La práctica negocial en este ámbito nos brinda supuestos ejemplares de lo dicho respecto a convenios de empresa y con contenidos muy similares entres sí de forma que se pueden apreciar unos caracteres comunes a los mismos que revelan su atractivo como técnica de organización del trabajo exitosa.

A mi entender es paradigmático el CC de la empresa CICUE servicios auxiliares, SL (BOP de 29 de septiembre de 2016). En síntesis, sin pretensión de exhaustividad pero sí ilustrativo, haciendo un recorrido por su contenido encontramos que alcanza a todos los centros de trabajo presentes y futuros; Su periodo de vigencia es muy extenso (4,5 años) pese a ello mantiene congelado el salario durante casi un lustro; Retribución que ronda el SMI de la fecha de negociación, con un incremento por hora nocturna de 0,10 €; mantenido la vigencia de las cláusulas normativas evitando la previsión del art. 86.3 del ET de acudir al CC de ámbito superior; Negociación y redacción apresurada con expresiones como: “casos legalmente establecido por la ley”; Jornada de 1826 h, distribución irregular de lunes a domingo; no establece cláusulas de subrogación; negociado por la representación legal de tres delegados de personal; para regular los descansos se remite al ordenamiento laboral sin mencionar convenio sectorial como en otras materias como en la contratación. En parecidos términos y condiciones de empleo y de trabajo el CC Colectivo de la empresa Altocu Servicios Integrales, S.L (BOP Sevilla de 25 de abril de 2018): representación unitaria; ámbito de vigencia desde 2018 a 2024; Se utilizarán “fundamentalmente los contratos de trabajo de duración determinada”; realiza una simple enumeración algunos de los derechos de los trabajadores que no añade nada a la legislación general; distribución irregular de la jornada de 40 h hasta el límite legal; En cuanto a los horarios de trabajo: “los horarios de trabajo se ajustarán a las necesidades de cada cliente”; Compensación de gastos muy deficientes como por ejemplo gastos de desplazamiento si el centro esté situado a más de 30 Km percibirán una cantidad mensual de 10 € o que la revisión salarial se hará sólo en el supuesto de CC de ámbito superior; Y, en fin, no remite expresamente a la legislación general como derecho supletorio pero sí al ET.

Los convenios descritos y analizados nos permiten concretar determinadas características presentes en los mismos: Negociación por la representación unitaria presumiblemente no sindicalizada dada la dificultad estructural para su implantación; regulación omnicompreensiva sin remisión alguna a convenio sectorial y remisión supletoria al ordenamiento laboral común; jornadas de trabajo en máximos legales y con distribución extremadamente flexible; escalas salariales muy próximas a los mínimos legales interprofesionales; No suelen contener cláusulas de subrogación; Precarización del empleo con el recurso a la contratación temporal, de hecho exclusiva en algunos supuestos ; Y, en fin, un ámbito temporal llamativamente dilatado y sin “amenaza” (aquí parece que ventaja) de acudir al convenio sectorial finalizada su vigencia (art. 86.3 ET)⁴⁸.

3.4. Convenio Colectivo sectorial de las empresas multiservicios

La negociación colectiva sectorial está resultado dificultada por motivos que se pueden agrupar entorno a la propia naturaleza plural de la EM en relación con una estructura negocial sectorial en todos los niveles territoriales ligada a sectores identificados por la naturaleza de su actividad. Estas circunstancias (naturaleza diversa de su objeto social y estructura negocial sectorializada), dificultan y condicionan la superación futura de esta situación de ausencia de convenio sectorial.

48 Cavas Martínez, F: *Aspectos jurídico-laborales...* “; 2019, pp. 128-131.

No encontramos convenio sectorial que regule de forma homogénea las relaciones laborales de los trabajadores contratados en EM por no realizarse en las mismas una actividad sino varias pertenecientes a diversos sectores. A esta falta de convenio ha contribuido, sin duda, una regulación colectiva concebida tradicionalmente como protectora de los derechos de los trabajadores, que choca frontalmente con los intereses patronales en este tipo de empresas, que buscarían costes laborales bajos.

No es frecuente encontrar convenios específicos con ámbito funcional referido a EM. Sí se abren camino algunos convenios para “subsectores” que llevan a cabo varios servicios *auxiliares complementarios a seguridad* y a las personas trabajadoras que prestan servicios en tal sector de actividad, el cual se encuentra perfectamente definido en el ámbito funcional⁴⁹ aunque para dotar de identidad propia a una actividad múltiple y expulsar a otras empresa provocan un deterioro de condiciones de trabajo. En el mismo sentido encontramos un convenio autonómico de servicios auxiliares para empresas con actividades de celaduría, conserjería, portería, recepción y control del tránsito o atención e información a terceros⁵⁰.

También en el subsector de contratas ferroviarias que aglutina a todas las empresas subcontratistas de los diferentes servicios (panel de actividades muy extenso descrito en art. 2) de un sector como es el caso de los CC de contratas ferroviarias de 22 de febrero de 2018 (BOE de 6 de marzo) que establecen condiciones de trabajo en “las empresas de contratas de servicios ferroviarios en los distintos sectores”.

Indirectamente se favorece el impulso convenios en este sector si nos atenemos a los contenidos de la Ley 9/20017, de 8 de noviembre de, de contrataos del sector público en cuanto que condiciona los contratos a la ponderación de un valor de los mismos que incluyan los costes derivados de la normativa laboral, concretada y reiterada en varios artículos, en “convenios colectivos sectoriales de aplicación” o “cumpliendo los CC sectoriales vigentes”. Estas previsiones legales condicionan el acceso de cualquier empresa incluidas las EM, tengan o no CC de empresa a que mantengan como mínimo los estándares de los convenios sectoriales. De otro lado impulsan la negociación de convenios sectoriales de EM puesto que, si bien esta Ley se refiere a “convenios colectivos aplicables en el “lugar de presentación”, esto es, para la empresa principal, entiendo que pueden incluirse también los CC sectoriales de empresas de servicios.

3.5. Equiparar condiciones, prohibir o limitar el recurso a estas empresas

Ante la falta de efectividad y dificultades de implantación de órganos de representación colectiva en la empresa multiservicios y su consecuente dificultad para negociar convenios colectivos sectoriales o de empresa reales y garantistas y, para evitar el problema de determinación a posteriori del CC aplicable a los trabajadores subcontratados, resulta relevante la inclusión en CC sectoriales o de empresa principal de condiciones moduladoras de los efectos negativos de la contratación de EM. Pero lo cierto es que, pese a las posibilidades, la intervención en esta materia no es muy relevante.

49 Así el art. 3 del CC Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones (BOE de 17 de septiembre de 2021).

50 Véase el art. 1 del II CC sector Servicios Auxiliares de Navarra (BOP Navarra de 16 de abril de 2014).

– Aun así, encontramos convenios colectivos de sector que contienen determinadas reglas que son relevantes al objetivo de superar situaciones de agravio entre trabajadores de ambas empresas. En primer lugar, reglas dirigidas a limitar o incluso *prohibir la subcontratación* de EM. Técnica de implantación no generalizada por el rechazo empresarial a prescindir de un recurso organizativo atractivo y por el dudoso encaje en un sistema de libertad de la empresa para organizar sus procesos productivos. La prohibición de realizar contrataciones con EM puede ser ilegal por afectar al principio de libertad de empresa. Mejor opción es la creación de convenios colectivos de ese sector que amplíen el ámbito funcional y que afecten a las EM⁵¹.

En este sentido, el CC del Sector de hostelería de Tenerife (BOP de 13 de febrero de 2019), contiene una regulación muy precisa que desglosa servicios que las empresas del sector tienen prohibido subcontratar y servicios que por su especialidad pueden ser susceptibles de contratación⁵².

En otros supuestos se veta la entrada de EM y se explica la razón de la misma con *cláusulas previsión* frente a inclinación de empresas a contratar la prestación de servicios con empresas en los términos: “No se podrán contratar labores agrícolas a empresas de servicios cuya única aportación a la empresa contratante sea la mano de obra, y la dirección, maquinaria y utillaje empleado por los trabajadores/as sea de la empresa contratante”. En realidad en estos supuestos es que se estaría rozando la cesión ilegal de trabajadores puesto que la EM se muestra desmaterializada y cuyo poder de dirección aparece diluido⁵³.

En algunos supuestos el Convenio de Empresa impone una autolimitación permitiendo sólo un uso restrictivo de la subcontratación y de la contratación temporal [Art. 25.4 del CC de Iberdrola, BOE de 26 de septiembre de 2017]. La DA tercera del III CC para el grupo de empresa de Abertis Autopistas (BOE de 5 de febrero de 2021)].

– Sólo derechos de información. Otros convenios se limitan a reforzar o reiterar las obligaciones en materia de Seguridad Social y las de información previstas en el art. 42 ET frente a los representantes de los trabajadores mediante el requerimiento de los “documentos de cotización”⁵⁴. En el caso de que la empresa decida realizar una subcontrata “incluidas las empresas multiservicios, se limita a imponer obligaciones de información además de la legales comprendidas en el art. 64 ET”⁵⁵.

– Cláusulas de equiparación en determinadas condiciones mínimas. Podemos encontrar también reglas de equiparación absoluta, atribuyendo los mismos derechos que tienen los trabajadores del sector de actividad en que prestan servicios. O cláusulas que extienden sólo las condiciones de trabajo de naturaleza económica.

Esta solución tiene gran interés porque sin necesidad de imposición legal se llega a un resultado equivalente al establecido en el art. 11 de la Ley de ETT pero con problemas de

51 Monereo Pérez, J.L.: “La subcontratación empresarial”, 2018, p. 360.

52 Véase el art. 18 del CC o del sector de Hostelería de la provincia de Santa Cruz de Tenerife (BOPT de 13 de febrero de 2019).

53 Véase el art. 45 del CC Agrícola de la Provincia de Huesca (BOP de 21 de octubre de 2020)

54 Véanse los artículos 45 y 46 del CC Agrícola de la Provincia de Huesca (BOP de 21 de octubre de 2020)

55 Véase el art. 9 del CC Accepta Servicios Integrales, SLU (BOE 30 de julio de 2020).

realización práctica. No se trata de incluir en su ámbito funcional a las EM pero sí de que tengan efectos *en o para* esas empresas que se ven compelidas a cumplir unas obligaciones en cuyo pacto no han participado. Este obstáculo se puede salvar imponiendo a la empresa principal suscribir ese compromiso en los contratos mercantiles o administrativos⁵⁶.

Son convenios de aplicación a todas las actividades o a algunas de ellas para las que es frecuente acudir a empresas de servicios. Sus “condiciones económicas y laborales” ase extienden al personal externalizado “cualquiera que sea la empresa” a la que pertenezcan [art. 1 de CC de la hostelería de Huelva, BOP de 30 de agosto de 2018; En el mismo sentido el CC para las industrias de hostelería de Granada y provincia (BOP de 11 de mayo de 2018)]. En el sector de hostelería es frecuente la equiparación para “las camareras de pisos”. Colectivo sobre el que se ha pronunciado la jurisprudencia en favor de la equiparación de condiciones económicas con los convenios de hostelería. En alguna ocasión se especifica que se “.incluirán en el contrato que lo sustente la obligación del contratista o subcontratista de respetar las condiciones del presente convenio” [art. 3. Convenio Colectivo para el sector de la Hostelería de la Provincia de Jaén 2020-2022. BOP 18 de noviembre)].

En otros casos los trabajadores de la subcontratación mercantil tendrán una equiparación parcial con los trabajadores de la principal⁵⁷. Se limitan solo a equiparar las condiciones salariales como en art. 30 del CC o del sector de Limpieza de Edificios y Locales del Principado de Asturias (BOPA de 28 de noviembre de 2018): *Las empresas concesionarias de las contrataciones ... abonarán a los trabajos adscritos la diferencia existente entre el salario de este convenio y las retribuciones aprobadas oficialmente para el personal de igual categoría de la plantilla de la seguridad social para el mismo período de tiempo. El abono de estas cantidades se efectuará mediante su prorrateo en la nómina correspondiente a cada una de las doce mensualidades del año.*

Se extienden contenidos económicos previstos en el convenio de la principal a las “empresas de servicios y/o multiservicios contratadas” y se refuerza esta previsión con la obligación de incorporar esta cláusula a los contratos mercantiles que realicen con estas empresas dando cuenta a los representantes de los trabajadores⁵⁸.

– Incluyendo en el ámbito funcional a determinados colectivos. Es el caso de los *trabajadores de reparto* hasta ahora situados en zona gris y controvertida. Se incluyen en el ámbito del convenio como “aquellos trabajadores que realicen el servicio de reparto de cualquier clase de comidas a domicilio”. A veces asignándole el nivel retributivo mínimo⁵⁹. En algunos convenios no lo hacen expresamente en su articulado y se remiten a los acuerdos de modificación y prórroga del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería (BOE de 20 de marzo de 2019) que los recoge expresamente en el art. 4 “Igualmente estará incluido el servicio de reparto de comidas elaboradas o preparadas y bebidas, a pie o en cualquier tipo de vehículo que no precise autorización

56 Esteve-Segarra, A., *Externalización ...*, 2016, pág. 254.

57 Véase art. 60 del CC Artículo 60 del CC interprovincial del sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña (DOGC de 29 de marzo de 2018).

58 Vid. Art. 7 del CC del Comercio Textil de la provincia de Barcelona, 2019-2021 (BOP de 18 de noviembre de 2019).

59 Vid. art. 2 del CC Sector de la Hostelería de la Provincia de Granada (BOP de 11 de mayo de 2018) y DA segunda del CC Convenio Colectivo para el sector de la Hostelería de la Provincia de Jaén (BOP 18 de noviembre de 2020).

administrativa establecida por la normativa de transporte, como prestación de servicio propio del establecimiento o por encargo de otra empresa, incluidas las plataformas digitales”.

– Cláusulas de equiparación previstas en CC de EM. Es una vía posible, pero de difícil implantación en la praxis negocial. Como hemos reiterado con anterioridad precisamente la negociación en el seno de la EM tiene como objetivo abundar en la precariedad sustrayéndose a las condiciones previstas sectorialmente. Incluso en las cláusulas referidas al ámbito temporal, por lo general, mantiene la vigencia de las cláusulas normativas sin acogerse al límite de un año, evitando así acudir al convenio colectivo de ámbito superior. La equiparación salarial o completa en el propio convenio de empresa perdería atractivo para subcontratar sus servicios. Solo sería posible sin un mandato legal como el previsto en el art. 11 de la Ley de ETT.

Aun así, no es una posibilidad teórica y desconocida en la práctica. En algunos convenios colectivos de empresa multiservicios incluyen cláusulas de aplicación de los convenios colectivos sectoriales correspondientes a cada una de las actividades reguladas en los mismos como en el Preámbulo del CC de Atlas Servicios Empresariales, SAU y Adecco Outsourcing, SAU (grupo): “acuerdan adoptar el convenio sectorial como referencia a la hora de regular las condiciones de trabajo en aquellas actividades que tienen un marco convencional sectorial de aplicación”.

En el mismo sentido, la DA primera del CC de la empresa Eulen, SA (división Servicios Auxiliares), provincias de Alicante y Valencia (DOGV de 28 de mayo de 2018): que remite al convenio sectorial para regular actividades que “por sus peculiaridades pudieran tener una regulación convencional sectorial propia”.

Bien es verdad que son más frecuentes en EM integradas en Grupos de Empresas que a veces incluyen también una ETT en un entramado de dependencia organizacional que hace difícil distinguir y separar condiciones de trabajo, bien porque la EM se integra en grupos de empresas, bien porque los propios grupos han constituido empresas multiservicios en sectores con frecuente subcontratación como la construcción, la limpieza, logística o hostelería⁶⁰.

4. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

La generalidad de la doctrina resalta el hecho, la práctica real, de que con las EM se lleva a cabo, y en ello consiste el atractivo para su uso creciente y generalizado, una *instrumentalización patológica de la descentralización productiva* y que produce una dualidad inadmisiblemente e injustificada de condiciones de trabajo y empleo en la EM respecto de los trabajadores directamente contratados por la principal e incluso del uso de trabajadores cedidos a través de una ETT.

La EM propicia una posición de los trabajadores con condiciones de trabajo y empleo degradadas. En este sentido el *corsé* normativo general que ciñe y ordena las posibilidades de una regulación colectiva satisfactoria de las condiciones de trabajo contribuye, por el contrario, de forma múltiple y compleja a mantener el estatus degradado del trabajador. De un lado, la naturaleza diversa de los múltiples servicios que pueden llevar a cabo estas empresas dificulta la creación de convenios colectivos propios de este sector y, de no existir, la elección a posteriori del CC

60 UGT: Análisis de empresas multiservicios, 2020, en <https://negociacioncolectiva.fesmcutg.org/wp-content/uploads/sites/49/2020/09/Ana%CC%81lisis-Empresas-Multiservicios-2020>.

colectivo aplicable caso de que no se haya negociación un convenio de empresa. En este sentido, se ha aportado diversas soluciones por la jurisprudencia sin que hasta ahora puedan ordenarse en una solución general sino en diversas opciones en función de las circunstancias concretas. Incluso llegando a la conclusión de inexistencia de CC sectorial aplicable.

De otro lado, la negociación de convenios de empresa, favorecida por la regla estatutaria de preferencia aplicativa en importantes materias en caso de concurrencia conflictiva y en atención al tipología múltiple de actividades de estas empresas, la dispersión geográfica de los centros, la frecuente ausencia de representación efectiva y verdadera representación que implique un contrapoder conduce a convenios colectivos que frecuentemente sitúan la jornada en los umbrales mínimos máximos y la remuneración en el entorno del SMI.

Aun así, encontramos una práctica negocial que lleva a cabo un esfuerzo importante destacable por superar la situación con soluciones parciales pero atractivas. Son vías colectivas para la superación de la debilidad protectora que entraña el trabajo en las EM junto a la degradación de condiciones añadida por los CC de EM negociados en un marco de dudosa separación de intereses y favorecidos por la preferencia aplicativa respecto de los sectoriales se siguen mostrando insuficientes.

En todo caso, y hasta que llega la esperada reforma del marco normativo aplicable o que incide en la subcontratación a través de las EM, el esfuerzo negociador entendemos que es importante y necesario porque los interlocutores sociales perciben una realidad injusta, de agravio y de condiciones desiguales sin otra causa ni otra razón para subcontratar que la de sustraerse a las condiciones laborales colectivas que rigen en la empresa e incluso mediante la cesión a través de las ETT.

Es importante por el esfuerzo de los agentes sindicales en mantener de actualidad y adoptar una actitud crítica y beligerante frente a la pretensión de estas empresas de escapar de los marcos del convenio colectivo. Y es importante destacar su trabajo de impugnación de convenios en los que ha encontrado frutos más que notables.

Pero ese esfuerzo va a ser paliativo. La superación real se espera de la necesaria y urgente modificación normativa global, comprensiva de todas las instituciones jurídico laborales que están sustentando y están llamadas a regular y condicionar a el trabajo en las EM. Modificación orientada en su conjunto a conseguir un marco jurídico renovado que asegure una real y efectiva posición de igualdad sustancial de todos los trabajadores con independencia de la naturaleza las empresas concurrentes o de los vínculos que las unan.

Aquí no trato de exponer de forma razonada y completa el marco de la relación laboral futura sino de concretar brevemente las acciones reformistas globales convenientes para afrontar y reconducir los efectos disruptivos nocivos de la utilización de las EM y sanear la práctica empresarial de subcontratación con efectos evidentes en competencia desleal y la precarización de las condiciones de trabajo.

En este sentido, la renovación de contenidos legales se considera por la generalidad de la doctrina y los sindicatos como un aspecto crucial para recobrar unas condiciones de trabajo y empleo homologables con trabajadores contratados en otras empresas. Esa opción reformadora se ha tomado como un eje de actuación del actual Gobierno comprometido en superar la regulación regresiva de la reforma de 2012.

Pero no sólo. También y en concreto, recobrar la ultracatividad de los convenios, corrigiendo a su vez la preferencia aplicativa del Convenio de empresa. En la actualidad se produce la paradoja de mantener la ultracatividad de los CC EM a fin de mantener condiciones de trabajo más débiles que las previstas en CC sectoriales que puedan venir en aplicación superada el periodo de vigencia del CC EM.

Derogación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa en los que dadas las condiciones de negociación motivadas por la estructura representativa y las estructuras empresariales en este sector empujan a la baja las condiciones de empleo y trabajo en las mismas.

Cualquier reforma amplia que se aborde en el futuro de la normativa laboral debe pasar por superar la incapacidad de las cautelas en la subcontratación y en la cesión de trabajadores de los arts. 42 y 43 ET y ordenada a la expulsión de hecho de su ámbito de aplicación de las EM. La supresión del requisito de propia actividad del art. 42 allanaría el camino para incluir a las EM y abordar la complejidad de las vías de escape de estándares adecuados de condiciones de trabajo de los multiservicios introduciendo instrumentos eficaces de transparencia y sistemas de responsabilidad conjunta verdaderamente disuasorios de prácticas devaluadoras. En esta línea de inclusión, el contenido del art. 43 habría de orientarse a incluir supuestos reales que pueden ser calificados como cesión con independencia del instrumento jurídico utilizado.

En sentido más amplio superando el marco general de representación dual y la negociación sectorializada de convenio que mantiene el convenio sectorial ligado a cada sector de actividad. O, en fin, sería conveniente repensar el concepto de centro de trabajo y los requisitos de autonomía organizativa del mismo en un momento en el que la digitalización está haciendo más fluido e invisible el centro de trabajo real.

El art. 42 que es hoy el precepto central en la regulación actual de la subcontratación no está siendo útil en la consecución de condiciones de trabajo dignas para los trabajadores de las EM en comparación con los trabajadores de la empresa principal ni de los trabajadores de las ETT que realizan las mismas tareas. Su reforma deberá ir encaminada a establecer garantías que superen el actual aseguramiento de obligaciones salariales y de Seguridad Social para un número limitado de actividades por la limitación del concepto de propia actividad. Y de otro lado a superar la tenue frontera entre subcontratación lícita y cesión ilícita (art. 43 ET) reforzada por la exigencia de una real autonomía de gestión sin traspasos de hecho al empresario principal y de control del espacio de trabajo, en particular en supuestos de realización de actividades en el centro de trabajo de la principal y por EM desmaterializadas.

Hoy, estamos en el momento crucial y todo apunta que se va a producir una reforma importante de este y otras materias, aunque el debate actual apunta a soluciones inciertas. El acuerdo de Gobierno de 30 de diciembre de 2019 contiene un compromiso de reforma en términos generalistas que no permiten asegurar la reforma futura ni el sentido de la misma en esta materia. Pero que debería ir orientadas a evitar en la práctica una cesión ilegal, a potenciar la responsabilidad y a asegurar unas condiciones de trabajo equiparables⁶¹.

61 En este punto, recientemente también apunta GÓMEZ GORDILLO, R., "Apuntes para una reforma de la legislación laboral de la subcontratación de obras y servicios", Revista Harremanak, 2021/45, p. 112

PONENCIA GENERAL SEGUNDA
SUBCONTRATACIÓN Y DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA
DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS¹

ANA DOMÍNGUEZ MORALES
Prof. Ayudante Doctora, Acr. Prof^a. Contratada Doctora D^o. Trabajo y SS
Universidad de Sevilla.

1. Marco normativo de los derechos de información y consulta
2. Derechos de información y consulta sobre previsiones de subcontratación
3. Derechos específicos de información y consulta en el marco de la subcontratación
 - 3.1. Sujetos activos del deber de informar
 - 3.2. Sujetos receptores de la información
 - 3.2.1. Representación estatutaria
 - 3.2.2. Información y consulta en caso de inexistencia de representación estatutaria
 - 3.2.3. Representación sindical
 - 3.3. Contenido de la información
 - 3.4. Forma y modo de transmitir la información
4. Breve referencia a los derechos de información y consulta en caso de sucesión de contratas
5. Deber de sigilo de la representación de las personas trabajadoras
6. Incumplimiento del deber de informar a los representantes de los trabajadores en supuestos de subcontratación
7. Aproximación a los derechos de información y consulta en materia de subcontratación en la negociación colectiva
8. Reflexión final

¹ El presente estudio se enmarca en el siguiente proyecto de investigación: “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: desigualdad, precariedad y exclusión social” (RTI2018- 098794).

1. MARCO NORMATIVO DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA

Las relaciones laborales tal y como hoy las conocemos, se encuentran en un momento de transición, de constantes cambios, que implican el replanteamiento del modelo imperante en las últimas décadas. Tan es así que las modificaciones normativas en materia laboral son abundantes, recurrentes. La más reciente, aprobada en diciembre y convalidada en febrero de 2022, incide en algunos de los elementos claves del Derecho del Trabajo, pasando por la reformulación de la contratación temporal, o introduciendo modificaciones en torno a la eficacia, vigencia y concurrencia de la negociación colectiva².

Las nuevas formas de organización empresarial repercuten sobremanera en todos los aspectos de las citadas relaciones de trabajo, tanto en lo individual como en lo colectivo.

En este último, sin duda, se están evidenciando importantes carencias que provienen, en particular, de la rigidez con la que las normas desarrollan los aspectos configuradores de las instancias representativas de las personas trabajadoras. Ciertamente, la revalorización de lo colectivo en nuevos sectores de la producción cuyos modelos son novedosos, es una de las necesidades más acuciantes, habida cuenta de la mayor dispersión del personal y de la proliferación de relaciones contractuales de muy breve duración a demanda del empleador, que inciden negativamente en la creación de instancias representativas, adhesión a las existentes así como en la defensa de los intereses laborales.

Con todo, los representantes de las personas trabajadoras cuentan con diferentes herramientas tendentes a garantizar el cumplimiento de sus funciones, entre las que se sitúan las de información y consulta, llamadas a fomentar ese clima de confianza recíproca entre las partes concurrentes en las relaciones colectivas de trabajo.

Los derechos de información y consulta han sido reconocidos ampliamente en el marco internacional³, en particular, a nivel de la Unión Europea, tanto en el derecho originario, como en el derivado⁴. El art. 27 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵, contempla

2 Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, convalidado mediante Resolución de 3 de febrero de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

3 En la OIT se reconoce implícitamente el derecho a la información en el art. 2 del Convenio 135 de 1971 que consagra el derecho a los representantes a disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones, mientras que el párrafo 16 de la Recomendación 143 de 1971 explica que la empresa debe poner a disposición la información necesaria para el ejercicio de sus funciones. Más tarde, se plantearon sendos proyectos de Convenio y Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, propuestos en la 85ª Reunión de la Conferencia de 1997, retomado en la Conferencia de 1998, nº 86 para evaluar las propuestas de los Estados miembros. Solo en la Recomendación se introducía el derecho de información de los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo. Finalmente, ninguno de ellos fueron finalmente objeto de aprobación.

4 Un recorrido detallado por la configuración de estos derechos en la normativa unioneuropea en Preciado Domenech, C. H., "La aplicación judicial de los derechos de información, consulta y control sindical", *Lan Harremanak*, 35/2016, pp. 19-37.

5 Previamente recogido en el art. 17 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 1989. También reconocidos en el art. 21 Carta Social Europea de 1961 y revisada en 1996, a la

los de información y consulta, señalando como sujetos activos del mismo a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados⁶. No obstante, tales derechos, consagrados como principios de desarrollo necesario, carecen de eficacia horizontal más allá del ámbito de competencia del Derecho de la Unión Europea⁷. Pese a ello, el art. 27 CDFUE recoge sintéticamente unos derechos que habían sido previamente desarrollados a través de las normas de Derecho derivado en ámbitos particulares de las relaciones de trabajo, como son, la regulación de los despidos colectivos, del traspaso de empresas o centros de actividad, en relación a la protección del trabajador en casos de insolvencia del empresario, en la previsión de creación de comités de empresa europeos; y también desde un enfoque global, en la Directiva 2002/14/CE⁸.

Descendiendo al plano interno, en la Constitución Española (CE en adelante) no se reconocen los derechos de información y consulta de forma expresa, sino de un modo implícito en la medida en que se contemplan los derechos de participación en la empresa en los arts. 9.2 CE o el 129.2 CE⁹. El primero de ellos reclama a los poderes públicos facilitar la participación de todos

que menciona el art. 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como marco de referencia para la Unión y los Estados miembros en la persecución del objetivo de fomento del empleo y mejora de condiciones de vida y trabajo.

6 Mientras que el art. 153.1 e) TFUE se refiere a la información y consulta a los trabajadores.

7 Un análisis sobre la jurisprudencia del TJUE en materia de eficacia horizontal de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta en Cruz Villalón, P., “La incidencia de la carta (DFUE) en la confluencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la ineficacia horizontal de las directivas: De Küçükdeveci a Dansk Industri”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 21/2017, pp. 101-120. En particular, sobre los derechos de información y consulta, Sempere Navarro, A.V., “Video-comentario a la STJUE, de 15 de enero (TJCE 2014,6). Ordenamiento jurídico comunitario; principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa» (art. 27) en combinación con la Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea”, Aranzadi Digital 1/2020. BIB 2020\34075. García Murcia, J., “Naturaleza y fuerza vinculante de los derechos fundamentales en la unión europea: a propósito de las previsiones sobre información y consulta en materia laboral”, REDE 52/2014. BIB 2014\3902.

8 En particular, Directiva 75/129/CEE del Consejo relativa a los despidos colectivos, modificada por las Directivas 92/56/CEE y 98/59/CE del Consejo, por la que se exige que, en caso de despidos masivos, los empresarios establezcan negociaciones con los trabajadores con objeto de determinar las posibilidades de evitar despidos colectivos o de reducir el número de trabajadores afectados; Directiva 2001/23/CE del Consejo, relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (consolidación de las Directivas 77/187/CEE y 98/50/CE del Consejo), donde se estipula que los trabajadores deben ser informados de las razones del traspaso y de sus consecuencias; contiene, asimismo, disposiciones sobre la salvaguarda de los empleos y los derechos de los trabajadores en caso de traspaso; Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, en la que se recogen las circunstancias que deben ser objeto de información y consulta; Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009 sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria; Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.

9 STC 98/1985 FJ 3, donde constata que los órganos de representación de la empresa no tienen reconocimiento constitucional, sino que son creación de la Ley, poseyendo una relación indirecta con el art. 129.2 CE. Más adelante, entrando a valorar cuando valoraba la constitucionalidad de la ley 2/1991, de 27 de enero, sobre los derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de

los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. El segundo, encomienda a los mismos promover las distintas formas de participación en la empresa, ampliable a sus representantes en caso de que estos existan¹⁰. Dentro de tales derechos de representación tendrían encaje los analizados en esta sede, que al mismo tiempo se insertan en el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical, si bien circunscrito al ámbito de la representación sindical¹¹.

Finalmente, en el marco legal de referencia, la modificación operada por la Ley 38/2007, de 16 de noviembre al Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante)¹², añadió la letra g) al art. 4.1, colocando junto al derecho de participación en la empresa los de información y consulta como derechos básicos del trabajador¹³, norma legal que al mismo tiempo introdujo la definición conceptual de ambos en el artículo 64. ET, en el que se detalla el alcance de los mismos.

El derecho a recibir información comprende «la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen». Se trata de un derecho instrumental al servicio de las facultades de representación en la empresa¹⁴, necesario para garantizar la defensa de los trabajadores frente al ejercicio del poder de dirección que a aquella corresponde en virtud de lo previsto en el art. 20 del mismo texto legal. Por su lado, el derecho de consulta es definido en el mismo precepto como «el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo».

Mediante este precepto se da cumplimiento de la Directiva marco en materia de información y consulta 2002/14/CE, en la que fija normas mínimas de procedimiento en materia de protección de los derechos de información y consulta de los trabajadores sobre la situación económica y laboral relativa a su lugar de trabajo. La Directiva establece unos derechos de información y consulta de mínimos, tanto respecto al contenido como a los empresarios afectados, que solo serán quienes empleen a un número de 50 trabajadores en una empresa, o 20 en el centro de trabajo. Sobre esta última cuestión, la norma española mejora las previsiones de aquella, pues los derechos de información y consulta, con carácter general, se reconocen a todos los representantes de los trabajadores, tanto estatutarios, como sindicales y a los representantes específicos en materia preventiva, como se verá.

contratación, el mismo TC afirmaría que el derecho de información constituye la plasmación del derecho a la participación de empresa consagrado en el art. 129.2 CE, (FJ 10).

10 Sobre el alcance del mandato previsto en el art. 129.2 CE vid. Molero Marañón, M.L., Valdés dal Ré, F., *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Comares, Granada, 2014, pp. 312.

11 Molero Marañón, M.L., Valdés dal Ré, F., *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, op.cit., p. 8.

12 Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

13 Considerando como «ventaja de corto alcance» tal ampliación normativa, dado que el primero sumaría ya a los derechos de información y consulta, Molero Marañón, M.L., Valdés dal Ré, F., *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, op.cit., p. 38.

14 En este mismo sentido, Molero Marañón, M.L., Valdés dal Ré, F., *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, pp. 45-46. Prados de Reyes, J., Cabrera Fernández, J.A., “Competencias informativas”, en AA.VV., *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores* (R. Escudero, J.R Mercader, Dirs.), La Ley, Madrid, 2004, p. 120.

Se trata, en suma, de dos derechos de participación colectiva, situados en un nivel intermedio y decididamente inferior a los que proporcionan facultades de codecisión en el seno de la empresa¹⁵, si bien junto con estos, operan en contraposición o como límite al derecho a la libertad de empresa -art. 38 CE, art. 16 CDFUE¹⁶- y al poder de dirección -art. 20 ET-. La consideración de tales derechos como límites a la libertad empresarial se deduce de la delimitación del ámbito aplicativo de la Directiva 2002/14 a empresas que superen determinados umbrales de trabajadores, cuya finalidad es «evitar dificultades administrativas, financieras o jurídicas que pudieran obstaculizar la creación y desarrollo de pequeñas y medianas empresas»¹⁷. En esta línea también se situó el Tribunal Supremo español, definiendo a los derechos de información de los representantes de los trabajadores como propios de los sistemas de democracia industrial, contemplados en el art. 129.2, en conexión con el 9.2 de la Constitución, instrumentos imprescindibles para el desarrollo de las funciones representativas, no exentos de restricciones, pues a su vez se conciben como «limitación del derecho de dirección del empresario que también consagra la propia Constitución en su art. 38 y recoge el Estatuto de los Trabajadores en su art. 20»¹⁸.

2. DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA SOBRE PREVISIONES DE SUBCONTRATACIÓN

La externalización empresarial, *outsourcing* o subcontratación¹⁹, define el fenómeno en virtud del cual una empresa decide descentralizar parte de su actividad productiva, sea o no coincidente con el núcleo productivo de esta, contratando a otra empresa para la realización de la misma. Lo anterior viene a dar respuesta y a permitir la adaptación de las empresas a los cambios percibidos en el mercado²⁰, y se enfrenta, en particular en los últimos tiempos, a la expansión tecnológica y su impacto en los sistemas productivos, lo que fomenta la especialización de algunas entidades que se dedican a la prestación de servicios de esta índole²¹, al tiempo que adelgaza las estructuras empresariales de las entidades que subcontratan parte de su actividad productiva²².

15 Mugnolo, J.P., “Los derechos de información y consulta con las representaciones de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV., *Poder de dirección y estructuras empresariales complejas* (J.E. López, R. Menéndez Dirs.), Cinca, Madrid, 2018, p.371.

16 Declarado derecho fundamental y principio general del derecho comunitario en la STJCE 7 febrero 1985, C-240/83, asunto Adhbu, aptdo. 9.

17 Considerando 19 de la Directiva 2002/14/CE.

18 STS de 2 noviembre 1999 (RJ 1999\9108), FJ 3. Seguida por los Tribunales inferiores, entre otras, STSJ Islas Canarias 380/2021 de 16 abril (JUR 2021\281185), FJ 3, o STSJ Andalucía 560/2020 de 13 febrero (AS 2020\2116), FJ 2.

19 Un análisis terminológico del fenómeno en Menéndez Calvo, R., *Negociación colectiva y descentralización productiva*. CES, Madrid, 2009, pp. 11-17.

20 Cruz Villalón, J., *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*, Grijley, Lima, 2009, p. 44.

21 Muchas veces especializadas en tecnología puntera para realizar servicios concretos, Romeral Hernández, J., *Efectos de la descentralización productiva sobre las relaciones colectivas de trabajo: ETT y contratos*, Dykinson, Madrid, 2006.

22 De acuerdo con el ideal de «empresa esbelta», Álvarez Alonso, D., *Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.106.

Desde la perspectiva mercantil, con ello se persigue aumentar la productividad y la competitividad²³, encontrando acomodo en el derecho constitucional de libertad de empresa²⁴. Del mismo modo, los empresarios contratistas o subcontratistas, al aceptar tales encomiendas, están ejerciendo su libertad de iniciativa económica²⁵. En cambio, la perspectiva laboral de la subcontratación plantea múltiples interrogantes en cuanto a la eficacia y garantías de los derechos de los trabajadores afectados, tanto desde el punto de vista individual, como colectivo. En relación al primero de ellos, es de sobra apuntada como una de las finalidades principales de este tipo de negocio jurídico la de abaratar o ahorrar en costes laborales, lo que redundará naturalmente en el empeoramiento de las condiciones de los trabajadores de las empresas auxiliares; mientras que en lo colectivo, se produce la dispersión de plantillas, lo que de algún modo obstaculiza que las instancias representativas, tanto estatutarias como sindicales, puedan abarcar o proteger a los trabajadores, en especial, de empresas contratistas o subcontratistas, a pesar de que se reconocen de forma expresa facultades de información y consulta en el marco de la subcontratación.

El Estatuto de los trabajadores enumera una serie de materias sobre las que el empresario debe informar o consultar a los representantes de las personas trabajadoras, referidas a cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma que se detallan a lo largo de los nueve apartados del art.64. Se trata de un precepto asentado y consolidado en nuestro ordenamiento, que se ha mostrado irresistible a grandes variaciones a lo largo de la vigencia del Estatuto de los Trabajadores desde su aprobación en 1980. Tampoco incide sobre él la última de las reformas objeto de reciente convalidación parlamentaria.

Según la interpretación otorgada por el Tribunal Constitucional sobre el art. 64 ET, de este precepto no se desprende un derecho de información de la representación de los trabajadores extensible a cualquier tipo de materia, dado que tales prescripciones, en tanto limitativas de la libertad empresarial y el correlativo poder de dirección no pueden interpretarse de forma extensiva. De este modo, solo podrá exigirse la transmisión de información o la exigencia de consulta previa respecto de lo fijado en la ley, aunque también en lo previsto mediante negociación colectiva, sin que exceda de lo necesario²⁶. En puridad, por tanto, el precepto no debe ser interpretado en el sentido de considerar las materias del art. 64 ET como un *numerus clausus*²⁷, habida cuenta de que tanto

23 Martínez Barroso, M.R., “Deberes de información, derechos de representación y negociación colectiva”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas de trabajo y organización empresarial*. XXVII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cinca, Madrid, 2018, p. 204.

24 En este sentido, citando jurisprudencia, Gil y Gil, J.L., “Libertad de empresa y descentralización productiva”, *Capital Humano*, 240/2010, p. 126.

25 Pérez de los Cobos Orihuel, F., “Las libertades económicas y la regulación laboral de la contratación y subcontratación de obras y servicios”, REDT 229/2020. BIB 2020\10628, PP. 10-11.

26 STC 142/1992, de 22 de abril o STS de 2 de noviembre de 1999 (rec. 1387/1999). El TC en su sentencia de 22-4-1993 (RTC 1993\142) anunciaba que «estas fórmulas de participación quedan remitidas por el propio texto constitucional a la normativa legal [SSTC 37/1983 [RTC 1983\37], F. 2.º; 118/1983 (RTC 1983\118), F. 4.º y 39/1986, F. 4.º], de modo que el legislador tiene un notable margen de apreciación para determinar el grado de participación en la empresa que establezca y dentro de ello el de los derechos de información otorgados a los representantes del personal... los convenios colectivos los sujetos legitimados para ello pueden ampliar el número limitado de derechos que recoge la normativa estatutaria.», FJ 3.

27 Molero Marañón, M.L., Valdés dal Ré, F., *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, op.cit. p. 42; Molina Navarrete, C., “Novedades laborales en el cierre de la legislatura”, RTSS (CEF), 300/2008, p.22.

la jurisprudencia como el propio texto de la ley admiten que los convenios colectivos establezcan disposiciones específicas relativas al contenido de los derechos de información y consulta²⁸.

Dentro del elenco de tales materias objeto de información, se incluyen las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, incluyendo los supuestos de subcontratación, información que ha de ser suministrada cada trimestre -art. 64.2 c) ET²⁹-. La amplitud de esta prescripción, referida a conceptos jurídicos indeterminados, siembra dudas interpretativas que giran en torno a varias cuestiones, la primera de ellas referida a lo que debemos entender por subcontratación, término impreciso probablemente exportado del ámbito de la subcontratación en la construcción³⁰, referido a la externalización de actividades productivas de una empresa principal a otra auxiliar con la que celebra un contrato de prestación de servicios³¹.

También se cuestiona si se deben informar acerca de todos los supuestos de externalización empresarial. Dicho en otras palabras, si la referida obligación de dar información solo vincula a supuestos de contratas de la propia actividad empresarial o es exigible en todo caso. En nuestra opinión, dado que la ley no hace distinción alguna, como sí ocurre en la regulación de las responsabilidades salariales y de Seguridad Social en casos de subcontratación de la propia actividad, según lo previsto en el art. 42 ET, se debe defender una interpretación amplia que abarque tanto supuestos de la actividad propia como distinta de ella³².

Tampoco se especifica el significado de «previsiones», lo que literalmente implica «aquello que se ve con anticipación» de lo que se deduce que no se refiere a los procesos de externalización ya concertados³³. No es casual que el momento operativo para remitir la información sea anterior al concierto entre empresas, constituyendo la consecuencia lógica de la finalidad pretendida de evitación de fraude, presente en la exposición de motivos de la ley que incorporó la subcontratación como materia objeto de información³⁴. De acuerdo con el término discutido, la información sobre

28 Art. 64.9 ET: «Respetando lo establecido legal o reglamentariamente, en los convenios colectivos se podrán establecer disposiciones específicas relativas al contenido y a las modalidades de ejercicio de los derechos de información y consulta previstos en este artículo, así como al nivel de representación más adecuado para ejercerlos».

29 En los términos operados en la reforma introducida por la Ley 2/1991 de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, modificando el art. 64.1.1 ET que solo exigía hasta entonces informar sobre la evolución probable del empleo en la empresa. En este pasaje subsumía, no obstante, el derecho a ser informados sobre los procesos de subcontratación, Rojo Torrecilla, E., “Prórroga y denuncia de contratos y derecho de información en materia de empleo”, RT, 100/1990, p. 292.

30 Cruz Villalón, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, RL, 1/1992, p. 121.

31 Considera que se hace un uso del término subcontratación “atécnico”, con capacidad para incluir otros fenómenos de descentralización productiva que seguramente no tuvieran encaje en el art. 42 ET, Calvo Gallego, J., “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, TL, 56/2000, p. 83.

32 En este sentido, Monereo Pérez, J.L., Álvarez Montero, A., *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2001, p. 140.

33 Molero Marañón, M.L., “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación”, en AA.VV., *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa* (F. Valdés, M.L., Molero Dirs.), Ministerio de Trabajo e Inmigración, Fundación Francisco Largo Caballero, Madrid, 2010, p.82.

34 Art. 1.3 Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación. Recoge las posiciones doctrinales en torno al momento de

este particular debe ser anticipada a cualquier formalización o negocio jurídico entre las empresas³⁵, si bien no vincula de ningún modo a que la operación finalmente tenga lugar³⁶. Por último, el precepto guarda absoluto silencio sobre el contenido de la información³⁷, que se entiende referida, a los eventuales negocios jurídicos de obra o servicios con otras empresas lo que incluye, a nuestro modo de ver, los supuestos de mantenimiento de los ya existentes si se aproxima el fin del mismo.

En lo que respecta a quiénes son los sujetos obligados a proporcionar tal información, parece obvio que se refiere el precepto a la empresa contratista, pero no hay que dejar de preguntarse si también será exigible a las contratistas o subcontratistas cuando funcionan como empresa auxiliar, ya sea en aplicación del art. 64.1 c), ya sea dentro de la obligación genérica de informar sobre la evolución del empleo en su empresa, ex. art. 64.1³⁸. Una interpretación literal y sistemática conduciría a negar que las empresas contratistas tengan la obligación de informar sobre previsiones de subcontratación en virtud de lo previsto en el apartado c del art. 64.1, dado que el art. 42.4 ET alude al deber de informar a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, sin perjuicio de lo fijado en el art. 64, mientras que el apartado 5 del art 42, cuando se refiere al deber de información de la empresa auxiliar a los representantes de los trabajadores de esta, no lo relaciona con el aquel otro artículo. En cambio, una interpretación finalista e histórica de la cuestión animaría a extender este deber a cualquier empresa participante en el negocio jurídico, en primer lugar por la imprecisión del término subcontratación no referido únicamente a empresas principales y, en segundo lugar, porque de este modo se garantizarían los derechos de representación de todas las partes implicadas.

Los sujetos receptores de la información, por su lado, serán los representantes de los trabajadores, en caso de que existan³⁹, en particular, los comités de empresa y delegados de personal o, en su caso, el comité de empresa conjunto o el comité intercentros al que se le hubiera otorgado dicha función. Quizás son precisamente los órganos de ámbito empresarial los más idóneos para recibir este tipo de información en lugar de darle traslado únicamente a los representantes del

proporcionar esta información, Soriano Cortés, D., “El derecho de información de los trabajadores en los supuestos de subcontratación”, TL 16/2000, pp. 127-128.

35 Señala la ausencia de litigiosidad sobre este extremo GARCÍA VIÑA, J., “Subcontratación. Reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo”, *Tribuna Social*, 124/2001, p. 27.

36 Por lo que la consideran poco operativa, Sargadoy Bencochea, J.A., Montoya Melgar, A., “El proyecto de Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación”, IEE, Madrid, 1990, pp.57ss; Martínez Barroso, M.R., “Deberes de información, derechos de representación y negociación colectiva”, op. cit. p. 209. Tampoco considera que compela al empresario a concluir tales negocios jurídicos Palomo Vélez, R., “Algunas consideraciones sobre las competencias de los representantes legales de los trabajadores”, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco* (J.M. GOERLICH, Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.1090.

37 Aspecto criticado por Calvo Gallego, J., “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, op. cit, p. 84.

38 Molero Marañón, “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación”, op. cit. p. 84. De hecho, antes de la introducción de la subcontratación como materia objeto de información trimestral, la doctrina entendía que ya se encontraba implícita en esta cláusula genérica. Galiana Moreno, J. M., Sempere Navarro, A., “Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores y el control sindical de los contratos en la Ley 2/1991”, RT 100/1990, p. 240. Monereo Pérez, J.L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992, p. 476-477.

39 Vid. infra § 3.2.

centro afectado por la externalización⁴⁰, pues a fin de cuentas tal negocio jurídico entre empresas puede producir efectos generalizados en toda la plantilla, tanto de la principal como de la auxiliar. En todo caso, no existe óbice para que la negociación colectiva así lo disponga en virtud de la facultad de establecer disposiciones específicas sobre el nivel de representación más adecuado para ejercer estos derechos -art. 64.9 ET-.

Junto a los anteriores, se sitúan los delegados sindicales, como sujetos pasivos de la información sobre subcontratación, en los términos que estudiaremos posteriormente. En cambio, no es obligatorio mostrar tal información a las secciones sindicales, a las que la Ley Orgánica de Libertad sindical (en adelante LOLS) no faculta para ello, salvo que, de nuevo, así lo prevea la negociación colectiva. Finalmente, también será materia objeto de información exigible para los delegados de prevención en la medida en que así lo prevé la normativa específica⁴¹.

En lo referente a los aspectos procedimentales, en fin, se menciona en el art. 64 que la transmisión de la información se proporcionará en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe. Tales cuestiones técnicas, que la norma no define, serán abordadas posteriormente⁴².

Es el analizado en las líneas anteriores, el único pasaje del art. 64 ET que se refiere a la subcontratación empresarial, eximiendo al empresario de someter decisiones de esta índole a consulta previa con la representación legal de los trabajadores. Entre ellas, cabría pensar en si la subcontratación podría subsumirse en la referida a «todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa». No obstante, en nuestra opinión, la mención específica a la subcontratación entre las materias objeto de mera información hace inviable la extensión del deber de consultar sobre este asunto⁴³.

3. DERECHOS ESPECÍFICOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN EL MARCO DE LA SUBCONTRATACIÓN

El Estatuto de los Trabajadores regula, en su art. 42, el régimen jurídico y las responsabilidades derivadas de la externalización empresarial desde la perspectiva laboral⁴⁴. Amén de la notoriedad de tales asuntos, sobre el que se repara con detenimiento en otros capítulos de esta misma obra, nos centraremos en el presente trabajo en el estudio de los derechos de información y consulta contemplados en el mismo precepto. Antes de comenzar con el análisis de la cuestión se debe señalar que nuestro

40 En la misma línea Soriano Cortés, D., “El derecho de información de los trabajadores en los supuestos de subcontratación”, op.cit. p.130.

41 Art. 15.1 Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales.

42 Vid. *infra* § 3.4.

43 Defiende el derecho de consulta de los representantes de la empresa principal por tratarse de una modificación en la evolución probable en el empleo, Molero Marañón, M.L. “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación”, op. cit. pp. 84-85.

44 Los apartados relativos a los derechos de información en el art. 42 fueron incorporados tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

foco de atención estará en el derecho de información, pues el legislador no contempla, en particular, la posibilidad de entablar un «intercambio de opiniones» en el seno de estos procedimientos de fragmentación empresarial⁴⁵, ni mucho menos permite una suerte de veto, sino que se mantiene en el terreno de lo instrumental a los efectos de controlar el fenómeno de la externalización, brindando como única opción una tutela *ex post* derivada de la observación y análisis de la información referida. Excepcionalmente, en el contexto de la prevención, es donde únicamente la representación de las personas trabajadoras podrá ser consultada en un asunto conectado con la subcontratación, aunque no exclusivo de este tipo de situaciones. Así, se exige que los delegados de prevención o, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores de la empresa titular del centro de trabajo sean consultados, en la medida en que repercuta en la seguridad y salud de los trabajadores por ellos representados, sobre la organización del trabajo en el centro en el cual concurren otras empresas⁴⁶.

Salvando la anterior matización, en el marco de la subcontratación, se conciben derechos de participación de la representación de los trabajadores de un modo más débil de lo que respecta a otras circunstancias de reorganización de la producción como son las modificaciones sustanciales de las condiciones laborales, los traslados, las suspensiones del contrato o los despidos colectivos, todos ellos necesariamente precedidos de un procedimiento de consultas en el que el empleador deberá justificar la causa económica, técnica, organizativa o de producción en los términos previstos en las normas estatutarias, cuyo incumplimiento acarreará la nulidad de la decisión.

En definitiva, cuando se produzca la concertación de la prestación de obras o servicios entre una empresa contratante y una empresa contratista o subcontratista, se debe producir el traspaso de información por varios canales. Por un lado, la empresa principal proporcionará información a los representantes de sus trabajadores; por otro lado, la empresa contratista o subcontratista trasladará información a sus trabajadores así como a los representantes de estos. A la evaluación de la forma y modo de cumplir con este deber empresarial se dedicarán las siguientes páginas. Antes de ello, resta por señalar que la reforma del Estatuto de los Trabajadores introducida por el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, no ha modificado de forma notoria ninguno de los apartados del artículo 42 que serán objeto de nuestra atención, limitándose a la introducción de la perspectiva transversal de género mediante la sustitución de términos como «empresario» por el de «empresa», «trabajadores» por «personas trabajadoras», o «representantes legales» por «representación legal de las personas trabajadoras».

3.1. Sujetos activos del deber de informar

En primer lugar, corresponde dilucidar quienes son los sujetos obligados a proporcionar información a los trabajadores o a la representación de los mismos acerca de un proceso de subcontratación concertado entre dos empresas. Parece que la cuestión es pacífica, pues cada uno de los apartados en que se refleja este deber informativo se refieren expresamente a ello. Por un lado, se exige a la empresa principal remitir la información destacada a continuación a los representantes de sus trabajadores y, por otro, así lo deben hacer las auxiliares, contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y representantes de estos.

45 Gómez Abeleira, F.J., «Una nueva modificación de la legislación laboral para transponer al derecho comunitario: la ley 38/2007 y las Directivas 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores, y 2002/74/CE, sobre su protección en caso de insolvencia empresarial», RL 7/2008, p. 996.

46 Art. 15.2 RD 171/2004, de 30 de enero.

No obstante, la lectura de tales apartados suscita el planteamiento de algunas cuestiones, a nuestro modo de ver. La primera de ellas, se dirige a dilucidar si los deudores de información son aquellos empresarios que participen en el negocio jurídico bilateral de prestación de obra o servicio, con independencia de la actividad a desarrollar, o por el contrario, solo ha de exigirse cuando se produzca la contratación de empresas para que presten un servicio de la propia actividad de la principal. Lo cierto es que el art. 42 ET no distingue a la hora de establecer esta obligación entre contratistas de la propia actividad y no de la propia actividad, por lo que entendemos que este deber es extensible a todas⁴⁷.

La segunda cuestión que nos planteamos sobre la identificación del sujeto activo del deber de informar, se enmarca en el terreno del encadenamiento de contratistas. Como quiera que no hay impedimento legal a que las empresas contratistas subcontraten a su vez parte de la actividad contratada con otra empresa -exceptuando las limitaciones previstas para el sector de la construcción-, cuando esto se produzca, cada una de ellas se colocará en la situación de empresa principal con respecto a la siguiente en la línea de subcontratación, por lo que, en nuestra opinión, a cada una deberá dar cumplimiento a este deber de informar como principal y como contratista, respectivamente⁴⁸.

A mayor abundamiento, cuando los trabajadores de la principal y de la auxiliar compartan centro de trabajo, el empresario principal, primero en la cadena de subcontratación, debe poner a disposición de todas las empresas intervinientes un libro registro que contenga la información de las empresas contratistas o subcontratistas, permitiendo de este modo el acceso a una información más completa de todas las empresas involucradas, en los términos que se verán más adelante.

En otro orden de consideraciones, el precepto también se refiere a la necesidad de intercambiar recíprocamente información entre los representantes de los trabajadores. Por esta razón, cuando los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse en los términos previstos en el artículo 81 ET. Este precepto se refiere al uso de locales puestos a disposición del comité de empresa o delegados de personal, supeditado a que las características de la empresa lo permitan⁴⁹. El principal problema en aplicación de este mandato se encuentra en determinar cuál es el empresario obligado a proporcionar el local a efectos de reunión. Las opciones son múltiples. La primera de ellas sería considerar que es el empresario principal, titular de la actividad externalizada, el sujeto obligado, solución más plausible cuando este sea además titular del centro. Si así no lo fuera, podríamos considerar que todos los empresarios implicados podrían estar obligados a ello, siempre y cuando las características de los locales de los que disponen así lo permitieran, pues nada de lo previsto en el apartado 8 del art. 42-antes de la reforma de urgencia, apartado 7- hace pensar en que las empresas auxiliares no están compelidas por este deber. En cambio, no parece oportuno extender la responsabilidad al titular del centro cuando no sea, al mismo tiempo, empleador en ninguna de las empresas vinculadas en el negocio jurídico de la subcontratación.

47 En este sentido, Gala Durán, C., “Art. 42. Subcontratación de obras y servicios”, en AA.VV., *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con Jurisprudencia* (S. Del Rey Dir.), La Ley, 3ª Ed., Madrid, 2013, p. 957.

48 A favor de esta interpretación, Prados de Reyes, J., Cabrera Fernández, J.A., “Competencias informativas”, op.cit., p. 139.

49 Crítica la regulación del derecho de reunión en supuestos de subcontratación Gómez Gordillo, R., “Apuntes para una reforma de la regulación laboral de la subcontratación de obras y servicios”, *Lan Harremanak*, 45/2021, p. 9.

3.2. Sujetos receptores de la información

Antes de abordar la cuestión relativa a quiénes han de ser los receptores de la información, debemos partir de la premisa de que en España contamos con una estructura empresarial caracterizada por la existencia predominante de las pequeñas y medianas empresas -que emplean a menos de 250 trabajadores-. Los últimos datos estadísticos a nuestra disposición revelan que de los 3.366.570 de empresas existentes en nuestro país a 1 de enero de 2021, algo más del 92% empleaban menos de 6 trabajadores⁵⁰. Solo el casi 8% restante, por tanto, cuenta con personal suficiente para obtener representación estatutaria en la empresa, siempre y cuando se promuevan los correspondientes procedimientos electorales. Teniendo en cuenta que la unidad electoral es el centro de trabajo y no la empresa en su conjunto, se reducen aún más las posibilidades de obtener representación legal. A ello se suma que los únicos órganos de representación sindical en la empresa con acceso a esta información serán designados en la medida en que la empresa emplee un volumen determinado de trabajadores, como se verá. No obstante lo anterior, de los datos analizados no se revela de manera automática que la mayoría de las personas trabajadoras en nuestro país no estén representadas o puedan estarlo, habida cuenta de que los mismos reflejan el tejido productivo y no el laboral. En el último trimestre de 2021 resultaban empleadas en España más de 20 millones de personas⁵¹. De las mismas, más de 16 millones estaban empleados en empresas, alzándose a más de los 11 millones quienes pertenecían a empresas en las que se superan los umbrales previstos para la elección de representación de las personas trabajadoras⁵², esto es, más de la mitad de personas empleadas en nuestro país.

3.2.1. Representación estatutaria

En los distintos apartados en los que el art. 42 ET regula el deber de información, se menciona como receptores de la misma a trabajadores y a sus representantes. Cuando se refiere a estos últimos, no distingue entre órganos colegiados o unipersonales, estatutarios o sindicales, con lo que todos ellos estarían facultados para ser sujetos pasivos o receptores de tal información⁵³, con las matizaciones que al respecto se deben hacer.

Los representantes de los trabajadores de configuración legal, con derecho a información, son fundamentalmente el comité de empresa, en aquellas que superen los 50 trabajadores en plantilla, o los delegados de personal, en empresas de entre 6 y 49 trabajadores⁵⁴. Asimismo, este derecho es atribuible a otros órganos de representación legal como es el comité de empresa conjunto, que se podrá constituir siempre que se cumplan las reglas previstas en el Estatuto, en cuyo caso, se consolidará como la representación de todos los centros de la empresa objeto de agrupación⁵⁵; y por último, cabe atribuir

50 “Estructura y dinámica empresarial en España a 1 de enero de 2021”, Instituto Nacional de Estadística, nota de prensa de 13 de diciembre de 2021. Fuente: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736160707&menu=ultiDatos&idp=1254735576550

51 Fuente: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595.

52 Cifras PYME. Datos de diciembre de 2021. Fuente: <https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/Paginas/estadisticas-y-publicaciones-sobre-pyme.aspx>

53 Pues el art. 62.2 ET reconoce a los delegados de personal las mismas facultades atribuidas a los comités de empresa.

54 Arts. 62.1 y 63.1 ET.

55 Se constituirá cuando «la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen», art. 63.2 ET.

esta función al comité intercentros, en la medida en la que el convenio colectivo aplicable previera su constitución y considerara la transmisión de información entre sus competencias⁵⁶. Sin embargo, para admitir el alcance de esta facultad, nos cuestionamos si el comité intercentros está capacitado para representar y, por ende, recibir la pertinente información aunque algunos de los centros de trabajo de la empresa carezca de representación legal, habida cuenta de que se trata este de un órgano de segundo grado cuyos miembros tienen que ser designados «entre los componentes de los distintos comités de centro». En suma, nos preguntamos si su constitución está supeditada a la existencia de representantes de cada centro que compone la empresa o de lo contrario, puede constituirse y alzarse como interlocutor aunque alguno de estos centros carezca de representación⁵⁷, o incluso contando alguno de ellos con delegados de personal pero no con comité de centro⁵⁸. En nuestra opinión, el texto de la ley, en este caso, puede albergar una interpretación flexible, permitiendo que los comités intercentros representen a toda la plantilla aunque algún centro no cuente con representación o cuente con delegado/s de personal, pues el propio precepto habla de elegir a sus componentes de los distintos comités, algo diferente a exigir que todos ellos posean este tipo de representación. A falta de determinación legal de tales presupuestos, serían los convenios los que deberán concretar el alcance de su representación y constituirlos como interlocutor necesario al que transmitir información sobre subcontratación, constituyendo, a nuestro parecer, el canal más idóneo⁵⁹, por cuanto que dicha operación podrá afectar de algún modo a todos los centros de las empresas vinculadas por la subcontratación.

Todas aquellas opciones representativas de orden legal proporcionan cierto acomodo al legislador, sin que se haya planteado, tampoco en el seno de la más reciente reforma al Estatuto de los Trabajadores recién aprobada, una modificación de los preceptos ligada a la configuración de los mismos, ahondando así en la problemática de su funcionalidad, pues la deslocalización del trabajador, que en tantas ocasiones se produce en el contexto de la subcontratación provoca, por un lado, la dificultad de poder contar con instancias representativas por no superar los umbrales exigidos para su constitución y, por otro, el alejamiento de los intereses del colectivo de trabajadores representados por cualquiera de los órganos antes señalados en caso de que existieran. Es más, si uno de los trabajadores desplazados fuese a su vez representante de los trabajadores, se duda de la efectividad real de mantener su cargo, puesto que su radio de acción se vería desdoblado entre la defensa de los intereses de los trabajadores adscritos a la contrata y los del resto; incluso se podrían plantear la pérdida de su condición de representante, situación no se resuelta en la normativa ni en la jurisprudencia⁶⁰, que se debe resolver, en nuestra opinión, a favor de la continuidad de su mandato si el centro de trabajo de adscripción no resulta modificado, pero si, en cambio, si se produce la creación de uno nuevo, vinculado a la contrata, en aplicación del principio de correspondencia con el centro de trabajo en el que fue elegido⁶¹.

56 Art. 63.3 ET.

57 Postura defendida por Nieto Rojas, P., *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, Lex nova, Thomson Reuters, Valladolid, p. 206. En contra, Benavente Torres, I., “Las comisiones ad hoc en los periodos de consulta/negociación”, TL 124/2014, p. 206.

58 Cabeza Pereiro, J., “Comité intercentros”, AA.VV., *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social* (A. Baylos, C. Florencio, R. García, M.E. Casas Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 235.

59 Coincidimos en este punto con Terradillos Ormaetxea, E., “La representación colectiva de los trabajadores ante la descentralización productiva empresarial”, Lan Harremanak, 3/2000, p.71.

60 «Existiendo sin embargo una laguna legal y jurisprudencial en supuestos de desaparición del centro de trabajo de origen para ser sustituido por otros de la misma empresa (sin cesión de la titularidad)», STC 64/2016 de 11 abril (RTC 2016\64), FJ 3.

61 Nieto Rojas, P., *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, op.cit. p. 222.

La configuración legal de la representación estatutaria de los trabajadores demuestra, en este terreno, un déficit normativo derivado del mantenimiento del centro de trabajo como la unidad electoral de referencia rígida⁶². Es pacífica la doctrina jurisprudencial que así lo defiende, por lo que a pesar de que el art. 62.1 ET alude, como otros muchos preceptos a «la empresa o centro de trabajo» a objeto de elegir a sus representantes, de una interpretación lógica y sistemática de la expresión debe entenderse que tal disyuntiva lo que pretende es «distinguir entre las empresas de estructura u organización funcional simple, entendiéndose por tales aquellas en que la empresa...asienta físicamente su actividad sobre un único centro de trabajo, y las de estructura más compleja o múltiple, que la desarrollan en varios centros»⁶³.

Para tratar de proporcionar mayor eficacia a los derechos de información que aquí se examinan, en particular en el seno de empresas contratistas o subcontratistas - asumiendo que son estas las que tendrán mayores dificultades para obtener representación o mantenerla-, se piensa en varias hipótesis u opciones plausibles sobre la organización de la representación de las personas trabajadoras. La primera de ellas sería la de admitir la creación de un centro de trabajo que aglutine a todas las actividades subcontratadas por una misma empresa que actúa como auxiliar de otras, lo que vendría a solventar las dificultades con las que se puede enfrentar un órgano unitario en la empresa que se dedica a actividades subcontratadas y no subcontratadas, centrado en las necesidades de los trabajadores adscritos a las primeras.

Otra opción sería la de constituir un órgano representativo de los trabajadores de la empresa auxiliar, designado para hacer frente al encargo de la empresa cliente, en la medida en que se constituya un centro de trabajo específico para cada contrata, propuesta que ya encuentra aval en la jurisprudencia⁶⁴. Así, la Audiencia Nacional considera centro de trabajo a toda «actividad productiva organizada e individualizable, con carácter de permanencia, independientemente del número de trabajadores adscritos a la misma». Y tal unidad existe «cuando en un lugar de trabajo se desempeñan unas tareas concretas y determinadas, generadoras de un resultado individualizable de otros». Esto ocurre, en el caso de las contrataciones de obras o servicios que se prestan en centros de empresas clientes, siempre que los trabajadores que prestan servicios lo hagan adscritos de forma estable al centro de dicha empresa y el servicio no sea prestado por trabajadores «destacados por turnos» o «equipos variables», sino que debe ser demostrada la existencia de cierta estabilidad en la adscripción. En tales casos, no puede ser determinante que el empresario no haya cumplido con su deber de dar de alta el centro de trabajo como tal⁶⁵, habiéndose admitido que se trata de un acto

62 Definido como «la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral», art.5 Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

63 Por todas SSTs de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 2138), de 19 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3385) y las más recientes de 7 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3752) y de 11 de febrero de 2015 (RJ 2015, 786).

64 Un análisis jurisprudencial sobre determinación de la contrata como centro de trabajo en Serrano Argüello, N., «La determinación del centro de trabajo en los procesos electorales afectados por la descentralización productiva», en AA.VV., *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*, Cinca, Madrid, Vol. 2, 2018 (CD), pp.1-14. Fita Ortega, F., «La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de representación en la empresa». DL 107/2016, pp.40-42.

65 SAN 123/2014 de 3 julio (AS 2014\2035), FJ 5. Para definir dicha estabilidad el órgano judicial toma por analogía lo previsto en el art. 40 ET relativo a la movilidad geográfica. De forma tácita, también había admitido esta opción en la sentencia 31/2014 de 17 febrero (JUR 2014\53607), en la que admite la petición de nulidad de un convenio de la empresa Alianzas Outsourcing, SL que había sido negociado por

de eficacia declarativa, y por ello, subsanable⁶⁶. Naturalmente, la existencia de un centro de trabajo de la contrata podría apreciarse, tanto en contratas de la propia actividad como distinta a esta⁶⁷, sin que existieran razones para avalar una opción y no la otra. Esta interpretación es conforme, asimismo, con el concepto de centro de trabajo que figura en el art. 2b) de la Directiva 2002/14, que lo define como «una unidad de actividad definida conforme a la legislación y la práctica nacionales, situada en el territorio de un Estado miembro, y en la que se desarrolla una actividad económica de forma continuada con medios humanos y materiales».

Es más, se podría asumir la existencia de dos centros de trabajo, a pesar de la coincidencia locativa dos contratas que procedieran de la misma empresa auxiliar, siempre que cada una de ellas pudiera sustentar en los términos ya vistos la existencia de un centro de trabajo autónomo⁶⁸; incluso si la empresa auxiliar contara con dos contratos de arrendamiento de servicios diferentes, o bien con dos lugares de prestación de servicios diferentes derivados de la misma contrata, y siempre que posean autonomía y organización propia, cabe plantear la creación de un comité de empresa conjunto si se cumplan los requisitos legales a los que se supedita su constitución.

Naturalmente, cuando existan órganos representativos ya creados en las empresas vinculadas a la contrata, son ellos los receptores legítimos de la información; pero en el supuesto de que los trabajadores asignados a la contrata se constituyan como centro de trabajo y se convoquen elecciones en el mismo, se debe poner el énfasis en la eficacia práctica de su creación en cuanto al ejercicio de los derechos de información aquí planteados, lo que se conecta íntimamente con el momento

la delegada de personal del centro de trabajo de Alcobendas, Madrid, el único que tiene la empresa dado de alta como tal, pero dándose la circunstancia de que muchos de sus trabajadores no están representados por la misma al prestar servicios en centros de trabajo de la empresa cliente, incluso algunos de ellos en Vigo. Se pone de manifiesto la inexistencia de legitimación de la delegada de personal para negociar y firmar un convenio empresarial de ámbito estatal.

66 Sala Franco, T., Ramírez Martínez, J.M., “El centro de trabajo: configuración legal”, en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales* (E. Borrajo Dir.), Edersa, Madrid, 1990, p.241.

67 A modo de ejemplo, el servicio de limpieza en empresas principales cuyo núcleo productivo no era coincidente con el de la empresa auxiliar. Concretamente declara la STSJ de Cataluña 141/2010 de 14 enero (JUR 2010\114655), en su FJ 2 que «la limpieza de un determinado centro reúne unas características determinadas y distintas a las de limpieza de cualquier otro centro y, por tanto, el personal destino a dicha contrata se organiza funcionalmente para llevar a cabo el servicio que se han obligado a prestar con una jerarquía perfectamente estructurada y distinta de la establecida en la empresa madre, lo que claramente le otorga la condición de centro de trabajo». También en el caso de vigilancia en un aeropuerto, como resuelve la STSJ de Islas Baleares, 605/2011 de 1 diciembre (AS 2012\46), FJ 6. También se consideraron centros de trabajo, las contratas efectuadas por una empresa multiservicios en la STSJ País vasco 649/2012 de 6 marzo (JUR 2012\185925), FJ 3. Por el contrario, se niega la existencia de centro de trabajo en un supuesto similar por carecer «de la nota de permanencia necesaria a fin de sustentar y albergar los criterios de representatividad extraíbles de la celebración de los correspondientes procesos electorales, lo que no se acomodaría con la idea de poder considerar como centro de trabajo cualquier lugar en el que ocasionalmente coincidan, por disponerlo así las necesidades productivas de la empresa, determinado número de trabajadores, cuando en realidad su vinculación funcional, organizativa y productiva lo sea con el lugar donde materialmente se ubique la empresa de la que dependan», STSJ Castilla -La Mancha 806/2011 de 12 julio (AS 2011\1974), FJ 4. Ahonda en otros supuestos jurisprudenciales, Roldán Martínez, A., “Mantenimiento del mandato de los representantes de los trabajadores en los casos de sucesión de contratas y concesiones administrativas”, en AA.VV., *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial op. cit.* pp. 2-7.

68 En este sentido se manifiesta, refiriéndose a la STSJ de Castilla y León/Valladolid 585/2012 de 21 marzo 2012 (JUR 2012\126683), FJ 2, Roldán Martínez, A., “Mantenimiento del mandato de los representantes de los trabajadores en los casos de sucesión de contratas y concesiones administrativas”, op.cit. pp. 6 y 7.

en que la información debe ser trasladada. En efecto, para la constitución de la representación propia designado para la contrata, se deberá iniciar el procedimiento electoral cuya demora, así como otras eventualidades que puedan complicar su éxito -como es la inexistencia de electores o elegibles del propio centro debido a su escasa antigüedad-, podrían hacer inoperante tal facultad informativa. Superado cualquier obstáculo, la configuración de un órgano de representación propio se producirá bajo la premisa de la existencia del negocio jurídico que vincule a ambas empresas, lo que excluye, como es obvio, haber informado a tal órgano de nueva creación sobre la previsión de su propia contrata -ex. art. 64 ET-, aunque si les permitirá conocer las previsiones de contrataciones futuras, en la medida en la que perdure el órgano. En cambio, la información prevista en el art. 42.5 ET debe ser entregada antes del inicio de la ejecución de la contrata, como se analizará a continuación, momento en el que dicho órgano puede no estar aún constituido. De nuevo, en aras a la defensa de los derechos de participación, defendemos que se pueda exigir al empresario transmitir la información en el momento en que se produzca su constitución, aunque la contrata ya se estuviera ejecutando.

Al margen de las anteriores, no cabe duda de que en todas las ocasiones la plantilla adscrita a la contrata no tendrá la envergadura suficiente para crear órganos representativos, siendo entonces la propuesta más apropiada para garantizar la existencia de representación, en nuestra opinión, la modificación legal no solo del concepto de centro de trabajo, sino de las reglas electorales, que permitieran ajustarse a las necesidades concurrentes. Entre otras, se pone en valor la posibilidad de permitir un cómputo de trabajadores a nivel empresarial⁶⁹, o incluso a un nivel superior, provincial para así posibilitar que los derechos informativos se ejerzan. Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo se ha pronunciado para excluir tajantemente la posibilidad de alterar la unidad electoral predeterminada por la ley y así, la posibilidad de la agrupación de plantillas por provincias a efectos de elegir un delegado de personal provincial y ello por numerosa que pueda llegar a ser la plantilla total de la empresa en su conjunto. En dicho pronunciamiento no entra a valorar la legitimidad de un comité de empresa supra centro por no haber sido objeto de debate procesal⁷⁰, cuestión resuelta por la Audiencia Nacional concluyendo que no resulta admisible desbordar el centro de trabajo como unidad electoral en la elección para comités de empresa, más que lo previsto para el comité de empresa conjunto⁷¹.

69 Una de las propuestas de modificación del Título II del ET pasaría por la sustitución del centro de trabajo por la empresa como unidad electoral ordinaria; otra, por admitir que tanto uno como otra puedan serlo, atendiendo a la disyuntiva “o” de los arts. 62.1 y 63.1 ET para Casas Baamonde, M.E., “La necesaria reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV., *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro Homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez* (J. Cruz, R. Menéndez, M. Nogueira Coords), Bo-marzo, Albacete, 2017, pp. 113-119. Plantea propuestas similares, otorgando un papel decisor a la negociación colectiva, e incluso defendiendo el reforzamiento legal del comité intercentro que prevea su necesaria constitución, Cruz Villalón, J., “Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV., *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales...*, op. cit. pp. 155-156.

70 Aunque advierte la «posible elección de un comité de empresa que, aunque los recurrentes no lo indiquen expresamente, habría de ser de ámbito estatal o al menos multiprovincial, dado que la plantilla de la empresa no alcanza en ninguna provincia, ni siquiera en dos limítrofes, el mínimo exigido por el art. 63 ET», STS de 31 de enero de 2001(RJ 2001, 2138), FJ 2.

71 Sin que se permita en este caso aglutinar a todos los centros de trabajo que puede tener repartidos por el territorio nacional para elegir un único comité de empresa de ámbito estatal, SAN 103/2020 de 23 noviembre [JUR 2021\5861], FJ 5.

En el fondo, el Tribunal Supremo se muestra conforme o partidario de la tesis de los recurrentes siendo consciente de que solo la podría admitir en caso de modificación legal, solución que califica en un *obiter dicta* como «atractiva en línea de principios», sin mostrar inconveniente alguno en asumirla si se tratara de un debate «*de lege ferenda*», por ser más favorecedora del derecho de representación de los trabajadores en la empresa. Asienta su argumentación en la propia Constitución, en la que se propugna la participación de los trabajadores en el funcionamiento de la empresa, invocando para sustentar esta postura el art. 129.2 CE a cuyo tenor: «los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa...». Para concluir su pronunciamiento, advierte, sería cuestión distinta evaluar si cabe la posibilidad de que las partes interesadas pudieran mejorar o no mediante la negociación colectiva el sistema previsto en el art. 62 ET, que no entra a valorar por exceder de los límites de dicha contienda. No obstante concluye que, amén de ser aconsejable dotar a los trabajadores de la empresa demandada de representantes unitarios, ello habrá de lograrse en su caso por el cauce de una negociación colectiva, no por la vía de una imposición unilateral que la ley no permite⁷². Se trata esta última, no obstante, una opción que sigue vedando la Audiencia Nacional que niega que la agrupación de centros a efectos electorales pueda ser prevista en convenio colectivo, declarándose la nulidad de cláusulas de este tipo⁷³.

Coincidiendo con el Tribunal Supremo, creemos que lo más conveniente sería permitir que los convenios colectivos pudieran reflejar la determinación del centro de trabajo al que asignar representantes de una forma más flexible a la prevista en la ley⁷⁴, que vaya más allá de la creación de otras instancias de representación atípicas alejadas de las previstas a las diseñadas en propio Estatuto⁷⁵ que les permitiera tomar en consideración las características del sector o empresa así como la adecuación del nivel de representación.

En conclusión, se pone en evidencia cómo los intentos de la doctrina por proponer alternativas a la rigidez normativa en materia de creación de instancias representativas no han sido contestados con una reforma estructural⁷⁶, pese a que el propio legislador siempre ha sido consciente del desajuste representativo que puede derivar de contextos de externalización. Tanto es así que el Gobierno posee una herramienta que no ha utilizado hasta el momento y de la que dispone desde la primera versión del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de la previsión, situada en la Disposición Final Segunda del mismo, que le capacita para dictar, previas las consultas que considere oportunas a las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales, «normas necesarias para la aplicación del título II a los colectivos en los que, por la naturaleza de sus actividades, se ocasione una movilidad permanente o una acusada dispersión» y, en definitiva, «en los que concurran otras circunstancias que hagan aconsejable su inclusión en el ámbito de aplicación del mencionado título, siempre que se respete el contenido básico de esos procedimientos de representación en la empresa».

72 Sensu contrario, habría admitido la validez de tales agrupaciones en caso de negociación previa, STS de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 2138), FJ 8.

73 SAN 103/2020 de 23 noviembre (JUR 2021\5861), FJ 5.

74 Propuesta de lege ferenda ya anticipada por Cruz Villalón, J., La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente, Trotta, Madrid, 1992, p. 35.

75 Considera insuficientes este tipo de instancias creadas ex convenio, Nieto Rojas, P. Las representaciones de los trabajadores en la empresa, op.cit. p. 241.

76 En cambio, si se han producido otras de tono menor. Un recorrido por las mismas en Cruz Villalón, J., “Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa”, op.cit. pp. 147-151.

3.2.2. Información y consulta en caso de inexistencia de representación estatutaria

Todos los estudios doctrinales que abordan de un modo u otro los derechos de información y consulta en supuestos de externalización productiva convergen en afirmar la incapacidad del modelo normativo de representación en las empresas⁷⁷, manifestado en el déficit representativo de los trabajadores de empresas tanto principales como auxiliares. Es decir, salvo que las dimensiones empresariales sean de suficiente envergadura a efectos de poder propiciar elecciones representativas, o la estructura de la plantilla permita contar con electores y elegibles, se puede dar la circunstancia de que ni en la empresa principal -en particular, el centro de trabajo de la misma que contrata o subcontrata-, ni en la auxiliar, los trabajadores cuenten con dichas instancias representativas.

El legislador solo ha dado respuesta parcial al problema de la inexistencia de representación legal de los trabajadores de la empresa auxiliar estimando que la información sobre los datos de la empresa contratante será transmitida tanto a los trabajadores como a sus representantes, con lo que también la recibirán en ausencia de los mismos. En cambio, la ausencia de representantes de los trabajadores de la empresa principal implica que los deberes informativos previstos en el art. 42.4 ET decaigan, al no resultar exigible trasladar la información a los trabajadores directamente.

Adicionalmente, se faculta a los trabajadores de la empresa auxiliar a formular cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral a los representantes de la empresa principal, siempre que compartan centro de trabajo⁷⁸. No obstante, esta facultad tiene en la práctica escasa relevancia, en los casos en que así pueda hacerse valer, pues se parte de la premisa de que la empresa principal cuenta con tales representantes. Sentado lo anterior, el legislador no permite que los trabajadores de la contratista puedan formular cuestiones sobre la empresa de la que dependen⁷⁹, pues el mandato representativo de los representantes de la principal no abarca a trabajadores de empresas externas⁸⁰. De este modo, no alcanza a problemas a los que se enfrentan los trabajadores de empresas auxiliares relacionadas con sus condiciones de trabajo. Principalmente, por tanto, esta garantía será útil en materia de prevención de riesgos laborales, respecto de la cual se ha de producir una suerte de «homogeneización en las condiciones aplicables a los trabajadores de las diferentes empresas que toman parte en la contratación y subcontratación»⁸¹.

Es precisamente en el terreno de la prevención de riesgos laborales donde los derechos informativos cobran especial relevancia aunque se carezca de representantes de los trabajadores,

77 Entre otros, Casas Baamonde, M. E., “La necesaria reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores”, op.cit. pp.89-90. Olmo Gascón, A. M., *Los derechos laborales del trabajo en las contratas*, op.cit., p.273.

78 Reconocimiento similar a lo establecido en el art. 17.1 Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, con una importante diferencia y es que en estos casos no se parte de la inexistencia de representación legal en la empresa empleadora.

79 Cruz Villalón, J., Rodríguez Ramos, P., “Art. 42. Subcontratación de obras y servicios”, en AA. VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (J. Cruz, I. García-Perrote, J.M. Goerlich, J.R. Mercader, Dirs) Thomson Reuters, 4ª Ed., Valladolid, 2016, p.540.

80 No obstante, ha defendido que el hecho de que la redacción de los preceptos del Título II, Capítulo I del ET se refiera a la representación de los trabajadores “en” la empresa o el centro de trabajo, podría llevar a sostener que no sería exigible que todos los trabajadores representados tuvieran vinculación contractual con la empresa en la que ejercen su representación, aunque es consciente de que esta interpretación sería más voluntarista que real, Olmo Gascón, A.M., *Los derechos laborales del trabajo en contratas*, op.cit., p. 275.

81 Quintanilla Navarro, B., “La necesaria adaptación de las estructuras de representación en la empresa”. CRL 25 (2)/2007, p.104.

especialmente cuando comparten centro de trabajo. Al margen de la coordinación de la prevención de las empresas vinculadas a la contrata, se exige a los empresarios informarse recíprocamente sobre los riesgos específicos de las actividades que desarrollen en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las otras empresas concurrentes en el centro, lo que debe proporcionarse antes del inicio de las actividades y durante su ejecución, cuando se produzca un cambio relevante. Recibida esa información, cada empleador deberá remitirla a sus trabajadores⁸².

Por el contrario, en todos aquellos casos en los que el derecho a la información previsto en el art. 42 ET quede desatendido por inexistencia representación legal, podría plantearse la creación de comisiones *ad hoc*, a semejanza de lo previsto en el art. 41.4 ET⁸³. Su naturaleza sería de carácter temporal, coincidiendo con el periodo de la contrata, cuyas funciones y facultades serían las correspondientes a la representación legal, según lo dispuesto en el ET.

De la lectura de la doctrina jurisprudencial que ha evaluado la naturaleza y legitimidad de estas comisiones, no parece ser esta una vía plausible para paliar la carencia de representación de las personas trabajadoras en este contexto, dado que se interpreta de forma restrictiva la creación de comisiones *ad hoc* a las que asignar facultades propias de tales representantes⁸⁴, al margen de los supuestos en los que se prevén, lo que supone otra manifestación del carácter imperativo de las normas configuradoras de los órganos de representación legal⁸⁵. En todo caso, articular este tipo de representaciones efímeras puede resultar disfuncional a los efectos de atender el derecho aquí pretendido de información en casos de subcontratación, cuya capacidad de acción resultaría limitada cuando no se articule un reforzamiento de las mismas a modo de primar el protagonismo sindical en la designación de sus miembros⁸⁶, o extender expresamente las garantías que la norma estatutaria brinda a los representantes estatutarios.

3.2.3. Representación sindical

Una de las dificultades dentro del panorama sindical español que ya se señala desde hace varias décadas, la encontramos en el escaso índice de afiliación padecido por las asociaciones sindicales, lo que redundaba en el debilitamiento de las mismas⁸⁷. Esta circunstancia se agudiza aún más entre

82 Art. 4 RD 171/2004, de 30 de enero y 18 LPRL.

83 En el marco de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Al mismo se remiten los arts. 40.2 ET, sobre movilidad geográfica, el art. 47.1 ET, en materia de suspensión del contrato o reducción de jornada por causa empresariales, el art. 51.2 ET, sobre despido colectivo y el art. 82.3 ET, relativo a la inaplicación del convenio colectivo.

84 Como son las de elaborar planes de igualdad o convenios colectivos empresariales, STS 95/2021 de 26 enero (RJ 2021\572) o STS 28 de junio de 2017 (RJ 2017, 3352).

85 La regulación de la representación estatutaria se configura como norma de Derecho necesario absoluto que no puede ser modificado ni mediante negociación colectiva para Ribes Moreno, M.I., “Representación unitaria y centro de trabajo: un modelo en crisis”. TL, 141/2018, pp.163-165.

86 En esta línea, Cruz Villalón, J., “Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa”, *op.cit.* p. 159.

87 Entre otros, ya abordaba este asunto, Casas Baamonde, M.E., “Democracia, representatividad y afiliación sindicales”, en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Prof. Manuel Alonso Olea* (A. Montoya, A. Martín, F. Rodríguez-Sañudo Coords), MTSS, Madrid, 1990, p. 594. Más recientemente, pone de manifiesto cómo este panorama no ha cambiado, Rodríguez Fernández, M.L. “Organización y acción sindical ante la revolución tecnológica”, *Teoría y Derecho* 23/2018, pp. 74-77.

los trabajadores de empresas contratistas⁸⁸, lo que permite que este espacio de desmembración empresarial sirva como freno a la capacidad de intervención del sindicato⁸⁹, que tiene al centro de trabajo como «unidad base de solidaridad» entre los trabajadores⁹⁰. Las nuevas formas de organización empresarial, especialmente afectadas por los cambios tecnológicos, reflejan asimismo, los cambios a los que debe enfrentarse el sindicato, con las dificultades extrínsecas referidas, entre otras, a la dispersión física de los asalariados, y con ella, de las reivindicaciones que atender, lo que plantea ciertamente el replanteamiento de la acción sindical tradicional o clásica⁹¹.

En este contexto, la existencia de este tipo de relaciones laborales triangulares justifica el desarrollo de un sindicalismo en red que garantice de forma estructurada y transversal la cooperación entre sindicatos en los centros de trabajo. Asimismo, parece indicado el despliegue de una acción sindical territorializada por el desplazamiento del empleo hacia las pequeñas y medianas empresas⁹².

No cabe duda de que la participación del sindicato en contextos de *outsourcing* podría manifestarse mediante la creación de secciones sindicales en el centro de trabajo -tanto en su sentido legal como meramente físico- al que se adscriban los trabajadores de la empresa auxiliar, representativa de los intereses de los trabajadores afiliados de la subcontratista, o incluso se piensa en la fijación de una sección conjunta de trabajadores de la principal y la contratista en el caso de compartir centro y condiciones de ejecución trabajo⁹³. Ambas tendrían cabida en la medida en que así se prevean en los estatutos de las organizaciones sindicales, dada la autonomía que se reconoce a las mismas para establecer su ámbito de actuación, ex. art. 8.1 a) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS en adelante)⁹⁴. Si bien, la práctica demuestra que tales secciones se constituyen, fundamentalmente, a nivel de centro de trabajo, lo que ha impedido a los sindicatos, en muchas ocasiones, salvaguardar sus derechos mediante estructuras representativas que abarquen a estos trabajadores⁹⁵.

Aun constituyendo un órgano de la defensa de los intereses de los afiliados, debemos recordar que entre las funciones que compete a la sección, no se encuentran propiamente las de información y consulta a las que se refiere el presente trabajo, siendo únicamente posible que el sindicato participe de las mismas mediante la figura del delegado sindical. Así, el art. 10.3.1^a

88 Cruz Villalón, J., *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*, op.cit. p. 51. Romeral Hernández, J., *Efectos de la descentralización productiva sobre las relaciones colectivas de trabajo: ETT y contratas*, op.cit. p. 84. Explica que ello se debe a que en empresas de reducida dimensión se sienten más expuestos a represalias si se afilian a un sindicato, Sanguinetti Raymond, A., “El impacto de la descentralización productiva sobre las condiciones laborales y los derechos colectivos”, GS 29/2017, p.152.

89 Admitiendo que el sindicato no tiene capacidad organizativa para administrar el conflicto en ese lugar y, en todo caso, se trata de soluciones temporales, Baylos Grau, A., “Retorno a la empresa y problemas derivados de la institucionalización de la acción sindical en ese espacio”, Viento Sur, 7/ 2004, pp. 103104.

90 Cruz Villalón, J., La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente, op.cit., p.29.

91 Mugnolo J.P., “Los derechos de información y consulta con las representaciones de los trabajadores en la empresa”, op.cit. p. 374.

92 Citando en especial, la materia preventiva y el caso sueco, Martínez, E., “Reflexiones sobre los retos del sindicalismo europeo”. GS, 16/ 2011, p. 37, citando a VOGEL, L., “Suede: les représentants régionaux á la sécurité, un modele unique en Europe”, HesaMag, 3/2011.

93 Considerada como la posibilidad más respetuosa con las singularidades y variedad del trabajo subcontratado, Olmo Gascón, A., M., *Los derechos laborales del trabajo en las contratas*, op.cit. p. 298.

94 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

95 Merino Segovia, M., “Nuevas formas de organización productiva y autonomía colectiva: sus recíprocas influencias”, JL, 36/2008, p. 25.

confiere únicamente a estos últimos el derecho a acceder a la información que la empresa facilite al comité de empresa -cuando no pertenecen a este-, pero no a la sección sindical o al propio sindicato, salvo que se admita la atribución de dicha facultad mediante la negociación colectiva.

Los delegados sindicales, a diferencia de lo que ocurre con los representantes estatutarios, pueden ser elegidos a nivel de empresa⁹⁶. Sin embargo, su constitución depende de dos requisitos adicionales: que la empresa o el centro supere los 250 trabajadores y que representen a secciones sindicales con presencia en los comités de empresa. Luego, si no existe comité de empresa, se desvanece la opción de elegir un delegado sindical al que extender las garantías previstas en el art. 10 LOLS.

Existen, no obstante, otro tipo de delegados sindicales que tienen limitada su actuación a la estricta representación de la sección sindical y no alcanza a los derechos y garantías del art. 10 LOLS, si no se constituyen en virtud de lo previsto dicho artículo⁹⁷. En suma, toda sección sindical constituida en una empresa tiene derecho a elegir sus propios delegados sindicales pero estos solamente gozarán de las prerrogativas en cuestión cuando se cumplen aquellos requisitos que fija la LOLS⁹⁸.

No obstante, el propio Tribunal Supremo ha interpretado el requisito de la dimensión de la plantilla de un modo flexible, estimado la extensión de todas las garantías legales a los delegados sindicales en los casos en que los convenios colectivos reduzcan el número de trabajadores necesarios en la plantilla para efectuar dicha designación⁹⁹. En este sentido, considera que la reducción del umbral de trabajadores necesarios para designar a un delegado sindical supone una mejora legalmente posible sobre la base de hacer una interpretación sistemática e integradora de todos los apartados del artículo 10 de la LOLS¹⁰⁰. Su apartado segundo contempla que mediante la negociación colectiva se podrá ampliar el número de delegados establecidos en la escala a la que hace referencia este apartado. Ello, además, se desprende, aun en modo implícito, de la jurisprudencia del TC cuando afirma que «el delegado sindical de la Ley Orgánica de Libertad Sindical o delegado sindical «externo» no viene impuesto por la Constitución ni se incluye en el contenido esencial del derecho de libertad sindical, que continúa siendo reconocible aunque no todos los sindicatos ostenten el derecho a estar representados por delegados sindicales en los términos de la dicha Ley». Tales facultades y garantías, en consecuencia, tienen origen legal, por lo que la determinación de su configuración y límites corresponde al legislador o, en su caso, a la negociación colectiva, como permite expresamente el art. 10.2 LOLS¹⁰¹.

Por todo lo anterior, consideramos que también los delegados sindicales elegidos por secciones sindicales con presencia en el comité en centros o empresas que ocupen a menos de 250 trabajadores, cuando así lo contempla el convenio, tendrán acceso a la información mencionada constituyendo una negativa empresarial en estos términos una vulneración a su libertad sindical¹⁰².

96 En aplicación de lo previsto en el art. 10.1 LOLS, permite la existencia de delegados sindicales que representen a la empresa en su conjunto, STS de 18 de julio de 2014 (RJ 2014\4781), FJ 4.

97 STS 1099/2020 de 9 diciembre (RJ 2020\5033), FJ 2.

98 STS de 17 junio 2014 (RJ 2014\4373), FJ 4.

99 SSTS 13 octubre 1989 (RJ 1989\7170), FJ 1 y de 14 diciembre de 1990 (RJ 1990\9790), FJ 5.

100 STS 17 de Junio de 2014 (RJ 2014\4373), FJ 4.

101 STC 229/2002 de 9 diciembre (RTC 2002\229), FJ 2.

102 En tanto que «el reconocimiento de la libertad sindical y de la función del sindicato de contribuir a la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, le atribuye consiguientemente el ejercicio de aquellos derechos necesarios para el cumplimiento de tal función, como manifestación ineludible de la

Resta por señalar, para cerrar este apartado, que el conjunto de sujetos pasivos de la información sobre las particularidades de la subcontratación no se agota con lo previsto en la norma estatutaria y sindical. Antes al contrario, la normativa de prevención de riesgos laborales impone el deber de informar también a los delegados de prevención cuando se concierte un contrato de prestación de obras o servicios en los términos previstos en el artículo 42 ET y en el artículo 64 ET para así garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL)¹⁰³.

3.3. Contenido de la información

Superados los anteriores interrogantes, nos adentramos en el análisis del contenido material de la información que se debe suministrar cuando se concierte una contrata, correspondiente o no a la propia actividad¹⁰⁴. Se trata de una información específica prevista en el art. 42 ET en distintos apartados, complementaria a la concebida en el 64.2 c) ET¹⁰⁵.

Si bien la información que reflejan los apartados 3 a 5 es bastante detallada, relativa fundamentalmente a los datos sobre los empresarios concurrentes y a las condiciones de ejecución de la actividad subcontratada, no incumbe a determinados datos relativos a la identidad de los trabajadores empleados por la contratista, puesto de trabajo que ocupan, tipo de contrato que lo vincula a su empleador o la categoría profesional, en tanto que se refieren a la esfera de la intimidad de las personas trabajadoras¹⁰⁶.

Por un lado, el empresario principal debe informar a los representantes de sus trabajadores sobre los siguientes extremos: nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista, datos sin duda necesarios para hacer efectivo el derecho a interponer las oportunas reclamaciones en su caso; objeto y duración de la contrata, aspecto relevante en cuanto define si se trata de la propia actividad o no, con las consecuencias en orden a la extensión de responsabilidad en materia salarial o de Seguridad Social que de ello deriva; lugar de ejecución de la contrata, aspecto importante a efectos de la eventual delimitación de la misma como centro de trabajo así como de la aplicación de las normas preventivas; en su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal, lo que de nuevo redundará esencialmente en las medidas de protección de la seguridad y salud que deben ser adoptadas y para permitir o no que los trabajadores de la contrata puedan acudir a la representación de los trabajadores de la empresa principal si ellos no cuentan con representantes propios; y medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, siempre que trabajadores de ambas empresas compartan centro de trabajo.

Este último aspecto, el de la prevención, nos remite a la norma de cabecera en la materia, la LPRL, en la que se produce un claro deslinde en cuanto a los deberes de prevención dependiendo

libertad sindical, de forma que el impedimento o la obstaculización a tal ejercicio puede constituir vulneración del art. 28.1 CE» STC 208/1993 de 28 junio (RTC 1993\208), FJ 2.

103 Art. 15.1 el RD 171/2004 de 30 de enero.

104 Superado ya el debate que giraba en torno a si la información prevista en el precepto solo era exigible cuando la contrata era de la propia actividad. Entre otros, Calvo Gallego, J., “Las modificaciones en el régimen jurídico de la subcontratación”, en AA.VV., *La reforma laboral de 2006: (Real decreto Ley 5/2006, de 9 de junio)* (J. Cruz Coord.), Lex nova, Madrid, 2006, p.137.

105 STS 148/2019 de 27 febrero. RJ 2019\1536, FJ 3.

106 STS 20 junio 2012 (RJ 2012\9966), FJ 2.

de si los trabajadores de la contrata desempeñen sus labores en el centro de trabajo de la principal o fuera de él. En el primer escenario, las empresas principales deberán vigilar el cumplimiento de las normas preventivas por parte de los contratistas y subcontratistas, informando previamente acerca de los riesgos presentes en el centro de trabajo¹⁰⁷. En cambio, si la actividad se desarrolla fuera de estas instalaciones, solo es necesario informar al personal sobre el uso adecuado de maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal¹⁰⁸.

Adicionalmente, a fin de dar cumplimiento de las normas preventivas, también se prevé, en caso de desarrollo simultáneo de actividades de dos empresas, la realización de reuniones conjuntas de los Comités de Seguridad y Salud, o en su defecto, de los

Delegados de Prevención y empresarios de las empresas que carezcan de dichos Comités, u otras medidas de actuación coordinada¹⁰⁹.

Toda la información a la que se refiere el apartado 4 del art. 42 ET, en ocasiones, quedará incorporada en un documento único a disposición de los representantes de las personas trabajadoras. Así, cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información respecto de todas las empresas citadas¹¹⁰, sea o no la titular de dicho centro.

No especifica la norma qué representantes de los trabajadores podrían acceder a la información prevista en el libro registro, ausencia que anima a defender que ante la indistinción legal, todos los representantes de trabajadores de empresas vinculadas por la subcontratación estarían capacitados para ello, incluyendo los de origen sindical¹¹¹. La idoneidad de la instauración del libro registro, se desprende precisamente del hecho de que todos los representantes de los trabajadores cuenten con una información completa y única de las condiciones de desarrollo de tales contrataciones. Supone, sin duda, una herramienta útil para todos ellos cuyo contenido, ni comprende una limitación de derechos laborales a la protección de datos o a la intimidad, ni socaba el derecho de la empresa a no mostrar información reservada.

Tampoco da respuestas el precepto a si sigue siendo obligatorio el libro registro cuando no hubiera representantes de los trabajadores ni en la principal ni en la contrata o subcontratas, entendiéndose que todos los mencionados puedan acceder al mismo. En este caso, creemos que tampoco desaparecería esta carga puesto que siempre existirá la opción de que dichas instancias se creen durante la ejecución de la contrata, o que existan órganos sindicales facultados para acceder a dicha información. En cambio, no parece que los trabajadores puedan acceder a este documento, aunque ello posibilitaría tener conocimiento de las empresas vinculadas y favorecería las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva en casos de incumplimientos salariales, de Seguridad social o en materia de prevención de riesgos.

107 Art. 24.3 LPRL.

108 Art. 24.4 e combinación con el art. 41.2 LPRL.

109 Art. 39.3 LPRL.

110 Obligación introducida por el art. 12.7 de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. Un análisis del mismo en Sempere Navarro, A.V., "Los fenómenos intraempresariales y el nuevo Libro Registro tras el RD Ley 5/2006: un esquema", AS, 7- 8/2006. Valdés dal Ré, F., "El libro registro de contrataciones y subcontratas", RL 1/2007.

111 Cruz Villalón, J., La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales, op.cit. p. 134.

Por su parte, las empresas contratistas deben informar tanto a sus trabajadores como a los representantes de estos de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento -art. 42.3 y 5 ET-. Dicha información incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Así mismo, deberán informar a los representantes de sus trabajadores sobre las mismas cuestiones que el empresario principal a los de su empresa.

La única modificación sustancial del precepto, efectuada por el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, se refiere al convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las contratistas y subcontratistas, que será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este en los términos que resulten del artículo 84. Pues bien, en nuestra opinión, este asunto podría haber tenido acomodo entre las materias sobre las que la empresa contratista debiera informar tanto a los trabajadores afectados, como a la representación legal de estos¹¹².

Cuestión debatida es la relativa a la información a suministrar en los supuestos de cadena de contratas, en cuyo caso se plantea si los datos de la empresa principal a que se refiere el precepto son los relativos a la empresa que actúa como contratante, o si ese deber informativo abarca también a lo relativo a las anteriores contratas. En nuestra opinión, una interpretación extensiva sería la más conveniente, habida cuenta de que todas las empresas vinculadas en tales supuestos responden de forma solidaria en casos de incumplimientos de las que se coloquen en posiciones inferiores a ellas en la cadena¹¹³. De lo contrario, solo accederán a esa información en los supuestos en que la empresa principal proporcione un libro registro disponible cuando compartan centro de trabajo.

Una última cuestión se deduce de la regulación sobre las materias objeto de información. Se trata de evaluar si cabría exigir más información relacionada con la subcontratación que la esgrimida en el precepto. Sobre esta cuestión, baste con acudir a la jurisprudencia del TS para dar una respuesta afirmativa cuando esta prescripción se incorpore en un convenio colectivo, a pesar de que, como el propio Tribunal afirma, se trata de derechos que no son susceptibles de interpretación extensiva para no interferir más de lo necesario en lo que es competencia del empresario, ni podrá superar, por ende, los límites fijados por la Ley¹¹⁴. Por tanto, exceptuando este tipo de materias sensibles, junto con aquellas que recaigan en el marco del secreto profesional¹¹⁵,

112 Se introduce un nuevo apartado 6 al art. 42 ET.

113 Opinión compartida por Montoya Medina, D., “Trabajo en contratas y protección de los trabajadores”, op.cit. pp. 454-455 y Martínez Barroso, M.R. “Deberes de información, derechos de representación...”, op.cit. p. 212. En esta línea se situaba la propuesta de enmienda nº 5 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos- En común Podem-En Marea a la proposición de ley de modificación del art. 42.3 del ET, que exigía informar a los trabajadores-que no a sus representantes- de la identidad de todas las empresas, tanto la contratante como las que la precedieran en la cadena de subcontratación. Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 25-4 de 3 de mayo de 2017. Un comentario sobre la proposición de ley y sus enmiendas en Gómez Gordillo, R., “Apuntes para una reforma de la regulación laboral de la subcontratación de obras y servicios”, op.cit., p. 16-21.

114 STS de 2 noviembre 1999 (RJ 1999\9108), FJ 3, reproducido más recientemente entre otras en la STSJ Andalucía 560/2020 de 13 febrero (AS 2020\2116), FJ 2.

115 Vid. infra § 3.5.

las contempladas en el precepto constituyen contenido mínimo, ampliables por convenio, y en última instancia, por decisión del propio empresario.

3.4. Forma y modo de transmitir la información

En lo que respecta al modo de ejecutar el deber informativo previsto en el art. 42 ET, dado que nada especifica la norma, debemos remitirnos a su regulación general, la incorporada en el art. 64 ET, que exige que la transmisión de la información tenga lugar en un momento, de una forma y con un contenido apropiado, esto es, de manera que permita a los representantes de los trabajadores examinarla adecuadamente y, en su caso, preparar la consulta y el informe preceptivo.

Sobre el momento en que se debe transmitir información, el art. 42 ET exige al empresario principal informar a los representantes de sus trabajadores cuando se concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista. En nuestra opinión, la interpretación correcta, atendiendo a la finalidad teleológica de la norma, es que tal información será proporcionada antes de que se inicie efectivamente la actividad o actividades vinculadas a la contrata, siendo válido incluso si se realiza una vez ya celebrado el correspondiente contrato de obras o servicios entre las partes¹¹⁶. La convalidación del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 marzo, mediante la Ley 12/2001, de 9 de julio¹¹⁷, parecía incidir en este aspecto, pues en el primero se aludía al momento en que se «concluyera» el contrato de prestación de obras o servicios, por tanto, una vez realizado el negocio jurídico, quedando sustituido por la referencia al momento en que se «concierte» el mismo, lo que no implica, per sé, la firma o conclusión del pacto entre empresas, sino la existencia de un acuerdo. No obstante, dicha modificación terminológica, desde nuestro punto de vista, adquiere poca relevancia a los efectos de albergar la conclusión alcanzada.

La contratista, por su parte, remitirá la información correspondiente a sus trabajadores «antes de iniciar la prestación» mientras que lo mismo deberá hacer con los representantes de sus trabajadores «antes del inicio de la ejecución de la contrata». En estos casos, podemos alcanzar una conclusión similar en el sentido de que la información debe preceder, en todo caso, al inicio del desarrollo de la actividad, con independencia de la existencia del pacto formal inter empresarial.

Por último, inherente al modo en que se debe transmitir información es la forma en la que esta se ha de proporcionar. Aunque no suponga una cuestión muy discutida, caben varias alternativas para entender cumplido este deber, la primera de la cual sería la forma oral. Otra opción sería su entrega en formato papel. Por último, se podría obtener en soporte digital. La primera de las opciones queda eliminada expresamente respecto a la información que la empresa contratista debe trasladar a sus trabajadores, por así referirlo el apartado 3 del art. 42 ET, que exige la forma escrita. En cambio, nada se especifica con respecto a los deberes informativos hacia los representantes de los trabajadores de ambas empresas. En cualquier caso, dicha información se debe facilitar, recordemos, de una manera apropiada para proceder a su examen -art. 64.6 ET-

116 En este sentido, Gala Durán, C., «Art. 42. Subcontratación de obras y servicios», AA.VV., *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con Jurisprudencia* (S. Del Rey, Dir.), La Ley, 3ª Ed., Madrid, 2013, p. 958. Romero Hernández, J., *Efectos de la descentralización productiva sobre las relaciones colectivas de trabajo: ETTy contratas*, op.cit. p. 94.

117 Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

En nuestra opinión, constituyendo la finalidad de la transmisión de información permitir el control y vigilancia de la aplicación de las normas laborales¹¹⁸, la forma en la que esta ha de proporcionarse ha de ser el más favorable a su completo y cabal conocimiento por los representantes¹¹⁹, de manera que dicha información podrá permanecer accesible durante toda la contrata. Por ello, difícilmente su transmisión oral podrá servir al cumplimiento de tal deber de una manera adecuada para su correcto examen.

En fin, en cuanto a posibilidad de exigir la entrega de información a través de los medios digitales, la jurisprudencia ha permitido, en ocasiones, que los representantes de los trabajadores se sirvan de los medios tecnológicos a disposición de la empresa para realizar labores de comunicación con sus representados, previo cumplimiento de una serie de premisas¹²⁰. La primera de ellas se sitúa en su existencia previa, pues no se puede obligar a la empresa a crear estos medios a solicitud de la representación. En segundo lugar, que con ello no se afecte a la organización productiva¹²¹. Nada se advierte, en cambio, sobre la acción de informar a los representantes en aspectos como los analizados en este trabajo. A nuestro modo de ver, análogamente, si se justifica que su entrega en formato digital supone la medida más apropiada para su correcto examen, cumpliendo asimismo con las premisas impuestas por la jurisprudencia en aplicación análoga a los supuestos en que se experimentaba el requerimiento de los medios digitales por parte de los representantes, y sin que ello pudiera causar un grave perjuicio al empleador; se podría sostener el deber del empresario de acceder a dicha solicitud que, en todo caso, sería exigible si lo prevé el convenio colectivo aplicable.

4. BREVE REFERENCIA A LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN CASO DE SUCESIÓN DE CONTRATAS

Un último aspecto que valorar en relación al traslado obligatorio de información en el terreno de la subcontratación se encuentra en los supuestos de transmisión empresarial cuando se produce el fenómeno de la sucesión de contratas¹²². Sin entrar a valorar las reglas previstas en la regulación legal o convencional para que se produzca el resultado subrogatorio, nos detendremos en el apartado 6 del art. 44 ET que enumera aquellos extremos sobre los que cedente y cesionario deben informar a los representantes de sus trabajadores¹²³, aspecto tampoco sujeto a modificación por la reciente reforma operada sobre el Estatuto de los Trabajadores.

La información referida en el precepto trata de aspectos que inciden en dar a conocer, con suficiente antelación, las circunstancias de la transmisión y los efectos laborales que ello desencadenará, a saber; la fecha prevista de la transmisión; motivos por los que se produce, incluyendo

118 STS 2 noviembre 1999 (RJ 1999\9108), FJ 4.

119 Álvarez Alonso, D., Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectivas de futuro, op.cit., p. 59.

120 Navarro Nieto, F., "El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones", TL 138/2017, pp. 56-61.

121 Paradigmática a estos efectos es la STC 281/2005 de 7 de noviembre (RTC 2005\281).

122 Un estudio jurisprudencial del concepto de «cambio de empresario», incluyendo supuestos de sucesión de contratas en Menéndez Calvo, R., *Negociación colectiva y descentralización productiva*, op.cit. pp. 174-178.

123 Tras la modificación operada por el art. 2.2 de la Ley 12/2001, de 9 de julio. Antes de la misma, solo se contemplaba el deber del cesionario de notificar el cambio de titularidad de la empresa a los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedida.

una información pormenorizada y exhaustiva del porqué de la transmisión que se va a operar¹²⁴; consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores de la misma; finalmente, medidas previstas respecto de los trabajadores. Aclara el precepto, que en caso de inexistencia de tales representantes, la información se debe proporcionar a los trabajadores directamente afectados por el negocio jurídico, tanto de una como de la otra empresa.

De la regulación anterior se deduce que el legislador se mueve en el terreno de la información también en los supuestos de transmisión empresarial, si bien excepcionalmente exige someterla a un periodo de consultas cuando la misma conlleve la adopción de medidas que puedan afectar a los trabajadores-de la cedente o de la cesionaria-. El mencionado periodo de consultas se abre en este supuesto con vistas a la celebración de un acuerdo, esto es, se somete a una verdadera negociación¹²⁵.

Como se deduce de la lectura conjunta de los arts. 42 y 44 ET, no resultan asimilables el contenido de ambas informaciones, referidas cada una de ellas a supuestos independientes¹²⁶, por lo que en caso de sucesión de contratas, tanto la empresa principal como la nueva contratista estarán constreñidas a proporcionar la información prevista en ambos preceptos de forma complementaria.

5. DEBER DE SIGILO DE LA REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

Los derechos de información y consulta de los representantes de las personas trabajadoras proporcionan garantías de cumplimiento de las normas laborales en la medida en que suponen un instrumento necesario para su ejercicio. La información a la que acceden puede ser, a su vez, expuesta a sus representados, facultad implícita de sus encomiendas legales y constitucionales que se encuentra justificada en el derecho a expresar opiniones y a publicar información de interés laboral o social, siempre que no perturbe el normal desenvolvimiento del trabajo, previa comunicación a la empresa¹²⁷. Por tanto, la libertad de expresión que sirve de base al traslado de información debe ser ponderada con el ejercicio de la libertad de empresa concretada en el poder de dirección del empresario¹²⁸, lo que se instrumenta a través del deber de sigilo al que se somete a los representantes de las personas trabajadoras¹²⁹.

Tal información, en ocasiones, puede contemplar asuntos de carácter reservado de la empresa, lo que impide que su contenido pueda ser exportado en toda su plenitud, sino en la medida en

124 STSJ de Andalucía 94/2005 de 16 febrero (JUR 2007\190995), FJ 3.

125 Cruz Villalón, J., La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales, op.cit., pp. 104-105.

126 Tarabini-Castellani Aznar, M., “Los derechos de información y consulta de los trabajadores en los casos de cambio de titularidad empresarial”, REDT 152/2011, BIB 2011\1605, p. 3.

127 Arts. 9820 a) y c) CE y 68 d) ET.

128 Al que ampara en estos casos lo que ha denominado «derecho al silencio», MOLINA NAVARRETE, C., “Novedades laborales en el cierre de la legislatura”. Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), nº 300, 2008, p. 42.

129 Sobre este deber vid. GARRIDO PÉREZ, E., “El deber de sigilo”, en AA.VV., *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores* (R. Escudero, J.R. Mercader Eds.), La Ley, Madrid, 2004, pp. 247-293.

que no perjudique notablemente su normal desenvolvimiento comercial¹³⁰. La confidencialidad de lo transmitido, por tanto, marca los contornos de aquello que se ha de respetar y que alude a información «reservada», y que no se encuentra limitada a lo previsto en el art. 64 exclusivamente¹³¹, sino que incluye cualquier otra información a la que tengan acceso dichos representantes.

Dicha prerrogativa empresarial, como resulta obvio, no resulta absoluta. La confidencialidad de la materia reservada debe poder justificarse en términos objetivos, de manera que no es suficiente con que el empresario califique unilateralmente como confidencial cierta información, siendo necesario que desde un plano objetivo efectivamente lo sea¹³², a efectos de no socavar el ejercicio de las facultades representativas¹³³. De este modo, será clasificada como reservada aquella información relativa a fórmulas empresariales o industriales y a datos sobre la evolución económica y financiera de la empresa cuya exteriorización pudiera ocasionar perjuicios importantes si llegase a manos de empresas de la competencia. En caso de discrepancia, tanto acerca de lo confidencial de la información, así como sobre la falta de acato del deber de sigilo, se abre la vía impugnatoria a los representantes de los trabajadores y empresarios respectivamente mediante el proceso especial de conflicto colectivo¹³⁴.

Sobre el ámbito subjetivo de aplicación del deber de sigilo, el art. 65.2 ET se refiere a los miembros del comité de empresa y a éste en su conjunto, además de, en su caso, los expertos que les asistan. Asimismo, el art. 62.2 ET hace extensible expresamente a los delegados de personal la observación de las normas de sigilo profesional dispuestas en el artículo antes indicado. También se someten a esta prescripción los delegados sindicales, por mor de lo previsto en el art. 10.3 LOLS. En el ámbito concreto de sus competencias, también afecta a los delegados de prevención -art. 37.3 LPRL-, así como los trabajadores designados por el empresario en cumplimiento de su deber general de prevención en la empresa -art. 30.4 LPRL-. Por último, este deber alcanzará, en su caso, a los órganos de representación creados vía convenio colectivo, quedando sometidos al deber de sigilo cuando accedan a información reservada o secretos profesionales o industriales a los que hayan tenido acceso por su pertenencia en los mismos¹³⁵.

Si nos situamos en el marco de la subcontratación, podemos dilucidar acerca del verdadero alcance de esta limitación, o dicho de otro modo, cabe pensar de qué manera pueda la representación

130 Art. 65.2 ET. Sobre el debate doctrinal que gira en torno a la distinción entre secreto y sigilo, Molero Marañón, M.L., Valdés dal Ré, F., *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Comares, Granada, 2014, pp. 60-62.

131 El originario art. 65.2 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 concretaba en deber de sigilo en todo lo referente a los números uno, dos, tres y cuatro del apartado uno del art. 64. Este enfoque se mantuvo en la reforma del Estatuto de 1995 (si bien añadiendo el apartado quinto) y finalmente se extendió su ámbito aplicativo, desconectado del art. 64 mediante la Ley 38/2007, de transposición de la Directiva 2002/14.

132 STS de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989\9200), FJ 4. Enumera una serie de circunstancias que la empresa habría de demostrar con el fin de justificar real y objetivamente la exigencia de un deber de sigilo, GARRIDO PÉREZ, “Los cambios sistemáticos, materiales y funcionales en los derechos de información y consulta de los representantes unitarios del personal”. *Temas Laborales*, n° 95, 2008, p. 34, p. 37.

133 Boza Pro, G., *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 101.

134 Art. 153.3 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

135 Se refiere a esta imposición con respecto a comisiones en las que participaran sujetos no integrantes de la representación legal, incluso creados a instancias de la negociación colectiva, Garrido Pérez, E., “El deber de sigilo”, *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores*, op.cit., p. 269.

de los trabajadores desvelar un secreto profesional la transmisión de información suministrada en este contexto, incumpliendo el deber de sigilo analizado. En nuestra opinión, en la medida en que dicha información alcanza a datos objetivos de las empresas vinculadas en la contratación, actividades a desarrollar, trabajadores adscritos, lugar y duración o coordinación en materia preventiva, en nada relacionados al proceso productivo en cuanto a la expresión de claves económicas o técnicas del mismo, podemos sostener que difícilmente la exteriorización de información sobre esta cuestión transgredirá el deber de sigilo profesional, máxime cuando precisamente su traslado sirve a los efectos de controlar la licitud de la subcontratación a efectos laborales¹³⁶.

6. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN SUPUESTOS DE SUBCONTRATACIÓN

La ausencia de la información referida a las previsiones de subcontratación que han sido analizadas en las páginas anteriores, así como proporcionar aquella en términos engañosos, no está exento de consecuencias. Antes al contrario, supone una infracción grave «la transgresión de los derechos de información... de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos», en virtud de lo previsto en el art. 7.7 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (en adelante, LISOS)¹³⁷, donde quedan subsumidos los incumplimientos derivados del art. 64 ET, que pueden coexistir con los relativos a los aspectos específicos objeto de información en el terreno de la subcontratación. En efecto, el incumplimiento por el empresario de sus obligaciones de información a los representantes legales de los trabajadores ex art. 42.4 y 5 del ET, dará lugar a la imposición de una sanción administrativa por infracción grave-art. 7.11 LISOS-. Al mismo tiempo, se contempla como incumplimiento grave no informar debidamente a los trabajadores afectados por una sucesión de empresa establecida en el artículo 44.7 ET. Por último, sobre la base de la conculcación del derecho a la información, más que debido a la ausencia del mero soporte físico, se considera igualmente infracción administrativa grave no disponer la empresa principal del libro registro de las empresas contratistas o subcontratistas que compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo a que se refiere el artículo 42.4 ET, pues se trata de una trasgresión sancionable cuando ello comporte la ausencia de información a los representantes legales de los trabajadores -Art. 7.12 LISOS-.

Al margen de las consecuencias de índole administrativa por infracción grave¹³⁸, nos cuestionamos si la ausencia de la misma genera algún otro efecto o consecuencia, incluyendo la propia nulidad del negocio jurídico. No es esta la opción prevista por la norma¹³⁹, ni tampoco se observa

136 Concluye que el tema de la subcontratación guarda escasa relevancia desde el punto de vista de la preservación de secretos empresariales Garrido Pérez, E., “Los cambios sistemáticos, materiales y funcionales en los derechos de información y consulta de los representantes unitarios del personal”. TL, 95/2008, p. 34.

137 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

138 Resulta llamativo que los incumplimientos en materia de información y consulta en empresas de dimensión comunitaria se contemplan, en cambio, como infracciones muy graves ex. art. 9 LISOS.

139 En esta línea, Pedrajas Moreno, A., Sala Franco, T., “Acerca del alcance legal de las obligaciones de información y consulta a los representantes de los trabajadores en la empresa y de las consecuencias jurídicas del incumplimiento empresarial de las mismas”. Boletín Laboral Abdón Pedrajas, 2008. En cambio, el art. 122 b) LJS considera celebrado en fraude de ley y por ello nulo el despido colectivo llevado a cabo

en la jurisprudencia consolidada, en la que solo se sancionan con la nulidad aquellas decisiones empresariales unilaterales que no han sido precedidas del trámite preceptivo de la consulta o el informe previo¹⁴⁰. Se trata, en efecto, de supuestos no parangonables en la medida en que la consulta o el informe previo han de tener lugar antes de que se tome la decisión empresarial, y no una vez esta se haya producido, como sucede con la información prevista en el art. 42 ET. Ni siquiera cabría aplicar tal conclusión en relación a la información sobre las previsiones de subcontratación ex. art. 64.2 c), dado que el precepto no exige que en la práctica la subcontratación llegue a tener lugar.

No podemos obviar, no obstante, que el ordenamiento jurídico reconoce tanto a los sujetos individuales como colectivos el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrada en el art. 24 CE, que permite ejercitar y reclamar sus derechos e intereses legítimos. En litigios vinculados al incumplimiento del deber de transmitir información sobre los procesos de subcontratación, la jurisdicción competente será la social y el procedimiento adecuado sería el de conflicto colectivo¹⁴¹, tras la reforma operada también en este aspecto por la Ley 38/2007, de 16 de noviembre¹⁴². Este es el procedimiento adecuado para impugnar tanto las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado a cierta información, como de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores cuando así lo hubiera dispuesto una norma legal o convencional. Si como quiera que en ocasiones tales representantes encuentran protección adicional en la libertad sindical, también se abre para ellos la vía impugnatoria de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas¹⁴³.

7. APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN MATERIA DE SUBCONTRATACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La configuración legal de los derechos de información y consulta cuando se produce la subcontratación de empresas no es óbice para que los márgenes de estos derechos se ensanchen mediante la negociación colectiva, instrumento adecuado para canalizar correctamente la debida protección de los mismos¹⁴⁴. Esta opción de concretar e incluso ampliar el contenido legal de los derechos de información y consulta se admite en el propio texto legal, concretamente en la cláusula de cierre del art. 64 ET a la que ya nos hemos referido, si bien supeditado al principio de jerarquía normativa.

eludiendo el procedimiento de consultas referido en el art. 51.1 ET, Por su parte, el art. 138.7 LJS prevé la nulidad de la decisión empresarial que elude las normas relativas al periodo de consultas establecido en los artículos 40.2, 41.4 y 47 LET.

140 La ausencia de la preceptiva negociación previa motivó la nulidad del calendario de vacaciones adoptado de manera unilateral por la empresa, STS de 18 noviembre 2014 (RJ 2014\6471), FJ 2.

141 Procedimiento regulado en los arts. 153 a 162 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Sobre esta cuestión vid. Navarro Nieto, F., *Los derechos de participación de los trabajadores en el nuevo escenario del Derecho del trabajo en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 117. Se remite a las SSAN 71/2014 de 9 abril (AS 2014\897) y 135/2014 de 21 julio (AS 2014\2534), en las que se admite el conflicto colectivo como procedimiento adecuado en este tipo de reclamaciones (FFJJ 3 respectivamente).

142 Se añade el apartado 3 por la disposición final 2 de la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

143 Arts. 177-184 LJS Ley 36/2011, de 10 de octubre.

144 Mugnolo, J.P., "Los derechos de información y consulta con las representaciones de los trabajadores en la empresa", op.cit. p.377.

Sin ánimo de mostrar el panorama completo de la cuestión, la realidad convencional analizada refleja que las competencias de información y consulta en el contexto de la subcontratación sigue siendo un terreno poco explorado¹⁴⁵, cuyo interés no ha sido promovido ni siquiera desde los acuerdos interprofesionales¹⁴⁶. De la muestra de convenios seleccionada¹⁴⁷, algunos destacan por la ausencia de regulación de estos derechos, refiriéndose a la subcontratación en otros términos. En algunos casos, para incluir a los trabajadores de contratas de empresas incluidas en su ámbito de aplicación¹⁴⁸, preceptos que tendrán que adecuarse a lo previsto por la reciente reforma sobre este concreto aspecto. En muchos otros casos, se interesan por destacar las responsabilidades para las empresas vinculadas que derivan de la subcontratación¹⁴⁹. Algunos convenios colectivos, en cambio, se manifiestan sobre este fenómeno para limitar su uso¹⁵⁰, veto que va en la línea de tanto de la jurisprudencia del TS¹⁵¹, como de la propuesta de algunos operadores jurídicos, que sin embargo no ha tenido acomodo en la última reforma del Estatuto de los Trabajadores¹⁵²; mientras que otros,

145 Como afirmara en su estudio, Menéndez Calvo, R., *Negociación colectiva y descentralización productiva*, op.cit. p. 205.

146 Pueden ser consultados en: https://www.mites.gob.es/es/sec_trabajo/ccnc/D_AspectosNormativos/AcuerdosInterconfederales/index.htm.

147 Se trata de una muestra no representativa, basada en convenios publicados desde 1 de enero de 2019, en los que se contenía la palabra «subcontratación» o se indicaban algunos de los preceptos del Estatuto que regulan esta cuestión.

148 Anexo I del convenio colectivo del personal de flota de la entidad pública empresarial sociedad de salvamento y seguridad marítima. BOE 21 enero 2021, núm. 18; también, art. 2 del convenio colectivo de ámbito estatal de radiodifusión comercial sonora. BOE 1 octubre 2019, núm. 236, el art. 1 del convenio colectivo de trabajo para el sector de empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (transporte sanitario) de la Comunidad Autónoma Valenciana, para los años 2018 - 2023. DO. Generalitat Valenciana 6 agosto 2019, núm. 8607; art. 34 del convenio colectivo de la empresa Hotel NH Collection Villa de Bilbao BO. Bizkaia 18 marzo 2021, núm. 53; o el art. 3 del convenio colectivo del sector limpieza de edificios y locales de Zaragoza. BO. Zaragoza 27 marzo 2019, núm. 70.

149 Como ejemplos, art. 84 III del convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM). BOE 19 diciembre 2019, núm. 304; art. 1 bis del convenio colectivo del sector de la hostelería de la provincia de Teruel. BO. Teruel 15 marzo 2021; art. 74 del convenio colectivo del sector industrias siderometalúrgicas de Navarra. BO. Navarra 26 febrero 2019, núm. 39.

150 Entre ellos, Anexo 5 del convenio colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas. BOE 17 de junio 2020, núm. 169; art. del convenio colectivo de la empresa Gestamp Bizkaia, S.A. BO. Bizkaia 31 de marzo 2021, núm. 31.

151 Habiendo sido admitidas por la jurisprudencia. SAN 95/2001 de 7 noviembre (AS 2002\806), que consideró válido el art. 60 del convenio colectivo de mataderos de aves y conejos dirigido a restringir o limitar la subcontratación con las cooperativas de trabajo asociado considerándola como una «cláusula de fomento del empleo por cuenta ajena a través de la «internalización» del trabajo», sin que tampoco quepa considerarla como una «práctica restrictiva de la competencia al tratarse de una norma «ad intra» de la empresa, esto es, dirigida a distribuir sus elementos constitutivos, y sin proyectarse «ad extra», al mercado competitivo». FJ 3.

152 «Prohibición de externalización de servicios prestados anteriormente con personal de la propia empresa; prohibición de subcontratación de servicios que formen parte esencial del mismo proceso productivo o servicio prestado». Decimocuarta propuesta del Manifiesto por la derogación de las reformas laborales, suscrito hasta el momento por 153 abogados iuslaboralistas, publicado el 11 de octubre de 2021. Accesible en: <https://porladerogaciondelasreformaslaborales.wordpress.com/2021/10/11/manifiesto/>. Esta tendencia se muestra en el documento “Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España”, presentado por el Gobierno de Coalición, en el sentido de limitar la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa. Apartado 1.3 Fuente: <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>.

más flexibles al respecto, requieren del acuerdo previo de los representantes legales de los trabajadores del centro de origen en caso de que la empresa decida operar como auxiliar¹⁵³.

Entrando en el contenido de la información y consulta en el marco de lo previsto en el art. 64.2 c) ET, lo más destacable es que la gran mayoría opta por reproducir lo previsto en la norma legal, mientras que en pocos casos se mejora, a modo de ejemplo, exigiendo informar sobre previsiones de subcontratación una vez al mes¹⁵⁴; en otro se refiere a la evaluación conjunta entre la empresa y los representantes de los trabajadores, en el último trimestre de cada año, de la evolución de las modalidades de contratación y subcontratación utilizadas, en las que se examinarán los proyectos de subcontratación para el trimestre siguiente, exigiendo además transmitir esta información también a los sindicatos más representativos firmantes del convenio¹⁵⁵.

En relación a lo dispuesto en el art. 42 ET, un amplio porcentaje de la muestra solo se limita a incidir sobre los derechos de información de los representantes de la empresa principal, sin imaginar que en su ámbito aplicativo pudieran ser ubicadas contratistas o subcontratistas¹⁵⁶. Mientras tanto, otros muchos de los convenios se remiten sin más al art. 42 ET¹⁵⁷, o reproducen fielmente su contenido¹⁵⁸.

A veces, la información a suministrar se amplía e incluye el convenio colectivo aplicable a las personas trabajadoras de las contratistas o subcontratistas -extremo, en nuestra opinión, muy oportuno a resultas de la falta de mención expresa sobre el deber de informar acerca de lo previsto en el nuevo art. 42.6 ET, que recoge ahora las reglas referidas al convenio colectivo de aplicación en este contexto- así como acerca de si existe por parte de la empresa negociación de aplazamiento de deuda con la seguridad social y/o con hacienda u otro organismo público¹⁵⁹. Por otro lado, algún convenio exige a la Dirección de la empresa facilitar al comité de empresa la información que necesite en relación a todas las contrataciones con las que se encuentre vinculada¹⁶⁰.

153 DA 4ª del convenio colectivo del Sector centros de atención a personas con discapacidad de gestión privada concertados con el Gobierno de Navarra. BO. Navarra 13 abril 2021, núm. 81.

154 Art. 45 del convenio colectivo del sector de las industrias vinícolas, licoreras y alcoholeras de la provincia de Córdoba. BO. Córdoba 17 junio 2021, núm. 114; o art. 16 del convenio colectivo de las industrias del aceite y sus derivados de la provincia de Córdoba. BO. Córdoba 23 septiembre 2021, núm. 182.

155 Art. 15.1 y 68 del convenio colectivo general de la industria química. BOE 19 julio 2021, núm. 171.

156 Entre ellos, art. 31 del convenio colectivo estatal para el sector de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos. BOE 27 septiembre 2021, núm. 231; art. 14 del convenio colectivo provincial para las industrias siderometalúrgica de Lugo. BO. Lugo 26 julio 2019, núm. 170; o art. 20.2 del convenio colectivo de trabajo del sector de las Industrias transformadoras de materias plásticas de la provincia de Valencia. BO. Valencia 6 julio 2020, núm. 127.

157 Entre ellos, art. 16 del convenio colectivo de construcción, obras públicas y derivados del cemento de la provincia de Zamora para los años 2017-2021. BO. Zamora 16 enero 2019, núm. 6; art. 42 del convenio colectivo de trabajo de la industria de la construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona para los años 2017-2021. BO. Barcelona 29 marzo 2019.

158 Como ejemplos, art. 23 del convenio colectivo de trabajo del sector de masas congeladas de Cataluña. DO. Generalitat de Catalunya 2 mayo 2019, núm. 7865; art. 31 del convenio colectivo de Industrias Betiko, S.A. BO. Gipuzkoa 2 noviembre 2021, núm. 209; o art. 43 del convenio colectivo de Pasaban S.A. BO. Gipuzkoa 28 octubre 2021, núm. 207.

159 Art. 55.5 f y g) del convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021. BOE 14 mayo 2021, núm. 115.

160 Art. 35 del convenio colectivo de la empresa Manufacturas y Accesorios Eléctricos, S.A. BO. Comunidad de Madrid 7 diciembre 2020.

Sobre el deber de disponer de un libro registro, lo más habitual es que se reproduzca el precepto legal. En particular, uno de los convenios analizados se refiere a su accesibilidad a todas la representaciones, tanto de la principal como de la contratista¹⁶¹; en cambio en otro, solo se exige cuando la contrata o subcontrata es de la propia actividad¹⁶², lo que en nuestra opinión, proporciona una interpretación restrictiva del precepto y, por tanto, no válida.

Bastante más prolija es la negociación colectiva en materia de coordinación de la prevención cuando los trabajadores comparten centro. En la medida en que se trata de cuestiones que puedan tener impacto sobre la salud de los trabajadores, un convenio prescribe que dicha información ha de ser trasladada también a los órganos preventivos creados por el propio convenio¹⁶³; en otro se prevé la celebración de reuniones de coordinación periódicas con los/as responsables de las principales empresas de servicios y con aquellas en las que el servicio de prevención lo considere necesario¹⁶⁴. La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención, en alguna ocasión, incluso se dispone con carácter previo a la externalización¹⁶⁵, o de manera continuada, exigiendo a la empresa titular del centro realizar un seguimiento del cumplimiento por parte de las contratas y sus contratas¹⁶⁶, seguimiento que en otro caso se atribuye al Comité de Seguridad y Salud de la empresa principal o titular¹⁶⁷. A mayor abundamiento, en alguno también se menciona el deber de coordinación en materia de prevención con respecto a contratas o subcontratas cuyos trabajadores no presten servicios en la empresa principal pero utilicen maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal¹⁶⁸.

En cuanto a las instancias representativas facultadas para recibir la información, como se ha dicho, la negociación colectiva se encuentra incapacitada para alterar las reglas de constitución de los órganos de representación legal -determinación de la unidad electoral, agrupación de centros- a pesar de ser el cauce más adecuado para adaptar el modelo a la realidad empresarial. Solo excepcionalmente, se permite alterar las reglas de atribución competencial a representantes de los trabajadores en el ámbito de la prevención. De acuerdo con el art. 35.1 LPRL, en la negociación colectiva podrá acordarse que las competencias reconocidas en dicha norma los Delegados de Prevención, sean ejercidas por órganos específicos creados en el propio convenio o acuerdo interconfederal. Dichos órganos «podrán asumir, en los términos y conforme a las modalidades que se acuerden, competencias generales respecto del conjunto de los centros de trabajo incluidos en el ámbito de aplicación del convenio o del acuerdo, en orden a fomentar el mejor cumplimiento en los mismos de la normativa sobre prevención de riesgos laborales».

161 Art. 20.2 del convenio colectivo de trabajo del sector de las industrias transformadoras de materias plásticas de la provincia de Valencia. BO. Valencia 6 julio 2020, núm. 127.

162 Art. 34 del convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria. BOE 13 enero 2020.

163 Art. 39.6 del convenio colectivo de External Crew, SL. BOE 25 junio 2020, núm. 176.

164 Art. 41 del convenio colectivo de Exide Technologies, SLU. BOE 20 octubre 2021, núm. 251.

165 Art. 50 del convenio colectivo del sector de empresas de servicios de educación ambiental de la Comunidad de Madrid. BO. Comunidad de Madrid 8 agosto 2020.

166 Art. 49.5 del convenio colectivo de ámbito estatal de radiodifusión comercial sonora. BOE 1 octubre 2019, núm. 236.

167 Art. 70.6.1 del XX convenio colectivo general de la industria química. BOE 19 julio 2021, núm. 171; art. 63 del convenio colectivo estatal del sector de prensa diaria. BOE 27 agosto 2019, núm. 205.

168 Art. 58 IV del convenio colectivo de instalaciones deportivas y gimnasios de la Comunidad Autónoma de Galicia. DO. Galicia 7 julio 2020, núm. 134.

Algunos convenios, sin embargo, hacen hincapié en el establecimiento de otros órganos a los que facultan para ejercer funciones representativas. Así, en alguna norma convencional se constituye una Comisión Sectorial de Seguimiento del Empleo y la Contratación con capacidad para evaluar la evolución de la subcontratación en el sector¹⁶⁹, mientras que en otro caso se constituye la figura del delegado sindical intercentros¹⁷⁰, o del delegado sindical sectorial¹⁷¹, a quienes se atribuyen competencias informativas con carácter general. Otros, finalmente, se refieren al deber de informar de la empresa principal sobre los extremos previstos en el ET no solo a la representación legal, sino también a la Comisión Paritaria del convenio¹⁷², o al Comité de Prevención, órganos estos sí, previstos legalmente¹⁷³.

8. REFLEXIÓN FINAL

Los de información y consulta suponen verdaderos derechos de los trabajadores a ejercer, en ciertas ocasiones, a través de sus representantes, cuya instrumentalidad, lejos de ser inocua, constituye la clave de acceso al despliegue de facultades de vigilancia y control que el ordenamiento proporciona tanto a la representación de origen legal como sindical. La ampliación de los contornos de tales derechos a través de sendas reformas legales, cuyo origen se encontraba en la asimilación de la normativa europea, supuso un importante acicate en el terreno de la subcontratación.

Lamentamos, a pesar de concebir como positivo el marco regulador actual, el mantenimiento de innumerables conceptos jurídicos indeterminados que impiden conocer abiertamente el alcance de los mismos. Pero lo más preocupante, a nuestro modo de ver, resulta de la previsible falta de aplicabilidad práctica de tales derechos en un escenario empresarial, como el español, en el que la constitución de representantes de los trabajadores, especialmente en empresas auxiliares, resulta dificultado por las reglas de configuración de estos órganos, no modificables ni siquiera por medio de la negociación colectiva estatutaria, salvando la posibilidad de adaptar las normas relativas a la designación de delegados sindicales en los términos antes expuestos.

En nuestra opinión, se pueden configurar opciones de representación mucho más flexibles que las previstas por el legislador, pasando por órganos específicos de la contrata o al contrario, fijando representaciones de empresa en su conjunto u otros órganos-vía comité de empresa

169 Con la periodicidad que se establezca, y como mínimo una vez al año, con capacidad de coordinar las medidas pertinentes para fomentar la mejora de la calidad y la cantidad de empleo, art. 9 del VI convenio colectivo general de ferralla (2018-2021). BOE 14 marzo 2019, núm. 63.

170 «Empresas con varios centros de trabajo que sumen más de 100 trabajadores, nombrados por los sindicatos firmantes (más representativos), de entre sus afiliados en la empresa, con derecho a informado y oído por la Empresa en el tratamiento de las cuestiones de ámbito superior al del centro de trabajo, art. 64 del convenio colectivo del sector de industrias transformadoras de plástico. BO. Comunidad de Madrid 1 junio 2019, núm. 129.

171 Disposición adicional P.1 c), del III convenio colectivo de panadería y pastelería de la Comunitat Valenciana. DO. Generalitat Valenciana 13 marzo 2019, núm. 8505.

172 Art. 68 del convenio colectivo para el sector de la hostelería de la provincia de Jaén 2020-2022. BO. Jaén 18 noviembre 2020, núm. 222; art. 11.7 del convenio colectivo del sector de la hostelería de la provincia de Córdoba. BO. Córdoba 22 septiembre 2021, núm. 181; o art. 44.3 del convenio colectivo de la empresa Metalocaucho, S.L. BO. Gipuzkoa 4 febrero 2021, núm. 22.

173 Art. 42 del convenio colectivo de Ojmar, S.A. BO. Gipuzkoa 14 septiembre 2021, núm. 176.

conjunto o intercentro-capaces de desplegar las herramientas que nuestro ordenamiento brinda a los representantes de los trabajadores.

Una modificación del modelo representativo debería ser permeable a la negociación colectiva, incluyendo la creación de nuevas formas representativas a la que atribuir las mismas facultades representativas. En última instancia, en aras a evitar la desprotección de las personas trabajadoras afectadas por la subcontratación, la norma debería exigir la transmisión de la información directamente a los mismos, sobre todos los extremos previstos en los apartados 3 a 5 del art.42 ET.

En fin, los problemas de los que depende el éxito de los derechos de información y consulta en materia de subcontratación son idénticos a los que ya se han ido manifestando a lo largo de las décadas anteriores. Nos referimos a las dificultades de constitución de representación de los trabajadores no solo ya en empresas auxiliares, sino incluso también en empresas principales, la falta de extensión de la representación de la empresa principal a los trabajadores de la contratista, más que para las condiciones de ejecución de la contrata, la insuficiencia de la regulación, plagada de opciones interpretativas que, afortunadamente, en ocasiones ha resuelto la jurisprudencia, gracias a la apertura a incumplimientos de este tipo al procedimiento de conflictos colectivos. Algunas de las dificultades de aplicación de los preceptos analizados prometían ser clarificadas en virtud de la proposición de modificación del art. 42 efectuada en 2016 y las enmiendas presentadas -a cuya lectura me remito- pero que nunca se aprobaron ni parece que en un futuro próximo así sea, dado que la reforma prevista mediante el Real Decreto-Ley aprobado en diciembre de 2021 ha guardado absoluto silencio sobre todos los asuntos planteados.

Por último, se destaca el escaso despliegue de la negociación colectiva en este ámbito, con excepciones que apuntan a importantes mejoras en la adaptación del ejercicio de estos derechos, especialmente en la línea de transmitir información adicional, sobre el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de contrata, extremo sobre el que ha incidido la reciente reforma laboral en lo referente al art. 42 ET estableciendo reglas de determinación del convenio aplicable, o aquellos otros que inciden en un control permanente sobre las previsiones de subcontratación y su evolución, dando entrada no solo a los representantes de los trabajadores legalmente previstos, sino a otros de creación convencional.

PONENCIA GENERAL TERCERA
LA CENTRALIDAD DE LA FIGURA DEL INTERINO LABORAL
EN EL EMPLEO PÚBLICO

CARMEN JOVER RAMÍREZ
Profesora Contratada Dra. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(Acreditada a Profesora Titular de Universidad)
Universidad de Cádiz

1. Introducción
2. Funcionario interino *versus* personal laboral interino
3. Tipología del trabajador interino laboral en el sector público
 - 3.1. Contrato de interinidad por vacante (sustitución por cobertura)
 - 3.2. Contrato por sustitución por reserva de puesto
 - 3.3. Las previsiones convencionales respecto de la tipología de la interinidad laboral (sustitución)
4. La extinción de la relación laboral de interinidad en el sector público y sus consecuencias antes de la ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público
 - 4.1. Planteamiento de la cuestión
 - 4.2. Estados previos
 - 4.3. La nueva situación tras la STJUE de 3 de junio de 2021 (C-726/2019) y la STS de 28 de junio de 2021 en el asunto imidra
 - 4.4. La permanente ausencia de derecho a indemnización por extinción del contrato de interinidad- sustitución
5. La ley 20/2021, de 28 de diciembre: presente y futuro de la interinidad laboral en el empleo público:
 - 5.1. Medidas *ad futurum* dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público
 - 5.1.1. Responsabilidad de las Administraciones Públicas
 - 5.1.2. Consecuencias
 - 5.2. Solucionar el pasado en el presente
6. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

El personal laboral interino en el seno de la Administración Pública no es una institución ni reciente ni novedosa. Dilatado y complejo ha sido y continúa siendo su existencia en la misma, lo que es parejo a la imbricada y complicada problemática que ello suscita y que justifica el estudio que se presenta.

El análisis de la materia que se acomete requiere partir del concepto de “empleado público”, previsto en el artículo 8 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, (BOE del 31), (en adelante TREBEP). De conformidad con el mismo, son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales, clasificándose en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral- ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal- o personal eventual. Por su parte, el artículo 11 del mismo texto, en referencia al personal laboral, identifica como tal a aquel que presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas, en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, pudiendo, en función de la duración del contrato ser fijo, por tiempo indefinido o temporal. Es en el seno del personal laboral, en el que, como veremos, se encuadra el colectivo objeto de nuestro estudio, el personal laboral interino.

En datos, a enero de 2021, del total del personal de las Administraciones Públicas, (2.710.405 personas), el personal funcionario de carrera representa un 53,31% (1.444.804 personas), otro tipo de personal un 24,34% (659.700 personas) y el personal laboral un 22,35% (605.901 personas). En el sector público estatal, este personal laboral supone un 15,81% (81.349 personas); un 13,01% (210.251 personas) en el de las CCAA y un 54,22% (314. 301 personas) en la Administración Local¹. Dentro de ese porcentaje de personal laboral, se incluye el personal laboral interino vinculado a las Administraciones por el contrato de sustitución o interinidad por vacante, modalidades ambas incluidas bajo la terminología única de contrato de interinidad- de sustitución, tras el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre (BOE del 30)² -en adelante RDLR-FL-, pese, como veremos, a las diferencias existentes entre una y otra figura. A este respecto es necesario resaltar que el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia adoptado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021³, contempla entre sus Políticas Palanca, concretamente la Política IV, “una Administración para el Siglo XXI”, como componente 11, una modernización de las Administraciones Públicas, orientada entre otros fines, a reducir la temporalidad en el sector público. Como consecuencia de lo señalado, el Preámbulo de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el

1 Mº de Política Territorial y Función Pública, Boletín Estadístico del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, Registro Central de Personal, enero 2021, p.8, Tabla 1.5 “Personal al servicio de las Administraciones Públicas por tipología de personal”.

2 RD-Ley convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados de 3 de febrero de 2022 (BOE del 8)

3 Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE del 30). Vid. in https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf

empleo público (BOE del 29)⁴, contempla como primera actuación “situar la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8% en el conjunto de las Administraciones Públicas españolas”. Ello se pretende actuando en tres dimensiones: primero, la adopción de medidas inmediatas para remediar la elevada temporalidad existente; segundo, la articulación de medidas eficaces para prevenir y sancionar el abuso y fraude en la temporalidad a futuro y, tercero, potenciando la adopción de herramientas y una cultura de la planificación para una mejor gestión de los recursos humanos. En las líneas que siguen, analizaremos así pues la situación actual del personal laboral interino al servicio de las Administraciones Públicas incidiendo, como no podía ser de otro modo, en los recientes pronunciamientos judiciales, así como en las medidas adoptadas por el Gobierno que, en aras de conseguir los objetivos propuestos, han cimbrado a la propia Administración y, principalmente, al personal temporal al servicio de la misma. Debiendo analizar si tales medidas cumplen única y exclusivamente el fin previsto o pueden constituir un primer paso hacia una estrategia de mayor calado, cual es la búsqueda de una gestión idónea del personal al servicio de la Administración a fin de dar cumplimiento a los principios de eficacia y eficiencia que deben caracterizar a toda gestión pública al servicio del interés general.

2. FUNCIONARIO INTERINO VERSUS PERSONAL LABORAL INTERINO

El artículo 8 TREBEP se refiere a la categoría general de empleados públicos como aquellos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales; pudiendo los mismos, de conformidad con lo previsto en el apartado 2 de dicho artículo, ostentar la condición de funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral o personal eventual. Destaca la doctrina la necesaria inclusión de este segundo párrafo, a fin de evitar que la generalidad del primer apartado llevara a incluir como tales a determinados colectivos que no han de tener cabida en tal concepto, como sería el caso de determinados altos cargos o personas que ejercen funciones políticas⁵.

Dejando a un lado al personal eventual, llamado a desempeñar únicamente funciones de confianza o de asesoramiento especial, siendo su nombramiento y cese libre (art.12 TREBEP), es necesario delimitar, en lo que al empleo público se refiere, la dicotomía entre funcionarización y laboralización. Dicotomía sobre la que ya se pronunció el propio TC al señalar que “*en el primer inciso de su art. 103.3 la Constitución ha reservado a la Ley la regulación de la situación personal de los funcionarios públicos y de su relación de servicio o «régimen estatutario... habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18)*”⁶, admitiendo el carácter residual de las tareas asumidas por el personal laboral pues “*los contratados laborales que presten servicios en la Administración no podrán desempeñar funciones de especial responsabilidad en garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia, es decir, sólo podrán ocupar puestos de trabajo que no requieran la adopción de decisiones de especial trascendencia, los cuales exclusivamente podrán ser cubiertos por quienes tengan la condición de funcionario*”⁷.

4 Previamente, así lo establecía también el RD-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE del 7)

5 Boltaina Bosch, X., “Clases de personal”, en *Comentarios al Estatuto básico del empleado público* (Dir. Del Rey Guanter, S.), La Ley. 2008, p.158

6 STC 99/87, de 11 de junio (BOE de 26 de junio)

7 STC 37/2002, de 14 de febrero (BOE de 14 de marzo)

En términos similares, se pronunció la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007, de 12 de abril del EBEP al señalar que, pese a la tendencia de muchas Administraciones Públicas a la contratación de personal conforme a la legislación laboral, *“por imperativo constitucional no puede ser éste el régimen general del empleo público en nuestro país, ni existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público”*.

A tenor de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo señalado en el artículo 9.2 TREPEP, exclusivamente los funcionarios de carrera (aquellos que, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente), podrán ejercer las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas. Debiendo indicar que similares funciones a las por estos desempeñados, pueden serlo también por los funcionarios interinos, en las condiciones que a continuación señalaremos.

Según lo previsto en el artículo 10 TREBEP son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales con carácter temporal para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera cuando se dé alguna de las circunstancias previstas. Concretamente, dichas circunstancias son: la existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera; la sustitución transitoria de los titulares; la ejecución de programas de carácter temporal o el exceso o acumulación de tareas. Es por ello, que la temporalidad constituye la característica más esencial de estos funcionarios, diferenciándolo cualitativamente del funcionario permanente de carrera⁸.

Por su parte, como decíamos a modo introductorio, el artículo 11 TREBEP establece que es personal laboral aquel que presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas, en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, pudiendo, en función de la duración del contrato ser fijo, por tiempo indefinido o temporal. Artículo pues, al amparo del cual, y respetando siempre aquellas funciones que exclusivamente han de ser desempeñadas por personal funcionario, ha permitido recurrir por parte de la administración a los contratos de duración determinada previstos en el TRET. A los efectos que nos interesan, el contrato por sustitución o interinidad, con las matizaciones y particularidades que indicaremos en el apartado siguiente. Funcionario interino y personal laboral interino son dos colectivos respecto de los que la doctrina ha venido poniendo de relieve, desde tiempo atrás, las concomitancias entre ellos existentes⁹. No obstante, hemos de señalar que importantes son las diferencias entre uno y otro colectivo desde el momento en el que diferente es el régimen jurídico al que quedarán sometidos. Pese a ello, es frecuente la referencia a unos y otros bajo el paraguas del término “interino”, aun cuando es necesario matizar si estamos en presencia del funcionario interino o de personal laboral interino. Es por ello que se estime necesario delimitar ambas figuras pues ello ayudará a entender las particularidades del colectivo objeto de nuestro estudio, el personal laboral interino, así como las controversias que la figura laboral está suscitando en la actualidad. Es claro que ambos colectivos

8 En este sentido, Fuentetaja Pastor, J., “El funcionario interino: entre la temporalidad y la estabilidad”, Documentación Administrativa, nº 7/ 2020, p.90

9 Romero Ródenas, M^a. J., “Notas sobre el contrato de interinidad en la Administración Pública”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar social*, nº 45/ 1997, p. 142

están sometidos a distintos regímenes jurídicos. Los funcionarios interinos, dado su carácter funcional, se regirán, por lo previsto en el TREBEP, tal y como se desprende del artículo 2 del mismo, el cual al referirse a su ámbito de aplicación se refiere al personal funcionario, sin diferenciar de carrera o interino. El personal laboral, por su parte, según lo dispuesto en el artículo 7 de dicho Estatuto, se regirá por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, y por dicho TREBEP cuando sus preceptos así lo dispongan. Ello supone que los preceptos del TREBEP referidos al personal laboral tienen carácter específico sobre las normas de Derecho Laboral y, por tanto, prevalecen sobre estas¹⁰. Cuando las Administraciones Públicas contratan trabajadores en régimen laboral se les aplicará la legislación laboral, sin ningún trato especial, admitiéndose cualquiera de las modalidades reconocidas por la legislación laboral¹¹.

Esa similitud-disimilitud entre las situaciones generadas en uno y otro caso, hacen, pese a ese diferente régimen jurídico, que sea necesario, a nuestro juicio un análisis de los mismos a “dos pantallas”, pues solo quizás así sea posible ofrecer algún atisbo de luz a la tan controvertida cuestión de la interinidad (funcionarial o laboral) en el seno del sector público, máxime cuando como veremos, una y otra han originado litigios en cuestiones tangenciales. Es necesario poder determinar si la Administración está recurriendo a personal laboral para el desempeño de funciones que podrían ser realizadas por funcionarios, invirtiéndose así la tendencia hacia la laboralización a la que estamos asistiendo en demasía.

Pero si hasta ahora dicha situación presentaba cierta complejidad, el legislador ha acentuado la misma, creemos que con una desafortunada técnica legislativa a la que ha recurrido en la reciente reforma del RDLRFL y ello, como analizaremos más adelante, al remitir, en la DA cuarta, la suscripción de los contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante los procesos de selección a “los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre”.

3. TIPOLOGÍA DEL TRABAJADOR INTERINO LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO

Como se ha señalado, el artículo 11 TREBEP permite a la Administración recurrir a personal laboral en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral. Llegados este punto, hemos de señalar que, a los efectos que nos atañe, la situación adquiere cierta complejidad desde el momento en el que el RDLRFL da nueva redacción al artículo 15 TRET y, más concretamente, a los efectos que nos interesan, al contrato de sustitución previsto en el anterior apartado 1 c) del mismo, hoy en el apartado 3 de dicho artículo 15. A lo que debe añadirse, lo previsto en la DA cuarta de dicho RD-Ley.

No obstante, debe señalarse que, de conformidad con lo señalado en la D.F octava 2 b) del RDLRFL, esta nueva redacción no entrara en vigor hasta transcurridos tres meses desde su publicación en BOE, es decir, hasta, el 30 de marzo de 2022. Debiendo igualmente tener en cuenta lo establecido en la DT tercera 2 de dicho RD-Ley, la cual establece un régimen transitorio para los contratos de duración determinada celebrados antes del 31 de diciembre de 2021; señalando,

¹⁰ Fernández Ramos, S. Y Gamero Casado, E., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, 2020, p.324

¹¹ Monereo Pérez, J.L., *et alrui*, *Manual de Empleo público*, Editorial Comares, 2010, p. 145

respecto de los contratos de interinidad basados en la redacción previa del artículo 15.1 c) TRET y celebrados antes de la entrada en vigor de la nueva redacción del precepto, que seguirán rigiéndose, hasta su duración máxima, por lo establecido en la redacción previa.

Consecuencia pues de lo anterior, es que el presente estudio se realice al amparo del régimen jurídico que resulta de aplicación, a la fecha, a aquella modalidad contractual que es objeto del mismo, a saber, el contrato de sustitución del hasta ahora vigente artículo 15.1 c) TRET y su desarrollo reglamentario. Máxime cuando la intercurrente reforma laboral, parece, a menos a priori, no empecer lo establecido en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE del 29), sin perjuicio que se planteen, a nuestro juicio, como tendremos ocasión de exponer, alguna duda interpretativa como consecuencia de ello. Es más, la mencionada DA cuarta remite expresamente respecto de los contratos de sustitución para cobertura temporal de puesto a esta última Ley.

A los efectos que nos interesan, se señalaba en el previo artículo 15.1 c) TRET que podría celebrarse contrato de duración determinada cuando se tratara de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo (posibilidad que sigue manteniéndose en el actual artículo 15.3 TRET). Si bien, lo dicho debía completarse con el desarrollo reglamentario del citado artículo 15.1 c) TRET. El RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrollaba el previo artículo 15 TRET en materia de contratos de duración determinada (BOE de 8 de enero de 1999), adicionaba en su artículo 4, referido al contrato que identificaba de interinidad, una nueva causa justificativa no prevista en ese momento legalmente: cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. Mencionar que dicha laguna se ha subsanado con la nueva redacción dada al artículo 15.3 TRET que, bajo la modalidad de contrato de duración determinada por sustitución, contempla, tanto la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo como la cobertura temporal de un puesto durante el proceso de selección o promoción, el hasta ahora llamado, entendemos, contrato de interinidad por vacante. A nuestro juicio, se trata únicamente de una mera cuestión terminológica, al menos en lo que a los contratos vigentes hasta el 30 de marzo de 2022 se refiere, pareciendo que la pretensión del legislador ha sido la de omitir, quizás por el carácter controvertido del mismo, el término de “interinidad”, sin perjuicio de que entendamos que tampoco es acorde, el ahora llamado “contrato de sustitución”, para la cobertura temporal de un puesto, pues nadie, bajo nuestro punto de vista, es sustituido en tales casos.

Como puede colegirse de lo expuesto, ambas modalidades laborales de interinidad, hoy sustitución, presentan similitud con la primera y segunda de las causas justificativas enunciadas para el nombramiento de los funcionarios interinos en el artículo 10 TREBEP, la sustitución transitoria de los titulares y la existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera, respectivamente. Igual régimen de justificación causal que, en ningún caso justifica una posible equiparación jurídica entre ambos colectivos o una ósmosis en las funciones a desempeñar, entre las que, en determinadas ocasiones, se encuentran algunas que el laboral interino no podrá desempeñar dado su carácter laboral y no funcional.

Sentadas las premisas anteriores, el análisis del personal laboral interino en el sector público requiere que diferenciamos las dos opciones que se ofrecen para poder recurrir a dicha modalidad temporal de contratación laboral: el contrato de sustitución como contrato de duración determinada “cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto

de trabajo” y el contrato de sustitución para cobertura temporal, al que nos referiremos como “contrato de interinidad por vacante”. Baste recordar que la DT tercera 2 RDLRFL mantiene la vigencia de la redacción previa del artículo 15 1 c) hasta la duración máxima prevista para tales contratos. Es por ello que serán estos, los que estando aún vigentes en el sector público y hasta tanto no concluya su duración máxima, los que centrarán nuestro análisis, sin perjuicio de la perspectiva futura que para ellos ofrece el RDLRFL.

3.1. Contrato de interinidad por vacante (sustitución por cobertura)

Como se ha indicado, esta modalidad contractual de interinidad era hasta ahora fruto del desarrollo reglamentario del artículo 15 TRET previo a la reciente reforma del RDLRFL. Un sector de la doctrina era claro al entender que esta inclusión era una extralimitación reglamentaria¹², que ninguno de los cánones hermenéuticos clásicos permitía incluir en dicho artículo 15¹³, no superándose pues las exigencias impuestas por el principio de jerarquía normativa¹⁴. Sin embargo, la admisibilidad de la misma fue aceptada por el propio TS y cuenta de ello da la proliferación de dicha interinidad laboral por vacante en el seno del sector público¹⁵. Ahora bien, la promulgación del RDLRFL viene a arrojar nuevas dudas. A tales efectos es cierto que tenemos que volver a diferenciar entre aquellos contratos pre-reforma y los post-reforma. Respecto de los contratos de interinidad por vacante al amparo del artículo 15.1 c), el artículo 4 del Reglamento 2720/1998 preveía la obligación de que se identificara el puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se produciría tras el proceso de selección externa o promoción interna, siendo la duración de dicho contrato coincidente con la del proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto. Duración que, si bien en el ámbito privado estaba fijado con carácter general en tres meses como máximo, impidiéndose la celebración de un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima, contaba con una excepción en el caso de los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, al permitir que la duración de dichos contratos coincidiera con el tiempo que duren dichos procesos, conforme a lo previsto en su normativa específica, lo que supone que ni juega el límite de tres meses indicado, ni se impide la celebración de un nuevo contrato. He aquí, entendemos, que ya el propio legislador puso el primer escalón normativo que, a nuestro entender, ha propiciado la situación actual en la que nos encontramos y que ha desembocado en el RD-Ley 14/2021 de 6 de julio y, como resultado de su tramitación como Proyecto de Ley, en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre.

Pero, ¿qué ocurre tras el RDLRFL? Primero, de conformidad con la DF octava 2 b), el nuevo artículo 15 TRET no entrará en vigor hasta el 30 de marzo de 2022. Segundo, conforme a la DT tercera, todos los contratos celebrados antes de esa fecha al amparo del artículo 15 1 c) se regirán conforme a dicha redacción hasta su duración máxima. Tercero, la DA cuarta, bajo la rúbrica “Régimen aplicable al personal laboral del sector público”, admitiendo que se puedan suscribir contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, de acuerdo con los principios

12 Rodríguez Ramos, P.T., *El contrato de interinidad por vacante*, Tirant Lo Blanch, 1996, p. 14

13 Godino Reyes, M., *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, 1996, p.209

14 Alzaga Ruíz, I., “Contratación laboral temporal en la Administración Pública: especial consideración del contrato de interinidad”, en *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, 2008, p.242

15 Sentencia de 11 de marzo de 1992 (Nº rec. 1401/1991)

de igualdad, mérito y capacidad, remite a los términos de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre. La primera crítica que ha de hacerse es que, evidentemente, la Ley 20/2021 no prevé término alguno que rija la celebración de un contrato de sustitución para cobertura de vacante más allá de la nueva redacción que da al artículo 10 TREBEP respecto de los funcionarios interinos; siendo estos quizás, los términos a los que pueda entenderse que se refiere dicha DA cuarta¹⁶. Pero si ello es así, la remisión debería haberse hecho a dicho artículo 10 en aquellos apartados que resulten aplicables a interinidad por cobertura de vacante. Pero criticable a nuestro juicio es no solo el objeto de la remisión, sino la remisión en sí misma. Desde luego la situación que se genera es cuando menos rocambolesca. El artículo 11.1 TREBEP remite a la legislación laboral respecto de las modalidades de contratación de personal laboral a las que puede recurrir la Administración y la DA cuarta de RDLRFL remite, entendemos, al TREBEP cuando dicha modalidad sea la de contrato de sustitución para cobertura temporal de un puesto de trabajo en tanto finaliza un proceso de selección para cobertura definitiva. Teniendo igualmente en cuenta que dicha DA cuarta ha entrado en vigor el día 31 de diciembre de 2022, pues no se incorpora la misma en las excepciones del apartado 2 de la DF octava.

Si la remisión realizada a la Ley 20/2021, se entendiera lo es al artículo 10 TREBEP, ¿será este el que marcará su régimen jurídico? No son pocas las exigencias interpretativas que pudieran plantearse al respecto. A modo de ejemplo: los supuestos que permitirán recurrir a dicha modalidad contractual -apartado 1 a) existencia de plazas vacantes, cuando no sea posible su cobertura por ¿funcionarios de carrera?, entiéndase ¿personal laboral fijo? -; causas de extinción -apartado 3, por ejemplo: por la cobertura reglada del puesto por personal *funcionario de carrera?*, entiéndase ¿personal laboral fijo?

A tenor de lo señalado, creemos que el legislador tendría que haber incluido en el nuevo artículo 15.3 TRET alguna mención al ámbito de esta modalidad contractual en el ámbito de las Administraciones Públicas, aunque hubiera sido recurriendo a la técnica de la remisión, pero en unos términos adecuados y que evitaran exigir las múltiples dudas interpretativas que, sin lugar a duda llegarán a producirse. La inclusión en la DA cuarta, máxime en los términos en los que lo ha realizado, es a nuestro juicio fruto de una premura inusitada que no ha recalado en las consecuencias de la misma, principalmente en una modalidad contractual que tantos “quebraderos de cabeza” ha originado hasta la fecha.

3.2. Contrato por sustitución por reserva de puesto

El contrato laboral de interinidad por sustitución sí estaba expresamente recogido, como decíamos, en el artículo 15 c) TRET y se recoge en el nuevo artículo 15.3 TRET como contrato de sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo. Se reconocía y reconoce así la posibilidad de celebrar dicho contrato cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo. Sea aquí trasladable lo anteriormente indicado respecto de las previsiones reglamentarias del RD.2720/1998, en cuyo artículo 4 se matiza dicho derecho de reserva señalando que lo sea en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual. En cuanto a los requisitos formales exigidos, son coincidentes la anterior y nueva redacción legal en cuanto a la obligación de identificar al trabajador sustituido y la causa de la

¹⁶ En este sentido, Roqueta Buj, R. “La aplicación de la reforma laboral en las Administraciones Públicas”, *Colección Brief*, AEDTSS, febrero 2022, p.2. en <https://www.aedtss.com/la-reforma-de-las-administraciones-publicas/> (Acceso 11 de febrero de 2022)

sustitución, si bien guardando el TRET silencio respecto de la previsión reglamentaria de que el puesto de trabajo a desempeñar pueda ser el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pase a desempeñar el puesto de aquél. Sí adiciona dos aspectos el nuevo artículo 15.3 TRET: primero, admitir el inicio de este contrato antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida con el fin de que puedan coincidir en el desarrollo de funciones sustituido y sustituyente, por el tiempo imprescindible, para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días. Y, segundo, previendo la posibilidad de que dicho contrato se celebre para completar, por otra persona trabajadora, la jornada reducida amparada en causas legalmente establecidas o previstas en Convenio colectivo, exigiéndose la identificación en el contrato, del nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución. Posibilidad ésta que, como veremos, ya viene admitiéndose en determinadas normativas autonómicas para el caso de reducciones de jornada derivadas de jubilaciones parciales.

Esta modalidad causal apenas ha presentado problemas aplicativos e interpretativos desde su aparición legal. Solo ha sido objeto de alguna duda interpretativa aplicativa en relación a qué se entiende por reserva de puesto de trabajo, siendo esta una de las cuestiones determinantes, a juicio de la jurisprudencia, para la procedencia de dicha modalidad contractual. A tal efecto, se entiende que procede en supuestos de excedencia forzosa pero no en interrupciones ordinarias de la prestación de servicios como en el disfrute de vacaciones anuales, permisos o descansos, siendo lo relevante que el trabajador sustituido abandone la prestación de servicios que estaba desempeñando en su puesto de trabajo y que lo haga con la reserva de este, sin olvidar que suspensión del contrato de trabajo no es parejo en todo caso a la reserva del puesto de trabajo¹⁷; siendo exceptuado algún supuesto en el que, entendiéndose que podría proceder la sustitución del trabajador, la ausencia del derecho a reserva del puesto de trabajo es circunstancia excluyente de la posibilidad de recurrir al contrato de interinidad. Nos referimos al caso de la excedencia voluntaria. En este caso, el TS señala tajantemente que no cabe una contratación de interinidad para sustituir a persona en situación de excedencia voluntaria, al no existir, de conformidad con la previsión legal aplicable al caso, artículo 46.5 TRET, el derecho a la reserva del puesto de trabajo sino únicamente un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la del excedente que hubiera o se produjeran en la empresa¹⁸.

3.3. Las previsiones convencionales respecto de la tipología de la interinidad laboral (sustitución)

La remisión que la previsión reglamentaria hace respecto del derecho a la reserva del puesto de trabajo al convenio colectivo, exige una mirada a aquellos convenios aplicables al personal laboral de la Administración pública, tanto en el ámbito de la Administración general del Estado como en el ámbito autonómico. Ha de admitirse que la mayoría de ellos, sin diferenciación de causas determinantes, hacen una referencia general a la contratación temporal, debiendo atender a cuestiones concretas para apreciar posibles excepciones convencionalmente previstas respecto de algunas materias, siendo a veces utilizadas indistintamente ambas modalidades de interinidad, hoy sustitución, y que, por tanto, quizás pierden relevancia a tenor de la nueva redacción del artículo 15.3 TRET.

17 STS de 26 de mayo de 2021 (Rec.2199/2019)

18 STS de 5 de julio de 2016 (Rec. 84/2015)

Así se señala, por ejemplo, que la contratación de personal temporal, previa autorización del órgano competente en materia de función pública, se formalizará mediante la modalidad contractual que corresponda, según el carácter y la duración de las tareas a desempeñar¹⁹. En términos similares, se dispone que, respecto de las vacantes que, dotadas presupuestariamente, no se cubran de forma reglamentaria y, si las necesidades del servicio lo exigieran, el órgano competente pueda proponer su cobertura a quien corresponda organizativamente a fin de que se tramite la contratación temporal mediante el contrato de interinidad, previsión esta que se prevé igualmente en el caso de sustituciones²⁰.

Algún otro Convenio Colectivo es más explícito respecto la recurrencia a la modalidad contractual que nos ocupa, al señalar la posibilidad de que se celebren contratos de trabajo de carácter temporal o duración determinada de acuerdo con la legislación vigente, reseñando la utilización preferente del contrato de trabajo de sustitución o interinidad para la cobertura de vacantes en puestos de las relaciones de puestos de trabajo²¹. O enunciándose dentro de la tipología contractual, el contrato de interinidad por sustitución o vacante, como modalidades contractuales a las que recurrir con carácter general y preferente tras la contratación fija y antes que a la modalidad por obra o servicio (modalidad derogada por el RDLRFL)²². Lo expuesto induce, como puede colegirse, a una cierta confusión en la redacción de los preceptos convencionales al enunciar sin solución de continuidad las modalidades de contratación laboral a las que puede recurrir la Administración cuando realmente son causas distintas y no intercambiables las que pueden permitir recurrir a cada modalidad contractual, en nuestro caso, o una vacante o una sustitución por un derecho de reserva de puesto.

Entre los supuestos específicos que se mencionan para recurrir a la contratación por interinidad, por ejemplo, sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo que se extenderá hasta su reincorporación o, en caso de no producirse ésta, hasta que se produzca su cobertura definitiva o se amortice reglamentariamente la plaza o bien para cubrir temporalmente un puesto de trabajo vacante no reservado específicamente a ningún trabajador, contrato que se extenderá igualmente, según se señala, hasta su cobertura definitiva o amortización reglamentaria²³. En relación con la jubilación parcial, algunos Convenios Colectivos aplicables prevén esta modalidad contractual al llegar el momento de producirse la jubilación completa del trabajador

19 Art.18.1 VI CC del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (Resolución de 22 de noviembre de la DGT y de Seguridad Social por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación, BOJA nº 139 de 28 de noviembre de 2002)

20 Art.30 VIII CC para el personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria (Resolución de la DG de Trabajo y Empleo de 12 de febrero de 2010, BOC de 12 de febrero de 2010)

21 Art.34.3 CC para el Personal Laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y Organismos Autónomos dependientes de ésta (Resolución de 9 de octubre de 2013, de la DGT y Prevención de Riesgos Laborales, por la que se dispone la inscripción en el Registro Central de Convenios Colectivos de Trabajo, el depósito y la publicación, BOCYL de 28 de octubre de 2013)

22 Art.22.1 VIII CC para el Personal Laboral al Servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DOCM de 9 de noviembre de 2017)

23 Art.34.3 CC para el Personal Laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y Organismos Autónomos dependientes; art. 31.3 CC de Trabajo para Personal Laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia (BORM 1 de junio de 2007), sin mención alguna a la duración, únicamente al nombramiento del personal interino para la sustitución de personal laboral con derecho a reserva de puesto o la provisión de vacantes.

jubilado parcialmente, estableciéndose la novación de los contratos de relevo suscritos a un contrato de interinidad por vacante, salvo que lo impidiera la normativa reguladora vigente²⁴.

Previsto también en algunos Convenios Colectivos, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la adscripción temporal del trabajador sustituido a un puesto como presupuesto justificativo del contrato de interinidad por sustitución, teniendo en cuenta la veracidad de esa “temporalidad”. Así, es causa justificativa la participación y selección del trabajador sustituido en una convocatoria interna para la cobertura de determinados puestos mediante la figura de la adscripción temporal, ya que ello queda sometido a la pervivencia del programa al que se le adscribe, manteniendo el derecho a la reserva de su puesto de trabajo pues así se contemplaba en el propio convenio colectivo aplicable²⁵. En sentido contrario, si dicha adscripción temporal no responde verdaderamente a este carácter, no siendo puramente coyuntural, de corta duración y motivada por circunstancias productivas de naturaleza singular que justifican dicha cobertura temporal sino que la adscripción de ese trabajador sustituido se prolonga en el tiempo más allá de un periodo razonable, siéndolo por un tiempo especialmente largo que pone de manifiesto estar en presencia de una necesidad permanente y estructural frente a una coyuntural, no será la interinidad la modalidad contractual que pueda justificar la sustitución de dicho trabajador²⁶.

Evidentemente, las previsiones convencionales expuestas lo son a tenor de la anterior redacción del artículo 15 TRET y de lo señalado en la DA cuarta, por lo que, sin duda, la entrada en vigor del RDLRFL originará en no pocos casos la necesidad de una nueva redacción o interpretación de dichos preceptos convencionales.

4. LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DE INTERINIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO Y SUS CONSECUENCIAS ANTES DE LA LEY 20/2021, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO²⁷

4.1. Planteamiento de la cuestión

Si como se ha señalado, el artículo 7 TREBEP prevé como normativa aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, la legislación laboral, las normas convencionalmente aplicables y los preceptos de este Estatuto que así lo establezcan, a ellos habremos de estar, en principio, para analizar la extinción de la relación laboral de interinidad y las consecuencias extintivas dimanantes. Sin embargo, si hemos de identificar una de las cuestiones más

24 Art.58.2 VII CC para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (Resolución de 28 de julio de 2006, de la Dirección General de Trabajo e Inmigración, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación de dicho Convenio, BOA de 18 de agosto de 2006)

25 STS de 26 de mayo de 2021(Rec.2199/2019), respecto de la prestación de servicios en Corporación de Radio y Televisión Española S.A.

26 STS de 6 de julio de 2021 (Rec.2746/2019), respecto de la prestación de servicios en Corporación de Radio y Televisión Española S.A.

27 Recordar que dicha Ley es fruto de la tramitación como Proyecto de Ley del RD-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, cuya entrada en vigor se produjo el 8 de julio de 2021

controvertidas sobre la figura del laboral interino en el sector público, esta ha sido sin lugar a duda la de su extinción y las consecuencias derivadas de la misma²⁸.

Dicha controversia deriva principalmente, como veremos, de la incidencia que la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (en adelante, Directiva 1999/70/CE) y, más concretamente las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo, han tenido sobre la realidad de dicha figura, legalmente clara pero cuya praxis ha originado un caos tal en el que se han visto involucrados el TJUE, los tribunales españoles, con su más alto representante, el TS, y el legislador²⁹. Un entresijo complejo en el que el enjambre de tres cuestiones parece estar en el centro del debate: la duración del contrato laboral de interinidad, y en relación a ello, su posible celebración en fraude de ley y las consecuencias derivadas de su extinción.

El contrato de interinidad es un contrato de duración determinada y que, por tanto, como tal, tiene una naturaleza temporal, en principio pues de corta duración para atender una situación coyuntural sin que derive o llegue a convertirse en estructural. No hemos de olvidar que a dicha modalidad contractual le ha resultado aplicable la previsión del artículo 15.3 TRET, según redacción previa al RDLRFL. De modo que, si llegara a entenderse que dicho contrato temporal se había celebrado en fraude de ley, el mismo se entenderá celebrado por tiempo indefinido. Consecuencia que, como veremos, ha originado no poca controversia en el tema que nos ocupa. La nueva redacción dada por el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre al artículo 15, supone, de conformidad con lo señalado en el apartado 4 del mismo, que aquellas personas que sean contratadas incumpliendo lo establecido en dicho artículo 15 adquirirán la condición de fijas. Consecuencia esta que tendremos actualmente que analizar a la vista de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, y sobre la que nos detendremos en el apartado siguiente. Sin olvidar lo previsto en la DT tercera del RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre respecto del régimen transitorio aplicable a los contratos de duración determinada celebrados antes del 31 de diciembre de 2021.

Si como se ha señalado dentro de dicha modalidad debemos de diferenciar entre el contrato de interinidad por sustitución y el contrato de interinidad por vacante, también diferente será pues la duración de uno y otro, así como las posibles causas que pongan fin a dicha relación laboral, sin perjuicio que puedan concurrir causas comunes de extinción como aplicables serían a cualquier otra relación contractual de naturaleza laboral (por ejemplo, el despido disciplinario). Dicho esto, debemos señalar que el TRET pre- RDLRFL únicamente menciona el contrato de interinidad en relación a la extinción del contrato de trabajo, cuando en su artículo 49.1 c),

28 Recordemos lo señalado: la vigencia hasta su duración máxima de los contratos de sustitución-interinidad celebrados al amparo del artículo 15.1 c) TRET y, por tanto, su conexión inmediata con la Ley 20/2021.

29 Cuestiones que la doctrina ha analizado de manera prolija. Entre otros: Beltrán Heredia, I., “Contratos temporales e indemnización por cumplimiento del término: de Diego Porras vs Grupo Norte Facility y Montero Mateos”, *Revista de información laboral*, nº 7/2018; Molina Navarrete, C., “La contratación temporal en el laberinto de los tribunales: preguntas, respuestas...y nuevas preguntas”, *Estudios financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº404/ 2016; Rodríguez- Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La rectificación de la doctrina de Diego Porras sobre la indemnización por extinción del contrato de trabajo de duración determinada”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 6/2018; Terradillos Ormaetxea, E., “La nueva doctrina del TJUE sobre el contrato de interinidad en el empleo público”, *Temas Laborales*, nº 146/2019; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La rectificación de la doctrina de Diego Porras sobre la indemnización por extinción del contrato de trabajo de duración determinada”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 6/ 2018

enunciando como causas de extinción del contrato de trabajo la expiración del tiempo convenido, exceptúa dicha modalidad del derecho a indemnización en el mismo previsto (mención que con la nueva redacción del precepto se mantiene igual, pero respecto al contrato por sustitución). Por el contrario, el artículo 8.1 c) RD. 2720/1998 sí enuncia específicamente las causas por las que el contrato de interinidad se extinguirá. A saber, la reincorporación del trabajador sustituido; el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación; la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo, así como el transcurso del plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones Públicas. Volvemos a plantear la posible aplicabilidad de este precepto reglamentario que, en principio, no parece oponerse a lo previsto en la materia que nos atañe a la nueva redacción del artículo 15.3 TRET, sin perjuicio de las matizaciones que puedan incluirse como consecuencia de lo previsto por la Ley 20/2021 respecto de la última causa de extinción. Evidentemente, de las causas enunciadas, las tres primeras afectarán al contrato de interinidad por sustitución y la última al contrato de interinidad por vacante. Respecto de esta última modalidad, la doctrina ha señalado su consideración como contrato a término, aunque de fecha incierta en cuanto a su finalización, en la medida en la que su prolongación en el tiempo irá acompañada al tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva de dicha vacante³⁰. Afirmación que puede trasladarse a la modalidad de interinidad por sustitución en aquellos casos en los que exista cierta incertidumbre sobre la duración de la ausencia del trabajador sustituido a tenor de la causa que haya determinado el derecho a la reserva del puesto de trabajo. Pero hemos de decir que, pese a la claridad de la norma, la promulgación de la Directiva 1999/70/CE y la mala praxis en la utilización de dicha modalidad por parte del sector público, ha supuesto y sigue suponiendo un continuo vapuleo al legislador español, así como a la doctrina judicial española, principalmente a través de los diferentes pronunciamientos del TJUE.

Por lo que a la Directiva citada concierne, son las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo las que se encuentran en el origen de la controversia. Principalmente en aras de conocer si la transposición de las mismas se ha producido o no al ordenamiento jurídico español, o si determinados aspectos de nuestro ordenamiento resultan contrarios a lo previsto en las mismas. Afectando estas dos últimas cuestiones al contrato de interinidad como contrato de duración determinada que se entiende incluido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva (Cláusula 2 y 3 del Acuerdo), aun cuando lo sea en el seno del sector público. Primero, porque es claro que el trabajador interino laboral ocupado en el sector público (por sustitución o para cobertura de vacante) es un trabajador con contrato de duración determinada, conforme a la definición de la cláusula 3 del Acuerdo: “trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como, entre otras, la producción de un hecho o acontecimiento determinado”. Concretamente, en el caso que nos ocupa el hecho o acontecimiento que marcará el final del contrato será la reincorporación del trabajador sustituido o,

30 Blasco Pellicer, A, “La contratación laboral en el sector público (II): el contrato temporal de interinidad”, en *Las relaciones laborales en el sector Público* (Dir. Blasco Pellicer, A. y López Balaguer, M.), Tirant lo Blanch, 2019, p.418; Cavas Martínez, F, “Transformación del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo por dilación injustificada en la provisión de la plaza”, *Revista de jurisprudencia laboral*, nº 7/2021, pp.1-9

en su caso, la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo³¹, así como la cobertura de la vacante que esté ocupada por el trabajador interino. Segundo, pues como reiteradamente ha dejado claro el TJUE, la definición de “trabajador con contrato de duración determinada” engloba a todos los trabajadores, sin que se establezca diferencia alguna en función del carácter público o privado, de ahí que se entienda pues aplicable al régimen del empleo público³². La cláusula 4 de dicho Acuerdo consagra el principio de no discriminación respecto de los trabajadores con contrato de duración determinada al indicar que, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, estos no podrán tratarse de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. Y desde esta perspectiva de la igualdad y no discriminación, se suscita la cuestión de la procedencia o no de indemnización ante la extinción del contrato laboral de interinidad, pues como establece el propio artículo 49 1 c) ET, reconocida una indemnización de 12 días de salario por año de servicio cuando se extinga un contrato de duración determinada, se exceptiona de dicho derecho el contrato de interinidad. Excepción que hemos de reiterar se ha mantenido en el RDLRFL. Cuestión ésta sobre la que nos detendremos en el apartado siguiente.

Por su parte, la cláusula 5 dispone que, a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán, de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales. Correspondiendo a los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinar en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada se considerarán «sucesivos» y se consideran celebrados por tiempo indefinido. Se trata, por tanto, de analizar si el legislador español cuenta con medidas legales destinadas a prevenir abusos en lo que al contrato laboral de interinidad se refiere o, en su defecto, si ha procedido a adoptar algunas de las medidas enunciadas en dicha cláusula.

El ajuste de nuestro ordenamiento jurídico a lo dispuesto en tales cláusulas respecto del contrato laboral de interinidad en el sector público, ha generado no pocas incursiones de nuestro legislador modificando preceptos de nuestro ordenamiento jurídico laboral en aras de dar cumplimiento adecuado a aquellos aspectos de la Directiva en los que el TJUE detectaba las carencias del mismo, ello a la misma vez que, en paralelo, el TJUE y el TS se han ido enzarzando en una batalla judicial que ha llevado a una prolija y confusa doctrina judicial que trataremos de ir deslindando en las líneas que siguen. Todo ello con el fin de intentar conocer el porqué del

31 Blasco Pellicer, A., “La contratación laboral en el sector público (II): el contrato temporal de interinidad”, en *Las relaciones laborales...*, op.cit., p.423

32 Moreno Vida, N., “La aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo temporal en las Administraciones Públicas: los conceptos de “situaciones comparables” y de “razones objetivas”, *Trabajo y Derecho*, n° 21/ 2016, pp. 9-19

RD-Ley 14/2021, de 6 de julio y la Ley 20/2021, resultante de su tramitación como proyecto de Ley, y poder analizar las respuestas dadas por dichas normas.

Pero analizar la controversia suscitada requiere que se analicen conjuntamente dos aspectos. Primero, si se da cumplimiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico a la cláusula 5 del Acuerdo y, por tanto, nuestro ordenamiento jurídico adopta las medidas adecuadas para prevenir la utilización abusiva de la contratación de duración determinada, y más concretamente, por el tema que nos ocupa, en lo que se refiere a la figura del personal laboral interino en el seno de la Administración. Y, segundo, si siendo titular de un contrato de duración determinada (laboral interino en la Administración pública), se respeta el principio de no discriminación previsto en la cláusula 4.

La respuesta a estas cuestiones exige bucear por la jurisprudencia comunitaria y nacional intentando desentrañar el difícil entresijo de respuestas que a esas cuestiones han ido dando los tribunales y que, en muchas ocasiones más que esclarecer han ido complicando la situación. A nuestro parecer, la mixtura de la duración, la extinción y la indemnización correspondiente en los supuestos de contratos laborales de interinidad ha desencadenado en la respuesta del legislador a través del RD-Ley 14/2021, de 6 de julio y de la Ley 20/2021, respuesta que, como veremos, no deja de adicionar nuevas dudas a las ya existentes.

4.2. Estados previos

La cláusula 4.1 del Acuerdo anexo a la Directiva 1999/70 /CE dispone que, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables, por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

Como ya señalábamos, el artículo 49.1 c) TRET, tras reconocer como causa de extinción de la relación laboral la expiración del tiempo convenido, reconoce, a la finalización del mismo, el derecho del trabajador a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación. Indemnización que queda exceptuada en los casos del contrato de interinidad (en nueva redacción, contrato de duración determinada por sustitución). La consideración de que este último precepto pudiera suponer una vulneración de lo previsto en la cláusula 4 citada motivó una primera sentencia del TJUE. Concretamente, la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14), Asunto Ana de Diego Porras I, en la que una vez admitida la consideración de la indemnización como una condición de trabajo al amparo de la previsión de dicha cláusula 4 del Acuerdo³³, el TJUE entra a analizar la concurrencia o no de posibles razones objetivas que, al amparo de dicha cláusula, justificarán, en el contrato de interinidad por sustitución de la litigante, el no tener derecho a indemnización tras la extinción de su contrato (sin que entremos en este momento

³³ STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14), Asunto Ana de Diego Porras I, Apartados 28 y 31: “El Tribunal de justicia ya ha declarado que el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el empleo...como quiera que la indemnización se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato que le vincula con el empresario. está por ende incluida en el concepto de condiciones de trabajo.”

a valorar la cuantía pertinente³⁴). El Tribunal es claro al respecto, al entender que el concepto de «razones objetivas» requiere que la desigualdad de trato apreciada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, como por ejemplo, la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro, sin que se entienda que concurre dicha objetividad por el mero hecho de que una norma general y abstracta establezca dicho trato diferenciado, como es el caso de la exclusión prevista en el artículo 49 1 c) respecto de los contratos de interinidad. Por tanto, ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, a juicio del Tribunal, razones objetivas que sustenten ese trato diferenciado³⁵. Ello condujo a que se reconociera por el tribunal español remitente (TSJ Madrid) una indemnización, cierto que en base al artículo 49. 1 l) y artículo 53, de veinte días de salario por año de servicio. Sentencia que fue impugnada en RCUd ante el TS, motivando el planteamiento de una nueva decisión prejudicial ante el TJUE, que se resolvió en sentencia de 21 de noviembre de 2018 (C-619/17), asunto Ana de Diego Porras II, sobre la exclusión de los contratos de interinidad del derecho a indemnización previsto en el artículo 49. 1 c) TRET³⁶.

En esta segunda sentencia sobre el asunto Ana de Diego Porras, el TJUE (esclarecidas parece las disposiciones del ordenamiento jurídico laboral español en cuanto a la diferencia de las causas de extinción previstas en el artículo 49 1 c) y l), las cuales no establecen diferencias en cuanto al derecho a indemnización por la duración del contrato sino por la causa extintiva concurrente), dispone que “el Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos comparables, ya que el artículo 53, apartado 1, letra b), del TRET establece el abono de una indemnización legal equivalente a veinte días de salario por año de servicio en favor del trabajador, con independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato de trabajo” (Considerando 75). Ahora bien, aclarado este extremo, respecto de la exclusión de la indemnización a los contratos laborales de interinidad como contratos de duración determinada, señala el TJUE que “si no existiera en Derecho español otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto de los trabajadores con contratos de interinidad, sí que se estaría menoscabando el objetivo y el efecto útil del Acuerdo Marco” (Considerando 100); siendo el tribunal remitente (en este caso el

34 Baste recordar que, como consecuencia de dicha sentencia, el TSJ Madrid reconoció a la Sra. Diego Porras una indemnización en base al artículo 49. 1 l) y artículo 53 TRET, de 20 días de salario por año de servicio. Sentencia que fue impugnada en RCUd ante el TS, motivando el planteamiento de una nueva decisión prejudicial ante el TJUE, que se resolvió en sentencia de 21 de noviembre de 2018 (C-619/17), Asunto Ana de Diego Porras II.

35 STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14), Asunto Ana de Diego Porras I, Apartados 45, 50 y 51

36 Derecho a indemnización que, debe indicarse, fue introducido mediante el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, y por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, a efectos de transponer la cláusula 5 de Directiva 1999/70 al ordenamiento jurídico español, aunque inicialmente dicha indemnización fue de ocho días, estos se incrementaron a doce por Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE del 17).

TS) el competente para verificar dicha cuestión. Hecho que conlleva la conexión con la Cláusula 5 del Acuerdo respecto de la utilización abusiva de la contratación de duración determinada.

El TS se pronuncia, respecto del caso en litigio Ana de Diego Porras³⁷, afirmando la existencia de medida sancionatoria en el ordenamiento jurídico español a través de la que se da cumplimiento a dicha cláusula 5. Concretamente, “la conversión en indefinido de todo contrato celebrado de modo abusivo o en fraude”, lo que, a juicio del TS, provoca una sanción en el empresario mucho más gravosa que la indemnización prevista (F.J. Cuarto 3). Con lo cual, dicho esto parece salvarse el requisito exigido por el TJUE para entender no discriminatoria la excepción prevista para el contrato laboral de interinidad, a la que se refiere el propio TS justificando que dicha diferenciación “obedece a la voluntad del legislador de destacar una situación no idéntica a las otras dos modalidades contractuales, puesto que en el caso de la interinidad por sustitución el puesto de trabajo está cubierto por otro/a trabajador/a con derecho a reserva de trabajo”; puesto de trabajo que “no desaparece con el cese del trabajador/a interino/a”; de modo que, a juicio del tribunal, “el recurso a la temporalidad halla su motivación en esa concreta y peculiar característica que, a su vez, implica un modo de garantizar el derecho al trabajo de la persona sustituida (art. 35.1 CE)”, lo que “no concurre en las otras modalidades del art. 15.1 ET”.

A la vista de lo expuesto, y de los dos pronunciamientos del TJUE en el mismo caso litigioso, el TS resuelve reconociendo la procedencia de la extinción del contrato de interinidad por sustitución de la litigante Ana de Diego Porras como consecuencia de la reincorporación de la trabajadora sustituida (entendiendo que no concurren elementos que le lleven a pronunciarse sobre la excesiva duración del contrato de duración determinada) y, por ende, la no procedencia de indemnización alguna pues, como contrato de interinidad que es, juega la excepción prevista en el artículo 49 1 c) de dicha norma y, al no apreciarse su conversión en laboral indefinido no fijo -pues, a juicio del TS, no se ha desnaturalizado el contrato de interinidad por sustitución -no procede en virtud del artículo 49 1 l) TRET.

Ahora bien, el pronunciamiento de un voto particular en la sentencia del TS referida impidió zanjar la cuestión, atisbando nuevas dudas sobre la conjunción entre nuestro ordenamiento y la Directiva 1999/70/CE. La cuestión discrepante sobre la que se pronuncia el voto particular es la concerniente a la adopción de las medidas exigidas por la cláusula 5 del Acuerdo con el fin de evitar y sancionar las contrataciones temporales abusivas. Concretamente, al entender que un contrato de tales características, prolongado en el tiempo con una duración “inusualmente larga” (más de siete años) debería haber llevado a su recalificación como “contrato fijo” (apartado II. 2.1 del Voto particular), lo que llevaría, en este caso, al reconocimiento de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio. O, en su caso, el reconocimiento de la indemnización prevista en el artículo 49 1 c), al entender, discrepando así de la sentencia mayoritaria, que la previsión de conversión en indefinidos en ningún caso es medida suficiente que garantice evitar o sancionar los abusos en la utilización de la contratación temporal, a lo que, aunque mínimamente, sí coadyuvaría, a juicio del voto particular, al menos el reconocimiento de la indemnización prevista para los restantes contratos de duración determinada.

37 STS de 13 de marzo de 2019 (Nº rec. 3970/2016)

En la misma línea que el Asunto Diego Porras II, ya se había pronunciado el TJUE en el caso *Montero Mateos*³⁸, si bien respecto de un contrato de interinidad por cobertura de vacante. En este supuesto se plantea cuestión prejudicial ante el TJUE, al entender el órgano remitente³⁹ -discrepando de la jurisprudencia del TS a la fecha- que la extinción del contrato de interinidad como consecuencia de la cobertura de la vacante que con dicho contrato se estaba cubriendo, era una causa de extinción asimilable a la concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 52 TRET, al entender que “constituye una razón objetiva vinculada a la organización de la empresa, no imputable al trabajador” y, por tanto, merecedora de la indemnización prevista para estos casos (veinte días de salario por año de servicio). El TJUE se pronuncia al respecto reseñando la diferencia entre una y otra causa extintiva, indicando que “las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término; término que limita la duración de la relación laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato”. A diferencia de ello, en un contrato fijo se producen “circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral”, frustrándose “las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación”. De ahí pues que se entienda que la diferente indemnización reconocida en uno y otro caso no vulnera lo previsto en la cláusula 4 del Acuerdo. Cuestión distinta, tal y como señala el TJUE, y que el órgano remitente deberá apreciar es “si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo”. Lo que de nuevo vuelve a suponer una conexión con la cláusula 5 del Acuerdo.

4.3. La nueva situación tras la STJUE de 3 de junio de 2021 (C-726/2019) y la STS de 28 de junio de 2021 en el asunto IMIDRA

Así pues, la cuestión parecía no haber quedado muy clara a este último respecto, ya que, de nuevo, el TSJ de Madrid presenta, mediante auto de 23 de septiembre de 2019, cuestión prejudicial ante el TJUE en relación a la citada cláusula 5 del Acuerdo. El litigio tiene su origen en el contrato de duración determinada celebrado para cubrir una plaza vacante en el Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (IMIDRA), plaza vinculada a una oferta de empleo público del año 2002 y que, en 2005, convocado un concurso de traslados quedó desierta, siendo así el contrato de interinidad prorrogado hasta 2008, y resultando finalmente asignada la plaza en julio de 2016 a un trabajador fijo tras un proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral, convocado en 2009. La cobertura de dicha plaza originó la extinción del contrato de interinidad, extinción que fue impugnada ante el órgano judicial de instancia. Este consideró que “la relación laboral de que se trataba había pasado a ser una relación indefinida no fija por haber superado el plazo de tres años previsto en el artículo 70 del EBEP para la cobertura

38 STJUE de 5 de junio de 2018, Asunto C-677/16, *Montero Mateos*

39 Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, cuestión presentada en el marco de un litigio entre la Sra. Lucía Montero Mateos y la Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid en relación con la finalización del contrato de interinidad que la vinculaba con dicha Agencia (demanda por despido presentada ante dicho Juzgado el 14 de octubre de 2016)

de la vacante”, reconociéndose el derecho del trabajador a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio.

La cuestión prejudicial planteada solicita, en esencia, pronunciamiento sobre el ajuste a la Directiva de aquellos contratos de interinidad por vacante que se prolongan en el tiempo, con duraciones excesivamente largas, dejando al arbitrio del empleador su duración, al decidir si cubre o no la vacante, cuándo lo hace y cuánto dura el proceso. El TJUE en sentencia de 3 de junio de 2021, C-726/2019, resolviendo dicha cuestión planteada en el Asunto IMIDRA y JN, se detiene en la delimitación del carácter sucesivo de los contratos, entendiendo que es a este supuesto al que se refiere la cláusula 5 del Acuerdo, dejando pues fuera del ámbito de aplicación de la misma aquellos casos en los que un contrato es el primero o único (Considerando 28) e indicando que, si bien como se ha puesto de relieve en anteriores sentencias, es al juez nacional al que compete determinar cuándo se aprecia la existencia de contratos sucesivos, dicha facultad no es ilimitada pues “no puede ponerse en peligro el objetivo o efecto útil del Acuerdo Marco” (Considerando 30).

Pues bien, el TJUE entra a diferenciar entre contratos sucesivos y “prórroga automática de un contrato de duración determinada inicial”, y a su vez, diferenciar prórroga de novación de contrato. Respecto de este último supuesto, el TJUE es claro al señalar que “considerar que no existen sucesivas relaciones laborales de duración determinada, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, por la única razón de que el primer contrato de trabajo de duración determinada del trabajador de que se trate hubiera sido prorrogado automáticamente, sin celebración formal, por escrito, de uno o varios nuevos contratos de trabajo de duración determinada en una situación en la que, además, el mantenimiento de modo permanente de dicho trabajador en una plaza vacante sobre la base de una relación de servicio de duración determinada se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente esa plaza vacante, de modo que, por consiguiente, su relación de servicio ha sido renovada implícitamente durante varios años, puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil del Acuerdo”(Considerando 35). Hecho que llevaría, como está sucediendo, a emplear a trabajadores de forma precaria durante años, así como excluir a un gran número de trabajadores de la protección dispensada por la Directiva 1999/70/CE (Considerando 36 y 37). Señala el TJUE que “la modificación de la fecha de finalización de un contrato de trabajo de duración determinada constituye un cambio esencial de dicho contrato, que puede legítimamente asimilarse a la celebración de una nueva relación laboral de duración determinada que suceda a la anterior relación laboral, comprendida, de este modo, en el ámbito de aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco”. Por lo que, a juicio del propio Tribunal, se está claramente ante un supuesto de contratos sucesivos y no de prórroga automática. Cuestión, no obstante, que resulta baladí a los efectos que aquí interesan, cuáles son que, tanto en un supuesto como en otro, se está vulnerando lo previsto en la cláusula 5 del Acuerdo.

Ahora bien, si no hubiera medida legal al respecto, debe adoptarse por parte de los Estados miembros algunas de las medidas que se prevén en la cláusula 5.1 para limitar la utilización abusiva de contratación temporal, sin que la conversión en indefinidos sea una medida impuesta por el Acuerdo sino que dicha posibilidad incumbe ser apreciada a los propios tribunales nacionales, “quienes deberán determinar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que estas constituyan una medida

apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada” (Considerando 51).

A tenor de lo expuesto, en la misma sentencia del asunto IMIDRA, el TJUE considera que sí ha de hacer algunas apreciaciones al respecto:

– Respecto a la medida legal del derecho interno que frene la utilización abusiva de los contratos de interinidad por vacante:

Primero, si bien en un principio ha de entenderse que existe razón objetiva que ampara la celebración de tales contratos, cual es la sustitución temporal de un trabajador o bien la cobertura de una vacante a la espera de su cobertura por el proceso de selección correspondiente, es pues necesario que se demuestre que se trata de necesidades provisionales, lo que no sucede cuando no se atiende a necesidades de carácter temporal sino permanente y duradero pues ello no está justificado al amparo de lo previsto en la cláusula 5. 1 a) del Acuerdo. Segundo, la previsión del artículo 70 TREBEP respecto del plazo para la organización de procesos selectivos constituye un límite a la duración de los mismos, evitando pues de manera indirecta perpetuar las relaciones temporales de trabajo de las personas que ocupan esas plazas vacantes. De ahí pues que se entienda como una medida adecuada para prevenir la utilización abusiva de la contratación de duración determinada en este sentido; cosa bien distinta es que la misma se incumpla y, por tanto, sea ese incumplimiento el que haga devenir ineficaz la medida, pero no la medida legalmente prevista como tal. Como consecuencia de ello, critica el TJUE la apreciación por parte del TS de la posible prórroga de dicho plazo, al entender que ello convierte al mismo en variable e incierto, lo que supone una vulneración de la cláusula señalada al permitir la renovación de contratos de duración determinada para atender no necesidades provisionales sino permanentes y duraderas, dejándose así de cumplir la finalidad de poner límite a la duración de los procesos selectivos.

– Respecto de medidas que sancionen la utilización abusiva de esta contratación de duración determinada: Se entiende por el TJUE que, conforme a la interpretación del TS, no se sanciona la utilización abusiva de dichos contratos pues ni se convierten en indefinidos ni se les abona indemnización alguna cuando se extinguen. De modo que, si efectivamente se comprobara por el órgano remitente la ausencia de medida sancionadora alguna, deberá este apreciar la posible conversión en laboral indefinido no fijo, lo que podría entenderse como medida sancionatoria. Ahora bien, sin olvidar que la remisión que hace el propio TJUE lo es a funcionarios interinos, al señalar el régimen de Derecho administrativo como aquél al que en casos anteriores se pronunció el propio TJUE (Asunto Martínez Andrés y Castrejana). ¿Quiere ello decir que se asimilan los efectos entre funcionarios interinos por cobertura de vacante y contrato laboral de interinidad por vacante? Entendemos que sí, al amparo del pronunciamiento posterior del TS en el que, como se reseñará, dicho Tribunal hace una llamada de atención al TJUE sobre el olvido de la doctrina reiterada de conversión del interino, laboral o funcionario, en indefinido no fijo.

La conclusión del TJUE es clara: “una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, por una parte, prohíbe tanto la asimilación de trabajadores contratados sobre la base de sucesivos contratos de interinidad a «trabajadores indefinidos no fijos»(¿?) como la concesión de una indemnización a dichos trabajadores y, por otra parte, no establece ninguna otra medida efectiva para prevenir y sancionar los abusos eventualmente constatados

respecto de los empleados del sector público no parece, sin perjuicio de las comprobaciones que incumbe al órgano jurisdiccional remitente realizar, atenerse a las exigencias que se derivan de la jurisprudencia comunitaria”. A la vista de lo cual, el TJUE indica que, si bien un juez nacional no puede dejar de aplicar una disposición de derecho interno que se entiende vulnera la Directiva ni tampoco actuar *contra legem*, sí puede interpretarla a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, tratando de garantizar la plena efectividad de dicha norma comunitaria (Apartados 82 a 85).

A la vista de lo expuesto, el TS se pronuncia en sentencia de 28 de junio de 2021⁴⁰, en la que, muestra su “perplejidad” ante la citada STJUE de 3 de junio de 2021, señalando, primero, que no encuentra reflejada su doctrina en dicha sentencia; segundo, que no reconoce la misma en algunos de los párrafos de aquella y, tercero, que desde dicho TS se ha establecido una sólida jurisprudencia que en ningún caso ha sido reflejado por el TJUE⁴¹. No obstante, el TS ha tenido a bien matizar la jurisprudencia hasta ahora existente, sentando la misma sobre las siguientes premisas⁴²:

- El contrato de interinidad por vacante que, aun reuniendo los requisitos técnicos jurídicos exigidos, se prolongue en el tiempo durante un periodo inusual e injustificadamente largo, mediante el que el empleado público está desempeñando el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido y las mismas funciones de forma constante y continuada, ha de ser considerado fraudulento cuando dicha duración excesiva se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo para proveer definitivamente la plaza vacante. Y ello pues porque, además de los aspectos técnicos jurídicos, debe tenerse en cuenta “la situación del trabajador interino, sus expectativas y la actividad desplegada por la Administración como entidad contratante”. Independientemente, claro está, que dicho contrato pudiera devenir fraudulento en origen o a lo largo de su vigencia, bien por la inexistencia de vacante o cualquier otra causa.
- Se hace pues necesario determinar cuál es la duración que se entiende adecuada a dichos contratos de interinidad por vacante. A tales efectos, el TS entiende que, sin perjuicio de poder ser apreciadas circunstancias excepcionales y de carácter extraordinaria que la entidad pública deba probar, la duración máxima deberá ser fijada en tres años, dado que tres años es el plazo máximo previsto en el artículo 70 TREBEP para ejecutar las ofertas de empleo público. Sin embargo, no puede obviarse la pertinente aplicación de plazos más cortos que vinieran establecidos por la

40 STS de 28/6/2021 (Nº rec. 3263/2019)

41 Entre otras: STS de 28/6/2021 (Nº rec. 3263/2019, FJ 4º); STS de 22/7/2021 (Nº rec. 2988/2019, FJ 4º); STS de 21/7/2021 (Nº rec. 1368/2019, FJ 4º); STS de 21/07/2021 (Nº rec. 1893/2019, FJ 4º)

42 Siguiendo esta línea jurisprudencial, las siguientes sentencias: STS de 18/1/2022 (Nº rec. 3487/2018); STS 11/1/2022 (Nº rec. 1140/2021); STS de 3/12/2021 (Nº rec.4840/2018); (STS de 10/10/2021 (Nº rec. 3229/2020); STS de 6/10/2021 (Nº rec. 3262/2020); STS de 6/10/2021 (Nº rec. 3177/2019); STS de 6/10/2021 (Nº rec. 3075/2019); STS de 5/10/2021 (Nº rec. 3000/2019); STS de 5/10/2021 (Nº rec. 2668/2019); STS de 5/10/2021 (Nº rec. 4641/2018); STS de 21/7/2021 (Nº rec. 1329/2019); STS de 21/7/2021 (Nº rec. 1890/2019); STS de 21/7/2021 (Nº rec. 1577/2020); STS de 20/7/2021 (Nº rec. 4158/2018); STS de 21/7/2021 (Nº rec. 1368/2019); STS de 21/07/2021 (Nº rec. 1893/2019); STS de 21/07/2021 (Nº rec. 3864/2019); STS de 21/07/2021 (Nº rec. 2085/2019); STS de 21/07/2021 (Nº rec. 5145/2018); STS de 22/07/2021 (Nº rec. 4842/2018); STS de 21/07/2021 (Nº rec. 3236/2020); STS de 21/07/2021 (Nº rec. 3474/2019); STS de 22/07/2021 (Nº rec. 543/2019); STS de 22/07/2021 (Nº rec. 2988/2019)

normativa autonómica. Plazos que en unos casos son establecidos de forma general para todos los procesos selectivos⁴³, particularizando en otros casos, atendiendo al proceso de selección⁴⁴.

Dado que es esta una de las cuestiones más controvertidas y determinantes de las devastadoras consecuencias que en la relación laboral de interinidad se han producido hasta ahora y que han supuesto desvirtuar la naturaleza del propio contrato de interinidad, a nuestro juicio debe ser este uno de los aspectos fundamentales a regular, pero evidentemente, a ser cumplidos. Es necesario exigir las responsabilidades pertinentes ante el incumplimiento de tales plazos, vistas ya las nefastas consecuencias, como decíamos, que su incumplimiento, en la materia que nos ocupa, ha traído consigo. En este sentido hemos de señalar que se pronuncia la Ley 20/2021 y el RD-Ley que le precede, en cuyo preámbulo se señala, entre otras, como pretensión del mismo, reforzar el carácter temporal de la figura del personal interino implantando para ello “un régimen de responsabilidades que constituya un mecanismo proporcionado, eficaz y disuasorio de futuros incumplimientos”, a cuyo fin, la DA 17ª TREBEP, sobre medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público (incorporada por el artículo 1. Tres de dicho RD-Ley y en los mismos términos por la Ley 20/2021) recoge en su apartado 2 que: “las actuaciones irregulares en dicha materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”.

Junto a lo señalado, debe indicarse que el TS no ha exigido una impasibilidad absoluta por parte de la Administración para estimar la “duración excesivamente larga del contrato de interinidad” sino que en algún supuesto, aun siendo convocado concurso al efecto de ser cubierta la vacante ocupada por el contratado interino, “los lapsos excesivamente amplios entre las convocatorias”, sin que queden acreditadas dificultades que justificaran dicha tardanza, llevan también a admitir esa duración inusual e injustificadamente larga que explican la conversión en laboral indefinido no fijo⁴⁵. Igualmente, en aquellos casos en los que solo el concurso de traslados es el que ha sido utilizado por la Administración para la cobertura de esa vacante, sin recurrir en

43 A modo de ejemplo: artículo 55.3 de la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana (BOE 28 de mayo): “En la Administración de la Generalitat la aprobación de la oferta de empleo público deberá efectuarse en un plazo de tres meses desde la publicación de la correspondiente ley de presupuestos. Los procedimientos selectivos para la cobertura de las vacantes incluidas, y hasta un diez por ciento adicional, se deberán convocar dentro de los tres meses siguientes a la aprobación de la oferta de empleo público. Las convocatorias deberán determinar la fecha de inicio de la primera prueba selectiva, que no podrá exceder de un plazo de tres meses desde la convocatoria, así como una estimación temporal para el desarrollo del resto de las pruebas. En todo caso, las pruebas deberán estar finalizadas en el plazo de un año a contar desde la convocatoria”; artículos 18, 19 y 23 Ley 1/1986, de 10 de abril, de la función pública de la Comunidad de Madrid (BOE de 3 de septiembre), en los que se establecen, respectivamente, que aprobada la Ley de Presupuestos de la Comunidad de Madrid, y en el primer trimestre del año natural, se procederá a publicar la oferta de empleo público regional, procediendo a convocar las pruebas selectivas de acceso a las plazas comprometidas en la oferta en un plazo de tres meses siguientes a la entrada en vigor de dicha Ley de Presupuestos, debiendo estar concluidas las pruebas selectivas antes del 1 de octubre de cada año.

44 Art. 38 g) Ley 6/1985, de 28 de noviembre de Función Pública de Andalucía (BOJA del 28), en el que se establece que en las convocatorias de las pruebas selectivas deberá constar, entre otros extremos, “el calendario para la realización de las pruebas, que habrán de concluir en todo caso antes del 1 de octubre del año en curso”. Por su parte, el artículo 111 del Anteproyecto de Ley de función pública de Andalucía remite a las bases de la propia convocatoria del proceso de selección la “previsión, en su caso, del periodo de inicio de las pruebas y duración máxima del proceso de celebración de los ejercicios y demás pruebas previstas” (<https://www.juntadeandalucia.es/servicios/normativa/normas-elaboracion/detalle/211734.html>)

45 STS de 21/07/2021 (Nº rec.3375/2019)

ningún caso a un proceso de selección de personal de nuevo ingreso, lo que evidencia, a juicio del Tribunal, “una situación estructural de déficit del personal fijo necesario para atender adecuadamente la totalidad de las plazas existentes”, ello lleva a entender que concursos de traslados desiertos no justifican la incierta prolongación de los contratos de interinidad, siendo la tardanza en convocar el proceso selectivo lo que ha determinado la conversión de la relación laboral de interinidad en indefinida no fija⁴⁶.

– La conclusión del TJUE sobre la inadmisibilidad de que consideraciones puramente económicas relacionadas con la crisis económica de 2008 pudieran justificar previsiones en la normativa presupuestaria relativas a la suspensión de procedimientos de cobertura de plazas vacantes en los organismos públicos, lleva a desaparecer la hasta ahora doctrina del TS que entendía, al amparo de las mismas, justificada la prolongada extensión de tales contratos, haciendo necesaria su rectificación.

– Consecuencia de ello es la consideración del trabajador interino titular de una relación laboral que supera la duración máxima establecida, como laboral indefinido no fijo; correspondiéndole así en el momento de extinción de su contrato la indemnización prevista en el artículo 49 l) TRET, es decir, veinte días de salario por año de servicio.

4.4. La permanente ausencia de derecho a indemnización por extinción del contrato de interinidad-sustitución

De lo expuesto en los apartados anteriores parece concluirse de modo claro que en los contratos laborales de interinidad cuya extinción se produzca al amparo de las causas reglamentariamente previstas -la reincorporación del trabajador sustituido, el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación, la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo o el plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones públicas-, el artículo 49 l c) excluye al trabajador del derecho a indemnización de doce días de salario prevista para otras modalidades contractuales de duración determinada. En este sentido, se señala que la norma es absolutamente clara cuando deja fuera de la indemnización por extinción contractual a los interinos; sin que pueda entenderse que existe laguna legal alguna que pueda cubrirse por vía interpretativa, se trata de una decisión legislativa que el juez nacional no puede ignorar⁴⁷, pese a los, a nuestro juicio, rocambolescos argumentos a los que ha pretendido recurrir en aras de justificar dicha excepción.

La exclusión no deja de ser llamativa, máxime tras las tan traídas y llevadas cláusulas 4 y 5 del Acuerdo de la Directiva 1999/1970/CE que el TJUE ha aprovechado, en no pocas ocasiones, para ir minando otras disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico laboral pero que, sin embargo, ha pasado de soslayo sobre esta. Con efectos similares se pronunció el TS en su sentencia de 13 de marzo de 2019⁴⁸, en cuyo fundamento de Derecho Tercero 3, admite que, “con independencia de las reflexiones e hipotéticas propuestas de *lege ferenda* tendentes a

46 STS de 21/07/2021 (Nº rec.3450/2019)

47 Menéndez Sebastián, P., “La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática indemnización de los interinos”, *REDT*, nº 194/2017, p.26/40

48 NºRec.3970/2016. Siguiendo la línea jurisprudencial indicada, STS de 20 de julio de 2021 (Rec.2947/2018)

una aproximación en el tratamiento de todas las modalidades de contratación temporales”, ello queda fuera del ámbito de la Directiva desde el momento en el que esta circunscribe su mandato antidiscriminatorio de la cláusula 4 a la “preservación de los derechos de los trabajadores temporales respecto de los que se reconozcan a los trabajadores fijos”; no así pues a las diferencias que puedan existir entre los trabajadores titulares de distintos contratos de duración determinada, como es el caso.

Ahora bien, ¿al amparo de la cláusula 5 de la citada Directiva, dicha diferencia indemnizatoria puede incidir en un inadecuado cumplimiento de esta que lo que persigue es imponer límites a la utilización sucesiva de contratos de duración determinada? Cuestión esta última que salva nuestro TS amparándose en el hecho de que no es esta medida indemnizatoria la que tiene carácter sancionatorio frente a la utilización abusiva de la contratación temporal sino las previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 15 TRET pre-RDLRFL, a lo que habría que añadir la figura jurisprudencial del laboral indefinido no fijo del sector público. Pero más allá de lo señalado, en el párrafo final del Fundamento Jurídico Cuarto el TS en un intento, a nuestro juicio, de salvar una distinción difícil de justificar⁴⁹, recurre a una argumentación que, a nuestro entender, no es fácil de sustentar. Primero, porque el hecho de que el puesto de trabajo esté cubierto en el contrato por sustitución por otro trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo no se entiende que guarde conexión con el hecho de que el contrato se extinga, más allá de que esa sea la causa, pero por ello no desaparece el efecto o consecuencia de dicha extinción, a saber, que se debiera indemnizar al trabajador. Extinción pues que igualmente sucede en las otras modalidades contractuales, indemnizándose la extinción de la relación laboral no la existencia o inexistencia de un puesto de trabajo. Y, segundo, y lo que a nuestro juicio es primordial, dicha argumentación olvida la otra modalidad del contrato por interinidad, la interinidad por vacante, salvo que el argumento siguiendo las mismas lindes marcadas, se ampare en que el puesto permanece y no se extingue porque será cubierto tras el proceso selectivo correspondiente, pues diferente sí ha sido la consecuencia indemnizatoria en aquellos casos en los que la extinción se ha producido por amortización de la vacante, reconociéndose en estos casos una indemnización de veinte días de salario por año de servicio⁵⁰.

No obstante, es a nuestro juicio el voto particular a dicha sentencia del TS de 13 de marzo de 2019 el que parece evidenciar el difícil engranaje jurídico de la misma para eludir el reconocimiento de dicha indemnización. En dicho voto, poniendo en entredicho la insuficiencia de lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 15 TRET como medida arbitrada para prevenir el abuso en la utilización abusiva de los contratos de duración determinada- afirmación esta con la que no coincidimos en su totalidad- no es menos cierto que carece de fundamentación alguna, a juicio del voto particular, la afirmación de la no desaparición del puesto de trabajo ocupado como razón objetiva que justifique la diferencia de trato. Y, por leve que pueda ser su efecto, no deja de ser cierto que “el abono de dicha indemnización sí cabe entender que puede incidir, aunque sea mínimamente, en fomentar la contratación indefinida, como forma normal de garantizar la estabilidad en el empleo”.

49 En este sentido, Cabrera Rodríguez, J., “¿Fin del derecho a indemnización por cese del personal laboral interino al servicio de la Administración? La STS (Social) de 13 de marzo de 2019”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 114/ 2019, p. 265

50 STS de 8 de julio de 2014 (N° rec.2693/2013)

Sin embargo, reiterada es la jurisprudencia del TS que ha venido reafirmando la doctrina de que la finalización válida de los contratos temporales conlleva la indemnización que, en cada caso, esté prevista normativamente si así lo ha dispuesto el legislador. En los contratos de interinidad no se establece indemnización alguna, sin que pueda anudarse a la válida extinción de este tipo de contratos la indemnización prevista por la Ley para supuestos radicalmente distintos como son las causas objetivas contempladas en el art. 52 del ET⁵¹.

Pues bien, parece que el legislador ha tenido a bien entender que, efectivamente, la indemnización no es medida que vaya destinada a paliar el posible abuso de la contratación de duración determinada y que puede mantenerse el trato diferenciado en virtud de la modalidad contractual en lo que al derecho indemnizatorio se refiere, pues recalando con el RDLRFL en el artículo 49.1 c) lo hace en esta cuestión únicamente para sustituir el término “interinidad” por “sustitución” pero manteniendo la exclusión del derecho a indemnización.

5. LA LEY 20/2021, DE 28 DE DICIEMBRE: PRESENTE Y FUTURO DE LA INTERINIDAD LABORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO⁵²

La Ley 20/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público pivota sobre dos cuestiones básicas, ambas directamente relacionadas con la excesiva temporalidad en el sector público, si bien una de ellas mirando al presente para solucionar el pasado y otra mirando al futuro para evitar los errores de ese pasado. Teniendo, tanto en un caso como en otro, que dar respuesta a la controvertida extinción de la relación laboral de interinidad, máxime tras los últimos pronunciamientos del TJUE y del TS, tal y como hemos puesto de relieve en los apartados precedentes.

5.1. Medidas ad futurum dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público

5.1.1. Responsabilidad de las Administraciones Públicas

El apartado 1 y 2 de la DA 17^a TREBEP, incluida por el artículo 1 Tres la Ley 20/2021, reconoce la responsabilidad de las Administraciones cuando incumplan las previsiones contenidas en aquél, haciéndose mención expresa al deber de dichas Administraciones de velar por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral. A tal fin, estas deberán promover en sus respectivos ámbitos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de lo señalado, así como una actuación coordinada de los distintos órganos que ostenten competencia en materia de personal. Las actuaciones irregulares que se produjeran en esta materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades que procedan, según lo previsto en la normativa de cada una de las Administraciones públicas implicadas.

51 En este sentido, STS de 2 de marzo de 2021 (Nº rec.3600/2018); STS de 2 de marzo de 2021 (Nº rec.3660/2018); STS de 16 de febrero de 2021 (Nº rec.1608/2021); STS de 2 de febrero de 2021 (Nº rec.3204/2018); STS de 14 de enero de 2021 (Nº rec.1450/2019); STS de 13 de enero de 2021 (Nº rec.2557/2018); STS de 3 de noviembre de 2020 (Nº rec.3917/2018)

52 Reiterar que dicha Ley es fruto de la tramitación como Proyecto de Ley, del RD-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, cuya entrada en vigor se produjo el 8 de julio de 2021.

No es novedosa la incorporación de una disposición de estas características en nuestro ordenamiento. Ya la Ley 3/2017, de 27 de junio de PGE para 2017 (BOE del 28) recogía en su DA trigésimo cuarta que los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su sector público instrumental, deberían velar para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Disponiéndose que, actuaciones irregulares en esta materia, darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas. No es necesario reflexionar en exceso para poder afirmar que poca ha sido la eficacia de previsiones como esta; ya lo ha señalado la doctrina al poner de relieve la remisión en blanco a una normativa específica que por lo general no existe y que se califica como “un brindis al sol”⁵³. ¿Volvemos a tropezar con la misma piedra? Solo el paso del tiempo nos permitirá ofrecer una respuesta.

5.1.2. Consecuencias

La DA 17ª TREBEP se detiene en una de las cuestiones más controvertidas sobre las que la jurisprudencia comunitaria y nacional ya ha tenido ocasión de pronunciarse, los plazos máximos de permanencia del personal temporal en el seno de la Administración. Debiendo resaltar que nada dice respecto cuál haya de ser ese plazo máximo de permanencia, más allá de indicar que el incumplimiento por parte de la Administración de esos plazos máximos de permanencia llevará aparejada tanto una consecuencia administrativa como económica.

Como se ha referenciado, tres años parecía ser, al menos hasta el RDLRFL y a la vista de la jurisprudencia del TS, el periodo máximo previsto para la duración de un contrato de interinidad por vacante, al entender este coincidente con lo señalado en el artículo 70 TREBEP. Pero respecto de la interinidad por sustitución entendemos deberá estarse a lo que la jurisprudencia ha ido delimitando al respecto. A nuestro modo de ver, el legislador ha desaprovechado de nuevo una ocasión para clarificar la tan controvertida cuestión, obviando pronunciarse sobre ese plazo máximo de duración, al que, al menos, debería haberse referido en términos generales, incorporando a la norma las pautas ya establecidas desde la jurisprudencia⁵⁴. No obstante, como se ha señalado anteriormente, parece que el legislador ha querido subsanar dicha omisión mediante la remisión que en la DA cuarta del RDLRFL hace a esta Ley 20/2021, en lo que al contrato de sustitución por cobertura de vacante en el sector público se refiere. Pues si dicha remisión lo es al régimen del funcionario interino del artículo 10 TREBEP, la duración máxima será de tres años, sin perjuicio de su posible ampliación al amparo del artículo 4 de dicho precepto⁵⁵.

53 Molina Navarrete, C., *Indemnización por cese en el empleo público: crónicas y críticas de su actualidad judicial*, Bomarzo, 2017, p.91

54 En este sentido, en lo que parecía ser un vaticinio de lo ocurrido: ROJO TORRECILLA, E., señalaba que “el legislador debería hilar bien fino en la reforma tanto de la normativa laboral como funcional para que no puedan volverse a generar situaciones de incertidumbre jurídica”, en *La saga «personal interino laboral»*. Modificación de la jurisprudencia del TS (y a la espera de la anunciada reforma del EBEP): Análisis de la sentencia de 28 de junio de 2021; Blog del autor, <http://www.eduardorojotorrecilla.es> (entrada 1 de julio de 2021)

55 Respecto de dichos supuestos de ampliación en el ámbito del funcionario interino: Carbonero Redondo, J.J., “Interinos y empleo público después de la tormenta”, *Actualidad Administrativa*, nº 2/2022, p.6/10

En cuanto a las consecuencias que se prevén por el incumplimiento de tales plazos máximos de permanencia: una de índole administrativa y otra económica, cuyo análisis tampoco puede resultar ajeno al RDLRFL.

Respecto de la consecuencia administrativa, se prevé en la DA 17a la nulidad de pleno derecho de todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como de las medidas que sean adoptadas en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga un incumplimiento por parte de la Administración de esos plazos máximos de permanencia como personal temporal.

Respecto de la consecuencia económica, y en lo que al personal laboral temporal corresponde, el incumplimiento de esos plazos máximos dará derecho a este a percibir una compensación económica, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica. Varias dudas surgen respecto de esta segunda cuestión:

Primera, qué entender por indemnización correspondiente por vulneración de la normativa laboral específica. Algún sector doctrinal ha puesto de manifiesto que en la mente del legislador están las indemnizaciones por daños y perjuicios previstas para los supuestos de extinción con vulneración de los derechos fundamentales, sin perjuicio de manifestar las dudas que la redacción del precepto ofrece⁵⁶. Dudas estas que corroboramos. Si bien, nuestra opinión recalca en que las indemnizaciones referidas son las que proceden cuando se ha vulnerado la duración establecida para los contratos temporales y se produce la extinción de dicha relación laboral. Si como se ha señalado, lo expresado en el apartado 5 de la DA 17^a TREBEP está previsto para el caso de personal laboral temporal en el que se incumplan los plazos máximos de permanencia, en el supuesto que nos ocupa de laborales interinos, ese incumplimiento siempre supone una vulneración de la normativa laboral específica, por lo que siempre procederá esa compensación económica y la indemnización de veinte días por año al amparo del artículo 49. 1 l) derivada esta última de esa vulneración. Lo que, a sensu contrario, supone que, no superándose esa duración máxima, no procede la aplicabilidad de dicho apartado y, por tanto, no procede compensación económica ni indemnización alguna (exclusión de esta modalidad contractual de los doce días de salario del artículo 49.1 c) TRET). Creemos que, si realmente las indemnizaciones referenciadas en este apartado por el legislador eran las referidas a vulneración de derechos fundamentales, así debería haberse hecho constar a fin de evitar las dudas interpretativas que ello origina. Segunda, la compensación económica prevista es similar a la que el legislador ha contemplado para la extinción de las relaciones laborales vigentes a la fecha de entrada en vigor de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre (y su precedente, el RD-Ley 14/2021, de 6 de julio) para aquellos interinos laborales que, no superando el proceso selectivo de estabilización, vieran finalizada su relación con la Administración. Es decir, la diferencia existente entre el máximo de veinte días de salario fijo por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato (ninguna, teniendo en cuenta la excepcionalidad prevista para los contratos de interinidad), entendiéndose que esta indemnización es diferente de la arriba reseñada, es decir, de la que correspondiera por vulneración de la normativa laboral específica. Dicha compensación nacerá a partir de la fecha de cese efectivo y su cuantía estará referida exclusivamente al

⁵⁶ En este sentido, Cano Galán, Y., “El contrato de interinidad por vacante en las Administraciones Públicas: el diálogo entre el TJUE y el TS y la respuesta del RD-Ley 14/2021, de 6 de julio”, *Diario La Ley*, n° 9898, 2021, p.15/18

contrato del que traiga causa el incumplimiento. Procediéndose a la compensación de cantidades en el supuesto en el que la indemnización fuera reconocida en vía judicial y no procediendo si la extinción de la relación laboral se ha producido por renuncia voluntaria o despido disciplinario declarado procedente.

Tercera, en el caso que nos ocupa, interinidades laborales en las que se han incumplido los plazos de duración máxima, a tenor de lo hasta aquí señalado, la cuantía de la compensación será un máximo de veinte días de salario fijo por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, ya que la indemnización que le corresponde por extinción de su relación laboral es ninguna. No obstante, si dicha relación laboral de interinidad ha devenido en laboral indefinida no fija- con las matizaciones que a continuación realizaremos-, la indemnización correspondiente será la misma que la prevista para la compensación. Pudiendo entender que si esta se enmarca en la “indemnización por vulneración de la normativa laboral específica” sería compatible con la compensación económica, a priori. Y, en cambio, si se entendiera, como indemnización por extinción de la relación laboral, debería descontarse de dicha compensación, coincidiendo en su caso con la prevista en el proceso de estabilización.

A ello debemos añadir un elemento más de conflicto, la conversión de la relación de interinidad en laboral indefinida no fija requiere pronunciamiento judicial al respecto, y el legislador dispone que, en caso de que la indemnización por extinción de contrato fuera reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades, es decir, entre compensación económica e indemnización. ¿Procederá entonces solo la compensación entre cantidades si la indemnización es reconocida judicialmente pero no si, reconocida la relación laboral como indefinida no fija se produce después la extinción reconociéndose por la Administración de oficio la indemnización pertinente? O, ¿una vez reconocido el carácter de laboral indefinido no fijo, la indemnización pertinente pasaría a ser la que corresponda por extinción de la relación laboral y no por vulneración de la normativa laboral específica? Esa mención al reconocimiento judicial de la indemnización vuelve a plantear una controversia que, sin duda, requerirá de nuevas interpretaciones judiciales.

A nuestro juicio, teniendo en mente el mandato de la cláusula 5 del Acuerdo de la Directiva 1999/1970/CE, la interpretación más acorde a la misma sería la de admitir la compatibilidad entre la compensación económica y aquellas indemnizaciones que correspondan por una extinción de la relación laboral que vulnere la normativa laboral, es decir, contratos de duración determinada que hayan devenido indefinidos al amparo de lo previsto en el artículo 15.3 TRET pre-reforma. Procediendo la compensación, en los supuestos en los que la indemnización sea la legalmente prevista para la extinción de la relación laboral en cuestión (doce días de salario por año de servicio según la previsión del artículo 49 1c) TRET para los restantes contratos de duración determinada). Sin embargo, esta conclusión puede pensarse que olvida el punto de partida del derecho a la compensación, cuál es “incumplimiento por parte de la Administración de esos plazos máximos de permanencia como personal temporal”, por lo que habrá que estar en cada caso a la consecuencia dimanante de dicho incumplimiento que, en el supuesto que nos ocupa, es el de su conversión en laborales indefinidos no fijos.

Cuarta, lo hasta ahora expuesto ¿se entiende aplicable única y exclusivamente al supuesto de los contratos de interinidad que se extingan hasta el 30 de marzo de 2022? Pues no es hasta esa fecha cuando se derogan las previsiones de la DA decimoquinta apartados 1 y 2, de conformidad con lo señalado en la DF octava del RDLRFL. A este respecto, señala algún sector doctrinal que

ello supondrá la eliminación de la cobertura legal de la figura del trabajador indefinido no fijo por irregularidades en la contratación temporal o superación del límite legal al encadenamiento de contratos temporales⁵⁷.

Quinta, ¿la previsión del incumplimiento de los plazos máximos de permanencia prevista en la Ley 20/2021, incluye también la referencia a los contratos de interinidad por sustitución? Si bien a nuestro juicio no ha sido esta la referencia más adecuada para entender incluida esta modalidad, lo contrario supondría no responder a la finalidad de la norma cual es controlar la temporalidad en el empleo público, máxime en lo que a las interinidades se refiere. Lo que sí es cierto que, en tanto que para la interinidad laboral por vacante el plazo establecido parece estar meridianamente claro a tenor de lo normativa o convencionalmente previsto no sucede igual respecto del contrato de interinidad por sustitución en cuyo caso habrá que entender aplicable lo jurisprudencialmente previsto tanto por el TJUE como por el TS así como a algunas previsiones en la negociación colectiva aplicable que marcan los plazos de incorporación pautando el paso de un contrato a otro⁵⁷.

Sexta, si bien hasta el 30 de marzo de 2022 no entrará en vigor lo previsto en el apartado 4 del artículo 15 TRET, según la nueva redacción dada por el RDLRFL, en el mismo se establece que el incumplimiento de lo establecido en este artículo 15 respecto de las personas contratadas, determinará que estas adquieran la condición de fijas. ¿Resulta de aplicación dicha consecuencia a los contratos de sustitución celebrados por la Administración? En concordancia con lo señalado en la consideración cuarta, no lo será para los contratos de sustitución por cobertura de vacante, respecto de los que, ya señalábamos, el legislador parece remitirse al régimen del funcionario interino. Pero, ¿lo será respecto de los contratos de sustitución de reserva de puesto de trabajo? Pues desconocemos cuál ha sido la intención del legislador al respecto; pero, o bien, ha sido un lapsus al entender que dicha cuestión quedaba resuelta con la remisión que efectúa en la DA 4ª, pero esta está referida solo a la cobertura de vacantes; o bien, su previsión es que, en caso de incumplimiento de la duración correspondiente a un contrato de sustitución con reserva de puesto, efectivamente se adquiera la condición de fijeza por parte del trabajador afectado. Trabajador al que, en caso de extinción de la relación laboral, le será aplicable lo señalado respecto de compensaciones e indemnización. Como puede deducirse de lo expuesto, si ya importantes dudas interpretativas generaba la nueva DA 17a TREBEP, que, como ya se ha puesto de manifiesto por algún sector doctrinal, “ha abonado el campo a una nueva remesa de procedimientos judiciales”⁵⁸, a ello han de añadirse las consecuencias derivadas del reciente RDLRFL.

5.2. Solucionar el pasado en el presente

La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, reconoce a lo largo de su preámbulo la continua preocupación por la elevada tasa de temporalidad que caracteriza el empleo en el sector público en España, poniendo de manifiesto como, pese a sucesivas regulaciones sobre la materia para limitar tanto el nombramiento de funcionarios interinos como personal laboral temporal a casos excepcionales de indudable y estricta necesidad, la realidad demuestra un constante y sostenido

57 A modo de ejemplo, artículo 32 VIII CC para el Personal Laboral al Servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DOCM de 9/11/2017)

58 En este sentido, CANO GALÁN, Y., El contrato de interinidad por vacante en las Administraciones Públicas...”, op.cit., p.15/18

aumento de la tasa de empleo temporal, siendo pues necesario, junto a otras medidas, adoptar algunas de naturaleza inmediata que remedien dicha elevada tasa de temporalidad.

A tenor de ello, se autoriza un tercer proceso de estabilización de empleo público que viene a adicionarse al previsto en la Ley 3/2017, de 27 de junio de PGE para 2017 (BOE del 28), en cuyo artículo 19.Uno 6 se contempla una tasa adicional de estabilización de empleo temporal en las Administraciones y los sectores específicos enunciados, que incluirá hasta el 90% de las plazas que, estando dotadas presupuestariamente, hubieran estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2016. En este caso, las ofertas de empleo que articulen estos procesos de estabilización deberían haberse aprobado y publicado en los ejercicios 2017 a 2019. En términos similares, el artículo 19 Uno 9. Ley 6/2018, de 3 de julio de PGE para el año 2018 (BOE del 4), sin mencionar porcentaje alguno al respecto de la tasa adicional, especifica los sectores, así como los mismos requisitos para las plazas (a excepción de la fecha de ocupación, que sería de tres años anteriores a 31 de diciembre de 2017), estableciendo como plazo de aprobación y publicación de las ofertas de empleo, los ejercicios 2018 a 2020. En esta línea, se enmarca el tercer proceso de estabilización del RD-Ley 14/2021, de 6 de julio -que mantiene la Ley 20/2021- que, como señala su preámbulo, es una medida hacia el pasado con la finalidad de “activar” un último proceso de estabilización de plazas de carácter estructural, sumado a los ya iniciados en 2017 y 2018, debiendo señalar que dichos procesos de estabilización no se verán afectados por las tasas de reposición de efectivos contempladas en el artículo 20 Uno 1 de la Ley 22/2021 de PGE para 2022 (BOE de 29 de diciembre de 2021), según lo dispuesto en dicho precepto.

Este tercer proceso de estabilización presenta coincidencias y similitudes con los que le han precedido, pero incorpora como “medida estrella” el derecho a una compensación económica en el supuesto de finalización de la relación laboral. Medida esta que, como hemos visto, el legislador, junto con algunas otras, reconocerá más allá de las fronteras del proceso de estabilización como medidas dirigidas al control de la temporalidad en el sector público *ad futurum*.

Como cuestiones pues a destacar en este tercer proceso de estabilización, cabe mencionar las siguientes:

– Tasa adicional para estabilización de empleo temporal:

Se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal. Tasa que incluirá las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las RPT, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas, y, estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020. La Ley 20/2021 viene a adicionar un párrafo segundo a lo previsto en el RD-Ley que le precede, obligando a incluir en este tercer proceso de estabilización, aquellas plazas que, afectadas por los anteriores procesos de 2017 y 2018 y, habiendo quedado incluidas en dichas ofertas de empleo público de estabilización, a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, no hubieran sido convocadas o convocadas y resueltas hayan quedado sin cubrir. El apartado 5 de dicho artículo 2 señala expresamente que de la resolución de estos procesos no podrá derivarse, en ningún caso, incremento de gastos ni efectivos, insistiendo en la necesidad de que en tales procesos se oferten necesariamente plazas de naturaleza estructural que se encuentren desempeñadas por personal con vinculación temporal, reiterándose así lo establecido en las leyes de PGE de 2017 y 2018.

– Plazos:

Las ofertas de empleo que articulen los procesos de estabilización señalados (2017, 2018 y el nuevo previsto) deberán aprobarse y publicarse en los respectivos diarios oficiales antes del 1 de junio de 2022, siendo coordinados por las Administraciones públicas competentes. La publicación de las convocatorias de los procesos selectivos para la cobertura de las plazas incluidas en tales ofertas de empleo público, deberán producirse antes de 31 de diciembre de 2022, debiendo la resolución de estos procesos selectivos finalizar antes de 31 de diciembre de 2024.

– Régimen de los procesos selectivos:

En términos similares a los anteriores procesos de estabilización, se señala que la articulación de estos procesos selectivos deberá garantizar el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Dichos procesos podrán ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades locales, pudiendo articularse medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones Públicas en el desarrollo de los mismos en el seno de la Comisión de Coordinación del Empleo Público.

El sistema de selección, sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica, será el de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1.c) TREBEP. Estos procesos de estabilización serán compatibles, en el supuesto de que en la normativa específica sectorial o de cada Administración así se hubiera previsto, con los mecanismos de movilidad o de promoción interna previos de cobertura de plazas.

La tramitación del RD-Ley 14/2021, de 6 de julio como proyecto de Ley, al albor de presiones de la más diversa índole (políticas, sociales etc.) ha conducido a la inclusión en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre de la DA sexta. En dicha Disposición se exceptiona el régimen del proceso de selección señalado, siendo sustituido únicamente por el de concurso, para aquellas plazas que, reuniendo los requisitos señalados para dichos procesos de estabilización, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016. Procesos que, realizándose por una sola vez, podrán ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración del Estado, autonómica y local. Muy discutida ha sido la elección de este proceso de selección en el que se obvia la fase de oposición. El legislador lo ha hecho amparándose en el artículo 61.6 y 7 TREBEP, referidos al acceso como funcionario de carrera y como personal laboral fijo, respectivamente. Precepto que contempla la excepcionalidad del concurso para el acceso a funcionario de carrera, excepcionalidad que parece atisbarse en el precepto de la Ley 20/2021, únicamente en su realización por una sola vez.

– Consecuencias extintivas:

Constituye una novedad insoslayable el reconocimiento del derecho a una compensación económica para aquél personal laboral temporal que, estando en activo, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización (art.2.6 Ley 20/2021). Evidentemente, entre dicho personal laboral temporal está incluido, el personal

laboral interino, exigiéndose como único requisito a tales efectos, la participación en el proceso selectivo de estabilización, pues la no participación en el mismo determinará no tener derecho a la citada compensación. Ahora bien, tengamos en cuenta que se habla de “compensación económica” no de indemnización por extinción de la relación laboral, sin perjuicio de que el cálculo de aquella lo sea, como veremos, en función de la indemnización a la que por extinción de contrato se pudiera tener derecho. Así, la cuantía de la compensación económica se señala que consistirá en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año.

Pues bien, respecto de la posible indemnización por extinción en la modalidad que nos atañe, cabe señalar dos situaciones:

- Que el contrato de interinidad que se extingue, haya sido ajustado a la normativa vigente, sin que se entienda que su duración ha sido excesivamente larga o incumpliendo la duración establecida para tal modalidad contractual en el ámbito del sector público, en cuyo caso, se entiende que procede la exclusión prevista en el artículo 49.1 c) TRET y, por ende, no se genera derecho a indemnización alguna. Es decir, el contrato de interinidad laboral por vacante (o por extensión, de sustitución) es adecuado a lo señalado en el TRET y se extinguiría por la cobertura de la vacante (o reincorporación del sustituido) tras la resolución del proceso de selección (o fin del derecho a reserva del puesto de trabajo) sin que correspondiera la indemnización ni de doce días de salario ni, evidentemente de veinte días. Y, por tanto, lo único que correspondería sería una compensación económica igual a veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, lo que es equivalente a la indemnización por extinción de la relación laboral convertida en laboral indefinida no fija, al amparo del artículo 49.1 l) TRET.
- Si procediera su consideración como laboral indefinido no fijo, según la última doctrina del TS, por superación de los límites establecidos y, por tanto, correspondiera la indemnización de veinte días de salario por año de servicio, será necesario deducir de dicha compensación económica tal indemnización. Cálculo este que, en función del periodo de prestación de servicios, podrían llevar a que la compensación económica quedara subsumida por la indemnización extintiva.

Varias son las dudas interpretativas que el reconocimiento de esta “compensación económica” puede suscitar pero, como hemos visto, las mismas se acentúan ya no cuando se producen en el marco de este proceso de estabilización que, en principio, será de carácter limitado en el tiempo al circunscribirse a unos procesos tasados aun cuando se prolonguen en tiempos más o menos largos, sino en el reconocimiento de tales compensaciones en los supuestos de las irregularidades que se cometan en las contrataciones celebradas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley y que, como hemos señalado, se acrecientan tras el RDLRFL.

6. CONCLUSIONES

- Desde nuestro punto de vista, no puede omitirse la justificación y procedencia de la modalidad del contrato de sustitución por reserva de puesto de trabajo y por cobertura de vacante en el seno del empleo público. Hecho que corrobora que la reciente reforma operada por el RDLRFL así

los haya mantenido. Ciertamente han sido diversas circunstancias concurrentes a lo largo de los años precedentes- omisiones normativas, mala praxis de la Administración, presiones de distintos sectores etc.-, las que han llevado a que aquellos pierdan su virtualidad y hayan derivado en el “galimatías” jurídico en el que actualmente nos encontramos.

– Pero frente a lo que hubiera sido deseable, que no ha sido cumplido, hemos de enfrentar la realidad actual en la que una excesiva e inaudita prolongación en el tiempo de las interinidades laborales en el sector público, unos artificios difíciles de seguir respecto a concatenación de contratos, de vacantes, de sustituciones etc. ha originado la necesidad de desenmarañar la situación con el fin de responder a las exigencias del Derecho comunitario, fundamentalmente a la Directiva 1999/70/CE y a los pronunciamientos del TJUE. La figura de creación jurisprudencial del “indefinido no fijo” y la necesidad de poner fin a la excesiva temporalidad en el sector público han llevado al legislador a actuar a través de la Ley 20/2021 y del RD-Ley del que trae causa, introduciendo una serie de medidas sobre las que no pocas dudas se suscitan.

– Controvertido es, como se ha señalado, el reconocimiento de compensación económica en los supuestos previstos en los procesos de estabilización de empleo temporal, así como en las contrataciones realizadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 20/2021 cuando en este segundo supuesto se incumplan esos plazos de permanencia. Compensación que, a nuestro juicio, tiene carácter indemnizatorio similar a una indemnización de daños y perjuicios (no olvidemos que trae su razón de ser en un incumplimiento de la Administración) y que debería ser compatible con la indemnización por extinción de la relación laboral y no deducida de la misma, tal y como se establece en la DA 17ª 5 TREBEP. Entendiendo, igualmente, que la indemnización contemplada no debería ser de veinte días por año de servicio sino ser coincidente con la prevista para el despido improcedente en el TRET, pues solo así entendemos se esté dando cumplimiento a las previsiones de la cláusula 5 de la Directiva. La indemnización de veinte días de salario por año de servicio se justifica en aras de una razón objetiva que ampara dicha extinción no por la consecuencia de un incumplimiento que es el que aquí preexiste. Por tanto, o bien se opta por permitir la compatibilidad de compensación y la indemnización prevista, respondiendo cada una de ellas a las razones correspondientes o bien se opta por calificar la extinción de improcedente, reconociendo pues la indemnización en los términos correspondientes.

– Pero controvertida viene a ser igualmente, la solución que el nuevo RDLRFL parece haber querido dar al contrato de sustitución por cobertura de vacante en el sector público, al remitir los términos del mismo a la Ley 20/2021: ¿a qué términos se refiere? Si el contenido de dicha Ley se circunscribe a dos artículos, el primero destinado a modificar el TREBEP y el segundo, a los procesos de estabilización de empleo temporal. ¿Superada la figura del indefinido no fijo aplicamos el régimen de los funcionarios interinos en cuanto a duración y extinción? Y, no siendo mencionado el contrato de sustitución por reserva de puesto, ¿el incumplimiento del régimen para este previsto lleva a aplicar lo la nueva redacción del artículo 15.4 TRET, hacia la figura del personal laboral fijo, con los condicionantes que ello debe tener en el sector público?

– Las dudas planteadas nos hacen pensar que quizás, el legislador perdido en los avatares de esta histriónica reforma laboral, ahora que ha conseguido *ad limitum* su aprobación, recapacite en aquellos cabos sueltos que han quedado respecto de las “interinidades laborales” en el sector público y trate de dar una respuesta antes de que puedan volver a originarse problemas en cuestiones que ha podido entender estaban resueltas.

PONENCIA GENERAL TERCERA EQUIPARACIÓN DEL PERSONAL LABORAL Y FUNCIONARIO

ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS

*Prof^a Contratada Doctora (Acreditada Titular) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide*

1. Introducción
2. Origen y evolución del Sistema Español de Función Pública
 - 2.1. El modelo dual para la prestación de servicios en la Administración Pública
 - 2.2. La difícil delimitación de las categorías del personal laboral y funcionario
3. Hacia el tratamiento unificado del personal al servicio de la Administración Pública
 - 3.1. La aproximación de los regímenes jurídicos de funcionarios y personal laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público
 - 3.2. El papel de la negociación colectiva en el tratamiento conjunto de las condiciones de trabajo de los empleados públicos
4. La equiparación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos
 - 4.1. Acceso al empleo
 - 4.2. Carrera y promoción profesional
 - 4.3. Tiempo de trabajo
 - 4.4. Derechos retributivos
 - 4.5. Igualdad de género y derechos de conciliación de la vida familiar y profesional
 - 4.6. Deberes de los empleados públicos y régimen disciplinario

1. INTRODUCCIÓN

La distinta naturaleza del vínculo de prestación de servicios de las dos principales categorías de empleados públicos, el personal funcionario y el personal laboral, exige que el abordaje del estudio de cualquier aspecto sobre el personal de la Administración Pública, deba tener presente la coexistencia de dos órdenes jurídicos que se fundamentan en principios distintos: el Derecho Administrativo, que concilia los intereses del funcionariado y de la Administración con los intereses públicos generales y se apoya en las prerrogativas de ejecutividad y ejecutoriedad para su cumplimiento; y el Derecho Laboral, que se dirige a proteger a la persona trabajadora como sujeto débil de la relación de trabajo, sustentado en principios, como el de norma mínima, interpretación más favorable, condición más beneficiosa, entre otros.

Inicialmente, la contratación laboral de empleo público constituía una excepción en la prestación de servicios en el seno de la Administración Pública; sin embargo, su progresión se ha intensificado a lo largo de los últimos años, fundamentalmente por la necesidad de introducir una mayor flexibilidad en el ámbito de la gestión de los recursos humanos en las organizaciones del sector público¹. Dicho proceso de laboralización se ha generalizado hasta tal punto que finalmente el personal laboral se considera, no un grupo residual, sino como una parte importante del colectivo de empleados públicos, motivo por el cual ha sido necesario concederle un espacio propio en el marco de la ordenación general de la Función Pública.

La Administración Pública como empleadora y su servicio a los intereses generales, aunque ha permitido la incorporación de los trabajadores a su organización, ésta no se produce en los mismos términos que lo sería en el sector privado. Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad atraen a la normativa laboral hacia el ámbito de lo público y se tiende a la homogeneización de las condiciones de trabajo de ambos tipos de personal, a lo que sin duda ha contribuido el Estatuto Básico del Empleado Público, al incorporar en una misma disposición aquellos aspectos básicos que afectan a los distintos sujetos que prestan servicios en la Administración Pública.

El intento del legislador de establecer un tratamiento unitario de algunas instituciones del empleo público obedece a las dificultades que surgen en la gestión de personal bajo la dirección de una misma Administración, se somete a disposiciones distintas: posibles agravios comparativos que propician la comparación de condiciones de trabajo y la consiguiente reivindicación por cada colectivo cuando la aplicación de su régimen propio da como resultado un peor estatus; mayor margen de discrecionalidad directiva a la hora de la adaptación a cambios exigidos por motivos del interés público con el personal funcionario que con el laboral; reglas de acceso del personal diferentes, más estrictas para el personal funcionario; la diversidad de conceptos retributivos; o las distintas consecuencias derivadas de las irregularidades en el nombramiento de personal funcionario y en la contratación laboral, por no respetar la temporalidad prevista.

Pero la ordenación de las condiciones de trabajo del conjunto de empleados públicos reviste una dificultad importante, debido en gran medida a la compleja estructura de la Administración, en la que coexisten distintos niveles territoriales y competenciales, sin obviar la diversidad de instrumentos, fruto de la negociación colectiva, que convergen en el ámbito de lo público (acuerdos, pactos colectivos y convenios colectivos). La determinación de las reglas de aplicación normativa

¹ Exposición de motivos del EBEP: “reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de las administraciones públicas viene desempeñando la contratación conforme a la legislación laboral”.

al personal laboral (remisión expresa e implícita, complementariedad, suplementariedad, supletoriedad...), generan confusión e incertidumbre; de ahí que se acuda frecuentemente a los Tribunales para dilucidar cuál es el régimen jurídico de los trabajadores al servicio de cada Administración.

A partir de estas premisas, se plantea la necesidad de estudiar las interrelaciones de las categorías jurídico funcionariales con las relaciones jurídico laborales, centrando el análisis en la valoración de la influencia de la legislación funcionarial y la negociación colectiva en el tratamiento convergente de las condiciones de trabajo de ambos colectivos.

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL DE FUNCIÓN PÚBLICA

La tendencia hacia la homogeneización de los regímenes entre el personal funcionario y laboral se inicia con anterioridad a la aprobación del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Podría afirmarse que dicho acercamiento se percibe desde el mismo momento en que comienzan a incorporarse trabajadores por cuenta ajena a la Administración Pública, a pesar de la existencia de la diferencia clara en la determinación de las funciones que se adscribían inicialmente a una y otra tipología de prestadores públicos².

Este proceso rupturista del monopolio funcionarial de la Administración Pública se inició con la entrada en vigor de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964, que permitió la incorporación de empleados sometidos a las normas laborales, aunque se contemplara como una situación excepcional, considerándolos como un personal de segunda categoría. Ni siquiera se recogía una previsión sobre su régimen jurídico en la norma legal (que se remitía plenamente a la legislación laboral)³, ni sobre las funciones asignadas para distinguirlas de las ejercidas por los funcionarios, admitiendo cierto margen de autonomía a la Administración a la hora de decidir sobre este extremo⁴.

En los años ochenta la Administración Pública accedió abiertamente a la entrada de las relaciones laborales, principalmente a través de la contratación temporal, ante la necesidad de dotarla de mayor eficacia y flexibilidad en la prestación de los servicios públicos (que solo podía ser factible a través de la gestión privada), cuyo incremento se hizo patente, sobre todo, en aquellos sectores en los que la Administración había extendido sus competencias como prestadora de servicios, como la Sanidad, la Educación y los Servicios Sociales, con independencia de las funciones que tradicionalmente había sido su principal cometido (Defensa, Seguridad, Justicia, etc.). Ya entonces se observaba una cierta tendencia hacia la convergencia de los regímenes jurídicos de funcionarios y empleados laborales en distintas disposiciones legales y reglamentarias, de aplicación conjunta a ambos colectivos, destacando en particular la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP en adelante).

2 El art. 15 de la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública, cuando regula las relaciones de puestos de trabajo de la Administración General del Estado, establece los puestos de trabajo que son desempeñados por funcionarios públicos y aquellos que puede desempeñar el personal laboral.

3 Art. 7.1: "Son trabajadores al servicio de la Administración civil los contratados por ésta con dicho carácter, de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable".

4 Dictamen del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1960, que concibió como una mera técnica administrativa la opción por uno u otro régimen y, en consecuencia, se reconocía un claro margen de autonomía a la Administración a la hora de decidir.

Posteriormente fue extendiéndose la presencia del personal laboral en la Administración, propiciado por la supresión de la contratación temporal en régimen administrativo (Disposición Adicional 4ª LMRFP), así como por motivo de la redacción ambigua del artículo 15 del citado texto legal, que habilitaba al Ministerio de la Presidencia para que decidiera en cada momento concreto la línea fronteriza entre ambos tipos de personal, sin fijar ningún tipo de criterio que permitiera determinar qué puestos de trabajo podían ser ocupados por el personal sometido a la normativa laboral⁵. La ulterior declaración de inconstitucionalidad de este precepto obligaría al legislador a determinar los puestos a cubrir por el personal funcional y laboral en la Ley 23/1988, de 28 de julio, la cual dispondría que, con carácter general, todos los puestos de trabajo de la Administración del Estado serían desempeñados exclusivamente por funcionarios públicos, salvo determinados puestos que podrían ser ocupados por personal laboral⁶.

La Ley que aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) vino a reconocer expresamente el papel creciente que en el sector público representa la contratación del personal laboral para el desempeño de determinadas tareas, como puso de manifiesto en su Preámbulo: "... la flexibilidad que este régimen legal introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada explican la preferencia por él en determinadas áreas de la Administración". Así pues, en consonancia con la línea seguida en otros países comunitarios, se llevó a cabo un proceso de reforma en el régimen del empleo público para satisfacer las nuevas demandas de una sociedad moderna.

Esta Ley reconoce por primera vez los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público y contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, además de las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio. En este sentido, ha contribuido a homogeneizar el tratamiento de numerosos aspectos del trabajo en atención a que unos y otros empleados asumen como función la prestación del servicio público y, como expresa en su Preámbulo, "sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado".

2.1. El modelo dual para la prestación de servicios en la Administración Pública

Se ha discutido ampliamente por la doctrina administrativista y laboralista sobre si la Constitución española ha instituido o no un determinado modelo de función pública en atención a lo previsto en su art. 103.3. Este precepto contiene un mandato de reserva de ley de la regulación del régimen jurídico de los funcionarios públicos, indicando algunos aspectos sobre su contenido, como los principios reguladores del acceso, los derechos colectivos, el régimen de incompatibilidad y el ejercicio imparcial de sus funciones⁷.

La Norma Constitucional se limita a ordenar al legislador ordinario la elaboración de un estatuto para los funcionarios, sin que de su tenor pueda extraerse que se haya instaurado un

5 La Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio, declaró la inconstitucionalidad de dicho precepto por conculcar el principio de reserva de ley. Recoge explícitamente que el personal laboral es la excepción conforme a lo previsto en el art. 103.3 CE.

6 Ley de Modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

7 Vid. LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial del empleado público*. Cívitas, Madrid, 2009, pp. 86-98. Recoge un amplio y detallado análisis de las tesis vertidas sobre esta materia.

modelo exclusivo o preferente de ordenación del personal que preste servicios en la Administración Pública. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha admitido la existencia de una dualidad de regímenes jurídicos para el personal al servicio de la Administración⁸, aunque no se ha pronunciado clara y expresamente sobre cómo debe ser el diseño del empleo en el sector público, al tratarse de una cuestión que corresponde definir al legislador ordinario, según la orientación políticamente dominante en cada período legislativo⁹.

Sin entrar en el análisis de las distintas posturas que se han adoptado en relación a esta cuestión, por exceder del objeto de este estudio, en lo que aquí interesa se pone de manifiesto la sucesión desde posiciones que defienden que la referencia constitucional al régimen estándar de los funcionarios se muestra a favor del modelo preferentemente funcionarial de los empleados públicos, sin que ello signifique la prohibición de la contratación laboral, aunque limitada a supuestos determinados¹⁰; hasta posturas que reconocen el carácter neutral de la CE respecto a esta cuestión, de tal suerte que ni siquiera se pueda considerar el carácter preferente del régimen funcionarial de nuestro modelo constitucional, ni el concepto administrativista de lo que debe entenderse por “función pública”¹¹, pasando por aquellas otras opiniones que introducen matices respecto a las dos líneas interpretativas anteriores¹².

El EBEP acoge un modelo dual del personal al servicio de la Administración Pública, -funcionarios y personal laboral-, estableciendo su régimen jurídico. En primer término, el artículo 8 define la categoría general de empleados públicos como “las personas que prestan servicios en condiciones de ajenidad y dependencia, a cambio de una retribución y para las Administraciones públicas”. Este concepto tan amplio y similar en sus términos al contemplado en el artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores, en un principio, parece que se presenta con una intención integradora, al recoger los elementos comunes entre quienes desempeñan su función en el seno de la Administración: voluntariedad, desempeño personal, profesionalidad, retribución, dependencia y ajenidad. Contempla aparentemente un único régimen básico para todos sus empleados, sin perjuicio de las limitaciones y requerimientos particulares exigidos al personal funcionario, en atención a la función de servicio público que le haya sido encomendada (art. 9.2 EBEP).

No obstante, su propósito integrador inicial se desdibuja, al ir más encaminado a perfilar cuáles son las normas aplicables al personal laboral (administrativas o laborales) en cada área de la Administración, que a afrontar una reglamentación integral del conjunto de empleados al

8 SSTC 90/1984, de 5 de octubre; 127/1987, de 16 de julio; 178/1989, de 2 de noviembre.

9 LÓPEZ GÓMEZ, J.M., op. cit. p. 95. Vid. STC 99/1987, de 11 de junio. El Tribunal declara que la CE ha efectuado una opción, genérica, en favor del régimen estatutario para los servidores públicos, debiendo ser la Ley, de conformidad con el art. 103.3 de la Carta Magna, la que establezca “qué puestos concretos de trabajo puedan ser cubiertos por quienes no posean la condición de funcionario”.

10 La Exposición de Motivos del EBEP describe un modelo preferentemente funcionarial de empleo público y excepcionalmente laboral: “Partiendo del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcionarial, reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas”.

11 Entre otros, SALA FRANCO, T., “Incidencias de la legislación laboral en el marco de la Función Pública”. INAP, Madrid, 1989, pp.16 y ss.; MOLINA GARCÍA, M.: *El contrato de trabajo en el Sector Público*. Comares. Granada, 2000, pp. 99 y ss.

12 Respecto a la segunda, vid. LÓPEZ GÓMEZ, J.M., op. cit. p. 94 y ss.

servicio de la Administración Pública¹³. En este sentido, el artículo 1.2 del EBEP cuando define su ámbito de aplicación, establece que “...tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas...”¹⁴. Y a mayor concreción, el artículo 7 del EBEP indica que “...El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan...”.

La aplicación directa del EBEP a los trabajadores a su servicio, junto a la normativa laboral, les confiere un singular estatus, pero formalmente no alcanza la categoría de relación laboral especial, sino de una relación laboral ordinaria con peculiaridades.

En suma, se reconoce la convivencia de dos regímenes distintos, pero la técnica jurídica empleada para determinar las bases de su contenido parte de la construcción del cuerpo normativo básico del personal funcionario, regulando sus condiciones de trabajo, para ir delimitando a continuación el contorno del estatuto del personal laboral a través de reglas expresas de extensión a éste del régimen funcional (con preferencia unas veces, con carácter supletorio otras, o disponible para la mejora de las condiciones de trabajo) y de remisión directa o indirecta a las normas laborales del sector privado, dentro del marco y con los límites que establece la propia norma estatutaria.

El imperativo constitucional de servir a los intereses generales con la mayor eficacia posible; la protección de bienes jurídicos públicos; y los límites y características del régimen presupuestario, como reglas comunes del conjunto de actuaciones del sector público, justifican que determinados elementos del Derecho Público deban aplicarse a las relaciones de servicio cualquiera que sea el orden normativo por el que se rigen, como: garantizar el derecho de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, la imparcialidad, la esencialidad de algunos servicios públicos, o la reserva legal de ciertas materias que impone la CE, entre otros¹⁵. Pero ello no significa la equiparación total de ambos regímenes jurídicos, sino la determinación de todo aquello que es común para uno y otro personal por el carácter básico de la norma. Tampoco significa que las funciones se puedan ejercer de manera indistinta por ambas categorías de personal, a pesar de las posibilidades de mantener un modelo laboral en paralelo al funcional, pues difícilmente se podrían justificar condiciones de trabajo divergentes.

2.2. La difícil delimitación de las categorías del personal laboral y funcionario

Hasta la entrada en vigor del EBEP, ningún precepto legal de carácter básico había establecido un criterio general de reserva de funciones al personal funcionario, aplicable en todas las Administraciones. Como se indicó más arriba, el artículo 15 de la LMRFP no contenía reglas precisas para delimitación funcional entre el personal funcionario y el personal laboral. Pero tras su modificación, la Ley 23/1988, de 28 de julio, determinaría expresamente los puestos de

13 STS de 13 de mayo de 2009 (Rec. 562/2005): “La regla general es el estatuto funcional y lo excepcional el régimen laboral; y esto hace que hayan de interpretarse restrictivamente las excepciones que en dicho precepto se enumeran”.

14 MERINO SEGOVIA, A., *Las condiciones de trabajo de los empleados públicos*. Bomarzo, 2014, p. 9.

15 SÁNCHEZ MORÓN, M., “Evolución de la Función Pública en España”. En la obra colectiva *Derecho de la Función Pública*. Tecnos, Madrid, 2008, p. 48.

trabajo de la Administración del Estado que pueden ser ocupados por personal laboral: los puestos de naturaleza no permanente y aquéllos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos; los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores; los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño, y los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares. Y, por último, más tarde, se incluirían los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo¹⁶.

No se establecieron criterios de delimitación que permitieran orientar con carácter general en la tarea de evaluar dónde debe trazarse la división entre ambas categorías de personal, quedando todavía, por tanto, a discreción de la Administración Pública. Posteriormente, el artículo 9.2 del EBEP cubriría este vacío regulatorio, fijando unas reglas generales para determinar los puestos que pueden ocupar exclusivamente los funcionarios públicos, aunque con un carácter excesivamente genérico, sin concretar sus contenidos. Tal como establece este precepto, solo a éstos les corresponde “el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”¹⁷. En consecuencia, su designación final se deja depender del desarrollo legal que posteriormente se realice por las leyes de función pública para cada ámbito territorial (art. 11.2 EBEP).

Dentro de este marco, cada Administración está obligada a indicar en cada ámbito, al elaborar la relación de puestos de trabajo, qué puestos pueden ser ocupados por personal funcionario y/o por personal laboral, aunque no siempre se ha controlado adecuadamente la coincidencia en las mismas tareas de uno y otro colectivo, lo que ha generado situaciones difíciles de gestionar cuando en una misma Administración conviven empleados con vínculos jurídicos de distinta naturaleza que realizan funciones idénticas o muy similares, viéndose sometidos a regímenes jurídicos diferenciados y por tanto, con condiciones de trabajo distintas, desembocando frecuentemente en problemas de igualdad con consecuencias negativas para una de las categorías de personal, normalmente para el personal laboral.

La reciente crisis económica y sus efectos posteriores han reavivado la conveniencia de seguir reflexionando sobre los criterios de distinción entre el personal funcionario y laboral, debido a las medidas adoptadas que afectan a la estabilidad del personal laboral. Entre estas medidas, la más drástica fue la incorporación del despido por razones objetivas por circunstancias económicas

16 Se añadió por el art. 59 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social.

17 La delimitación de las funciones y puestos propios del personal funcionario y del personal laboral se ha realizado no solo las leyes de función pública del Estado y de las Comunidades Autónomas, sino además a través de leyes especiales reguladoras de diferentes sectores de la acción pública, por leyes de organización administrativa y por las leyes singulares de creación de organismos o entes públicos determinados.

como mecanismo de política de personal de las Administraciones para controlar el déficit público, pudiendo traer causa en una situación acreditada de insuficiencia presupuestaria sobrevenida¹⁸.

En la actualidad, salvando los supuestos en los que el ejercicio de funciones de autoridad es expresamente reconocido por la CE (Jueces y Magistrados, Fiscales, Personal al servicio de la Administración de Justicia, así como miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), resulta difícil en ocasiones distinguir claramente las funciones del personal laboral de las desempeñadas por el personal funcionario, como ocurre en algunos ámbitos con los auxiliares administrativos, ordenanzas, o reprobógrafos, entre otros.

La distinción fundamental entre el personal funcionario y laboral radica en la naturaleza del vínculo jurídico con la Administración: en el caso del personal funcionario, la relación se conforma a través de un nombramiento, es decir, un acto administrativo de naturaleza unilateral, fundamentado en la supremacía de la Administración Pública; a diferencia del personal laboral, cuya relación con la Administración se confirma en virtud de un contrato de trabajo, por tanto, un acto jurídico de carácter bilateral, basado en la contraposición de intereses entre las partes de la relación de servicios. Pero este es un criterio formal que por sí mismo no es suficientemente representativo para justificar un tratamiento diferenciado; de ahí la importancia de una operación de delimitación de las categorías de personal basadas en criterios funcionales.

La necesidad de clarificar los criterios de distinción entre ambas categorías responde al amplio margen de discrecionalidad de la Administración, fundamentado en ocasiones por cuestiones de oportunidad política. Estos criterios deben servir para discernir sobre las situaciones de condición exigida y desempeño necesario que permitan decidir con garantías cuándo un puesto es laboral o funcionario, siendo trascendente desde el punto de vista jurídico.

Obviamente una adecuada asignación sólo puede llevarse a cabo si con carácter previo se han identificado correctamente tareas y funciones a través de los correspondientes análisis funcionales de puestos. Las leyes de desarrollo estatales y autonómicas, en el momento de definir los criterios para determinar el carácter funcional o laboral de un puesto, aunque dispongan de un margen ciertamente amplio, se ven constreñidas por los límites de la reserva legal y los que la doctrina constitucional y la jurisprudencia han venido marcando en orden a la preferencia del empleo público funcional¹⁹.

La labor de delimitación entre ambas categorías de personal es realmente compleja en la práctica, pues el ejercicio de “autoridad pública y salvaguardia de los intereses generales”, son atribuciones que constituyen la esencia de la legitimidad de los puestos de funcionarios, pero constituyen conceptos jurídicos indeterminados. No existe una definición legal de estos elementos, situación que plantea problemas no sólo teóricos, sino también prácticos, sobre todo, porque perviven algunas concepciones ancladas en el pasado y que no encuentran acomodo en el contexto actual, permeable a las transformaciones sociales.

18 Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

19 SSTs de 13 de mayo de 2009 y de 9 de julio de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Rec. 562/2005; 216/2011). Declaran que “...de la literalidad de ese precepto legal se deduce claramente que, al ser la regla general el estatuto funcional y lo excepcional el régimen laboral, esto hace que hayan de interpretarse restrictivamente las excepciones que en dicho precepto se enumeran”.

En el caso del ejercicio de potestades públicas, se exige haber sido investido de un valor de representación de la ciudadanía que legitima para el uso de determinadas prerrogativas y confiere una condición para poder ejercer dichas responsabilidades; no obstante, su ejercicio real por quien no ostenta la condición de funcionario público hace que las posibilidades interpretativas de estos criterios sean ciertamente difíciles de vislumbrar²⁰. Nos referimos a aquellas funciones y tareas de auxilio o colaboración a las potestades públicas que pueden realizar otros empleados, que son necesarias para el adecuado ejercicio de aquéllas y que, por ello, podrían considerarse incluidas en el precepto como participación indirecta en el ejercicio de las potestades administrativas²¹.

Ocurre de modo similar con lo que debe entenderse como funciones que impliquen ejercicio de autoridad²². El EBEP reserva las funciones de autoridad a los funcionarios de nacionalidad española como núcleo mínimo e indisponible, pero formalmente esto no implica que el resto de funciones deba ser desarrollado por personal laboral, sino que tendría que decidirlo concretamente la ley de desarrollo.

Estas concepciones vinculadas al funcionariado se han interpretado con el paso del tiempo de manera más restrictiva, de modo que se considera que la delimitación funcional entre personal funcionario y laboral debe realizarse conforme a lo declarado por la Comisión de Experto para el estudio del EBEP, sustentada en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, sobre la excepción del principio de libre circulación de trabajadores de los funcionarios públicos que establece la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, de acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea. Esta disposición limita la exclusión a aquellas funciones que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y se trate de funciones que tengan por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas²³.

Así pues, se interpretan restringidamente los conceptos de “ejercicio de las potestades públicas” y de “salvaguardia de los intereses generales”, circunscribiéndolos a aquellas funciones que corresponden al núcleo esencial de la actividad administrativa; es decir, al de funciones de autoridad, tales como la elaboración y aprobación de los actos administrativos limitativos de derechos, las actividades de inspección y sanción, la exacción de tributos o la emanación de órdenes de policía y a otras funciones que son indispensables para el ejercicio del poder público²⁴.

20 PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la función pública: régimen jurídico de los funcionarios públicos*. Dykinson. Madrid, 2016, p. 762.

21 STS 29 de enero de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Rec. 994/2016). Declara el Tribunal “que no se pueden llevar a cabo por personal laboral, actuaciones o funciones de dación de fe pública y gestión de registros administrativos, asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interna de la gestión económica financiera y presupuestaria, de evaluación, control, autorizatorias, de vigilancia e inspección, propuestas de resolución etc., de naturaleza indudablemente administrativa”. En la misma línea, STS de 22 de abril de 2019, de la misma Sala (Rec. 2280/2016).

22 En una primera aproximación, podemos considerarla el ejercicio de aquellas funciones que conllevan la potestad de dictar actos administrativos de obligado cumplimiento o actividades de inspección e instrucción de expedientes de carácter sancionador o limitativo de derechos de los ciudadanos.

23 El Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores, que desarrolla esta ley recoge un listado de puestos de funcionario en los que se exige la nacionalidad española.

24 Entre otras, STJUE de 17 de diciembre de 1980 (Asunto Comisión/Bélgica 149/79).

En la práctica actual, la evolución que sufre el sector público en su conjunto denota que el proceso de laboralización del empleo público, lejos de estar debilitado, aparece con fuerza al vincularse a la eficacia gestora de la Administración, en todos los niveles y actividades y con un alto grado de cualificación, elementos que ha ido difuminando las diferencias entre funcionarios y laborales. Asimismo, a la incorporación de trabajadores que realizan trabajos de funcionarios, se suma el fenómeno inverso, de personal funcionario que cada vez más viene realizando trabajos de sectores sociales y económicos, desde el momento en que el modelo de Estado Social amplía el marco de intervención de la Administración Pública, pasando de ser solo una organización pública que ejerce potestades públicas, a convertirse en garante de la igualdad y del interés general, así como de satisfacer necesidades legítimas de los ciudadanos.

A la vista de lo analizado, se considera necesaria una revisión de los conceptos que han fundamentado hasta el momento la categorización de la figura del funcionario público, lo cual hace aconsejable que se definan de manera precisa y restrictiva los criterios para su delimitación, de modo que permitan la labor interpretativa de las Administraciones Públicas a efectos de categorizar los puestos de trabajo, respetando una mínima regla de coherencia interna del sistema, como es la no coincidencia de funciones de uno y otro personal.

3. HACIA EL TRATAMIENTO UNIFICADO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

3.1. La aproximación de los regímenes jurídicos de funcionarios y personal laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público

El legislador reconoce la existencia de una dualidad de regímenes jurídicos en la Administración Pública, asumiendo que la coexistencia de distintas formas de prestación de servicios plantea problemas de orden jurídico y desde la perspectiva de la gestión de los recursos humanos, circunstancia que obliga a buscar cauces para su mejor y más eficaz ordenación en las distintas estructuras que componen la Administración y la cobertura legal de las especialidades que presenta la regulación del personal laboral²⁵.

La existencia de dos Estatutos en nuestro ordenamiento jurídico, por mandato constitucional, no prohíbe el acercamiento de sus contenidos, hecho que se ha ido produciendo de forma natural por diversos cauces, como el reconocimiento de derechos individuales de forma conjunta para todos los empleados públicos, o como la integración de la negociación colectiva en el ámbito estatutario, un fenómeno que se ha impulsado por las organizaciones sindicales, con el fin de acabar con los agravios comparativos, mejorando la situación de ambos colectivos²⁶.

Un análisis comparativo entre regímenes muestra cómo se ha producido una recíproca incorporación de instituciones administrativas y laborales, con trasvases en un sentido y en otro, generalmente eligiendo en cada caso lo más conveniente para la Administración.

25 El empleo del personal del sector público empresarial y fundacional, debido a sus particularidades, queda fuera del ámbito subjetivo del EBEP, rigiéndose por la legislación laboral general, con las particularidades y matización previstas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público, así como en el EBEP. No será objeto de este estudio.

26 CARDENAL CARRO, M., "Un Estatuto para los empleados públicos". En la obra colectiva *El Estatuto Básico del Empleado Público*. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid, 2009, p. 78.

De un lado, el servicio a los intereses generales de la Administración Pública ha justificado la aplicación de reglas comunes en algunos aspectos, como el sometimiento a la normas generales sobre organización y funcionamiento²⁷, la imposición de algunos límites a la negociación colectiva, así como la regulación de un régimen jurídico unitario para todo su personal, con inaplicación del Derecho Laboral para el colectivo de contratados, en materias como: los derechos individuales y colectivos (art. 14 y 15)²⁸; la evaluación del desempeño (art. 20.1 y 2); los límites de los incrementos de las retribuciones (art. 21.2); las retribuciones diferidas y la deducción de retribuciones (arts. 29 y 30); los principios generales de la negociación colectiva, representación y participación (art. 31); el derecho de reunión (art. 46); el código de conducta (arts. 52 a 54); los principios rectores y criterios generales en materia de acceso al empleo público (arts. 55, 56, 59 y 60); las normas que regulan los objetivos e instrumentos de planificación de recursos humanos (art. 69); la oferta de empleo público (art. 70); los registros de personal y gestión integrada y estructuración de recursos humanos (art. 71 y 72); el desempeño y ordenación de los puestos de trabajo (arts. 73 y 74); la movilidad por violencia de género (art. 82); el régimen disciplinario (art. 93.1).

Del otro lado, la búsqueda de la eficacia en la actuación de la Administración también ha explicado, a través de mecanismos flexibles exportados del Derecho del Trabajo, la extrapolación de algunos criterios de gestión de recursos humanos de la empresa privada, como la temporalidad en la prestación de servicios del personal funcionario, o la incorporación de la evaluación del rendimiento como criterio para la promoción profesional. Asimismo, la coincidencia en el mismo espacio físico en los centros de trabajo implica la afectación al conjunto de empleados públicos de idénticas directrices y obligaciones en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo²⁹.

Estos trasvases, con más o menos intensidad dependiendo de la institución a la que afectan, han reducido poco a poco la distancia jurídica entre funcionarios y personal laboral, aunque no se pueda hablar propiamente de “equiparación” de regímenes como fundamentación de la categoría del empleado público, sino más bien de un ámbito parcelado en el que existen espacios convergentes, en algunos de los cuales se llega a la igualdad de derechos y obligaciones.

A mayor abundamiento, cabe mencionar, aunque sin profundizar en ello, pues se extralimita del propósito de este trabajo, la inclinación de la Administración Pública que a veces se ha puesto de manifiesto, de funcionarizar a sus empleados laborales, por motivos de simplificación de la gestión de personal y de ajuste de los costes económicos. Dicho procedimiento de “funcionarización” constituye una vía excepcional para alcanzar la condición de funcionario de carrera, mediante el cual los trabajadores que tengan la condición de “fijos” y que desempeñen funciones propias de puestos adscritos a funcionarios, pueden acceder a estas plazas en virtud de pruebas de selección o promoción³⁰. En este supuesto, la “equiparación” se produce en términos de la valoración como méritos de los servicios efectivos prestados como personal laboral en el proceso

27 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

28 Salvo el derecho a la inamovilidad, que es exclusivo del personal funcionario de carrera.

29 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

30 Vid. MARTÍNEZ GIRÓN, J., *La funcionarización del personal laboral de las Administraciones Públicas*. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 99-111. Recoge un análisis detallado de los límites temporales, subjetivos y objetivos de estos procesos.

selectivo de promoción interna, mediante una convocatoria de concurso- oposición, como único sistema posible de selección³¹.

Por lo demás, el EBEP mantiene un régimen diferenciado entre el personal funcionario y laboral en el resto de condiciones de trabajo. Pero incluso, algunos aspectos, por su carácter de negociables conforme a lo establecido en el artículo 37, serían susceptibles de ser abordados conjuntamente en las Mesas Mixtas de Negociación (art. 36.3 EBEP), propiciando aún más el acercamiento entre ambos colectivos, como: la carrera profesional y la promoción (art. 19.2), la determinación de las retribuciones (art. 27), la provisión de puestos y movilidad (art. 83), las situaciones del personal laboral (art. 92) y la tipificación de las faltas y sanciones (art. 94.1.a)²⁰.

Del análisis general efectuado se desprende una tendencia a la equiparación en el tratamiento jurídico de los empleados públicos. No obstante, en esta apreciación cabe matizar las dificultades de determinar en cada una de las instituciones de la relación de servicios cuáles son las reglas aplicables, evidenciando la necesidad del establecimiento de unas reglas precisas y bien fundamentadas para determinar la elección de la regulación que resulte de aplicación en cada caso. Esta labor no se ha llevado a cabo, o al menos, no con el éxito esperado, encontrándonos un escenario de relaciones entre el EBEP y la legislación laboral confuso e inseguro, en buena medida ocasionado por la ambigüedad con la que se regula el régimen del personal contratado.

Así pues, por una parte, la técnica del reenvío, empleada por el legislador para determinar las parcelas en las que la Administración debe sujetarse -en mayor o menor grado- a las reglas del Derecho laboral, es diversa y no siempre afortunada, generando dudas interpretativas. Como veremos más adelante, unas veces el EBEP se remite a “la legislación laboral, el convenio colectivo... y el contrato de trabajo”, como en el caso de las retribuciones (art. 27); otras veces, a “los procedimientos previstos en el ET o en los Convenios Colectivos, como en lo relativo a la promoción profesional (art. 19); otras veces, la remisión resulta más genérica, “de conformidad con la legislación laboral”, como en materia de clasificación profesional” (art. 77). Asimismo, por otra parte, las reglas de aplicación de las normas no siempre son claras (complementariedad, supletoriedad...), generando confusión en relación con la preferencia de uno u otro orden jurídico.

3.2. El papel de la negociación colectiva en el tratamiento conjunto de las condiciones de trabajo de los empleados públicos

En la convergencia de las regulaciones de las condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral de la Administración Pública juega un papel relevante la negociación colectiva, cuyo avance ha sido progresivo en los últimos años, desde la entrada en vigor del EBEP³².

En primer término, debemos tener presente que el derecho de negociación colectiva que reconoce el artículo 31 del EBEP al conjunto de los empleados públicos tiene una diferente

31 STC 111/2014, de 26 de junio; STS de 20 de febrero de 2006. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Rec. 6981/2001). Estos procesos, que exigen su aprobación mediante norma con rango legal, tienen como referencia la Disposición Transitoria Segunda del EBEP, con sus réplicas en la legislación de Función Pública de las Comunidades Autónomas.

32 Los arts. 2, 3 y 4 del EBEP determinan el alcance subjetivo del derecho a la negociación colectiva, que abarca al conjunto de funcionarios de las distintas Administraciones Públicas: las Administraciones territoriales y funcionales, Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica vinculadas o dependientes de la Administración Pública, incluyendo a las Universidades Públicas.

configuración en el personal funcionarial y laboral, que encuentra su fundamentación en su distinto reconocimiento constitucional (el art. 37.1 CE en el caso del personal laboral y los arts. 7, 28, 37.1, 103 y 127 CE en el caso de los funcionarios públicos).

En segundo término, el resultado de la autonomía colectiva se formula a través de diferentes instrumentos reguladores de las condiciones de trabajo, según el carácter del vínculo con la Administración³³: Pactos colectivos y Acuerdos colectivos cuando se trata de aspectos que afectan al personal funcionario (Capítulo IV del EBEP) y Convenios colectivos cuando se proyectan sobre el personal laboral, conforme a las previsiones generales del ET (Título III), expresión unos y otros del acuerdo libremente adoptado por la representación de los funcionarios y trabajadores públicos y de la Administración, cuyo cumplimiento se garantiza por el EBEP (arts. 31 y 32).

Aparte lo anterior, se advierte que el ámbito material que puede ser negociado no es abierto, pues el legislador delimita expresamente los contenidos negociables y aquellos que están excluidos (art. 37 EBEP)³⁴. Este precepto no indica a qué personal va referido, aunque una interpretación lógica y finalista conduce a considerar su aplicación también al personal laboral, al entender como objeto de negociación aquellas materias para las que no se haya establecido reserva al personal funcionario.

Las materias a negociar revisten distinto carácter, en cuanto unas están sometidas a reserva de ley material, de modo que el acuerdo que se adopte tendrá eficacia jurídica en la medida que pase a ser una ley; otras materias, cuya eficacia si bien es directa, lo es a nivel de criterios generales; y otras materias son referidas a aspectos que la ley remite expresamente para que sean reguladas directamente por la negociación colectiva.

La negociación de estas materias se lleva a cabo en cada ámbito y en relación con las competencias de cada Administración, en el seno de las Mesas de Negociación (generales o conjuntas), al ser éstas los órganos que tienen atribuidas las funciones de negociación en el ámbito de la Administración Pública. Se trata de una estructura compleja y jerarquizada, diseñada a través de cauces de negociación a distintos niveles, con unidades de negociación que responden a la configuración de la composición territorial y administrativa del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

En lo que aquí interesa, lo más relevante de esta estructura negocial es el reconocimiento por el EBEP de un espacio para la negociación colectiva “conjunta” para la determinación y

33 Su reconocimiento en dos preceptos distintos obedece al doble título competencial al que responden ambos órdenes jurídicos: mientras que el art. 149.1.18 CE fundamentaría la regulación del art. 38.10 EBEP, referido a los pactos o acuerdos que afecten a los funcionarios públicos, el art. 32.2 EBEP se entendería dictado para los convenios colectivos al personal laboral al amparo de las competencias estatales en materia de legislación laboral.

34 La doctrina constitucional declara que el derecho a la negociación colectiva es un derecho de configuración legal, en tanto compete al legislador estatal su concreción y desarrollo (art. 149.1.7 CE). A mayor abundamiento, la STC 112/2014, de 7 de junio, afirma que nuestra Constitución “no contiene un modelo cerrado de relaciones laborales ni, en particular, de ninguno de los elementos del derecho a la negociación colectiva; se limita en su art. 37.1 a reconocer el derecho, cuya garantía encomienda al legislador, a señalar quienes son sus titulares (...) y a establecer la eficacia del resultado de la actividad negocial”. Por ello, declara que resulta admisible “...que en la regulación de la relación laboral, el legislador pueda limitar el alcance de la intervención de la negociación colectiva sobre determinados aspectos o materias”.

desarrollo de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública (art. 36.2 EBEP).

El recurso a estas Mesas “Mixtas” o “Conjuntas” se ha ido intensificando en los últimos años en todos los ámbitos (interadministrativo, estatal, autonómico y local), contribuyendo a reducir las divergencias propias de la duplicidad de regímenes jurídicos de funcionarios y laborales y a evitar algunos problemas de la gestión de personal, propia de un sistema dual de negociación, además de disminuir los costes de las negociaciones. En suma, se convierten en un instrumento que avanza en la regulación de condiciones de trabajo homogéneas para el conjunto de los empleados públicos.

Los Acuerdos Mixtos, resultado del consenso de estas Mesas Conjuntas, dan lugar a una regulación común y unitaria de aplicación para ambos colectivos, que deberían suscribirse en un texto único, de aplicación directa al personal funcionario y laboral, sin necesidad de incorporarse a los Pactos o Acuerdos colectivos y a los Convenios colectivos (art. 38.8 ET)³⁵. No obstante, algunas Administraciones mantienen la práctica de materializar estos acuerdos conjuntos mediante su formalización en instrumentos negociales separados³⁶.

Admitida pues, su contribución a la equiparación de condiciones de trabajo entre el personal laboral y funcionario, sin embargo, conviene reparar en uno de los principales problemas que plantean estos instrumentos: el alcance material de negociación en el seno de las Mesas Conjuntas, ya que el EBEP no desarrolla su contenido, dejando un vacío en relación con identificación de las materias concretas que pueden considerarse a estos efectos como “comunes” al personal funcionario y laboral.

Ciertamente resulta incontestable que es objeto de negociación conjunta el núcleo básico de materias que el EBEP regula con alcance general para el conjunto de los empleados públicos, comprendiendo: los criterios generales en materia de planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, ofertas de empleo público, acceso y evaluación del desempeño; el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de la correspondiente Administración; la formación continua; la salud laboral; y los planes de previsión social complementaria³⁷.

Sin embargo, se plantean dudas interpretativas en torno a aquellas materias en las que el EBEP no menciona a los colectivos a los que se refiere, como ocurre con algunas de las recogidas en el artículo 37, con la salvedad de las que afectan exclusivamente al ámbito funcional, o bien aquellas materias en las que el EBEP remite expresamente a los convenios colectivos su

35 ROQUETA BUJ, R., La negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas. Las materias objeto de negociación colectiva en la mesa de materias comunes. El papel del Comité de empresa en la negociación de la mesa de temas comunes, p. 9. Disponible en: http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Roqueta_Buj_neg_colect_conj.pdf.

36 MARTÍNEZ GAYOSOLA, M.N., “La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos en el ámbito supramunicipal: la experiencia de la Administración Local vasca”, *Lan Harremanak*/36 (2017-I), p. 188.

37 ROQUETA BUJ, R., op. cit. p. 8; ROJAS RIVERO, G.P., “La negociación colectiva de los empleados públicos”. *Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 17/2008. Madrid. Disponible en: <http://www.iustel.com>. p. 16.

regulación³⁸. No es un tema pacífico en la doctrina científica, que se encuentra dividida: un sector considera que el contenido del artículo 37 del EBEP se aplica solo a los funcionarios públicos, siendo plenamente aplicable al personal laboral el artículo 85 del ET³⁹; otro sector se posiciona a favor, no solo de la aplicabilidad del artículo 37 del EBEP al personal laboral, sino además de la de otros preceptos cuando la naturaleza de la materia regulada exija esa cobertura conjunta⁴⁰, o al menos, la fijación de alguna peculiaridad por ser la Administración su empleadora; sin descartar posturas más abiertas a una interpretación flexible de la norma⁴¹.

En nuestra opinión, partiendo de la redacción técnicamente mejorable del EBEP en lo relativo a la regulación de las reglas aplicables al personal laboral, por sus referencias genéricas y deficiencias, que generan inseguridad a la hora de su interpretación⁴², no parece que exista impedimento en admitir la negociación conjunta de aquellas cuestiones sobre condiciones de trabajo que no sean exactamente homogéneas, pero que son susceptibles de negociación en uno y otro ámbito, siempre que las partes negociadoras estén de acuerdo y no se superen los límites establecidos, lo que propicia la equiparación en las condiciones de trabajo de los empleados públicos. De este modo, la negociación conjunta podría alcanzar un amplio alcance material, como manifestación de su autonomía colectiva, especialmente en el régimen del tiempo de trabajo, conciliación de la vida familiar y laboral, retribuciones complementarias, sistemas complementarios de protección social, etc.

En el plano de la realidad práctica, puede afirmarse que en el marco del diálogo social y la negociación colectiva entre los representantes del Gobierno y las organizaciones sindicales mayoritarias, se han adoptado periódicamente acuerdos para la mejora del empleo público y de las condiciones de trabajo del personal al servicio de las Administraciones públicas, funcionarial y laboral. Cabe destacar en el ámbito de la Administración del Estado, el II Acuerdo para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo, de 22 de marzo de 2018, que se adopta desde la perspectiva integradora de la planificación de los recursos humanos, alcanzando al conjunto de empleados públicos, con el propósito de consolidar la calidad del empleo público.⁴³

El alcance de las materias negociadas es bastante amplio, comprendiendo la aprobación de un incremento retributivo en un marco plurianual; la revisión de complementos específicos;

38 Apartados: b) La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios; g) Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas; k) Las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de ley.

39 Entre otros, RIVERO LAMAS, J. y DEL VAL ARNAL, A.L., “Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión.”. En la obra colectiva *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático*. Comares. Granada 2008, p. 373.

40 MOLINA NAVARRETE, C.: “La vertiente convencional del EBEP: el nuevo régimen de la negociación colectiva en el empleo público”. En la obra colectiva *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo: curso extraordinario*. Universidad de Zaragoza, 2007, p. 107.

41 LÓPEZ GÓMEZ, J.M., op. cit. p. 282.

42 CARDENAL CARRO, M., op. cit. p. 47.

43 Resolución de 22 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de la Función Pública (BOE de 26 de marzo). En la Administración Pública Andaluza se aprobó el Acuerdo Marco de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 13 de julio de 2018, para la mejora de la calidad del empleo público y de las condiciones de trabajo del personal del sector público andaluz (BOJA de 20 de julio).

la homologación de complementos de destino o aportación a fondos de pensiones; los criterios para la aplicación de la tasa de reposición para la aprobación de la oferta de empleo público; la incorporación de reglas para regular los mecanismos de estabilización del empleo temporal; medidas en materia de jornada y conciliación; la determinación del complemento retributivo en situaciones de incapacidad temporal; y otras medidas sobre condiciones de trabajo, sobre el establecimiento de planes de igualdad, conciliación y corresponsabilidad.

4. LA EQUIPARACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

4.1. Acceso al empleo y provisión de puestos de trabajo

El artículo 55 del EBEP establece una regulación unitaria para los funcionarios públicos y el personal laboral en el acceso al empleo público, adecuándose a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (arts. 14 y 23.2 CE)⁴⁴. Su garantía determina la importancia del derecho de ingreso en la Administración Pública como un derecho de ciudadanía de primer nivel y explica que sea uno de los aspectos en los que más se advierten las particularidades de las relaciones laborales, pues frente a la libertad de contratación en la empresa privada, se opone el sometimiento a normas estrictas y principios de carácter administrativo y una limitada capacidad de la negociación colectiva sobre los procesos de nuevo ingreso, con la finalidad de impedir cualquier rasgo de discrecionalidad⁴⁵.

A mayor concreción, cabe señalar en primer lugar, que son comunes las condiciones de ingreso de ambos tipos de personal (art. 56 EBEP), a salvo de una diferencia que afecta a los requisitos de capacidad de los extranjeros, como es la exigencia de la nacionalidad española para acceder a un puesto de funcionario, exigencia que no rige para los puestos de personal laboral (art. 57 EBEP).

En segundo lugar, se ordena un procedimiento presidido por una serie de principios rectores del conjunto del sistema del empleo público que no distinguen en función de la naturaleza del vínculo, cuya finalidad es garantizar el principio de igualdad en los procesos de selección para la función pública: publicidad de las convocatorias y sus bases; transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección; adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; agilidad en los procesos de selección, sin perjuicio de la objetividad en los procesos de selección (art. 55.2 EBEP); y libre concurrencia (art. 61.1 EBEP).

En tercer lugar, los sistemas de selección en el acceso al empleo público son los mismos para ambas categorías de empleados públicos: la oposición, el concurso-oposición y el concurso

44 Si bien el derecho al acceso a la función pública se reconoce por el art. 23.2 CE solo a los funcionarios, constituye una especificación del principio de igualdad ante la ley reconocido en el art. 14, haciéndose extensivo a todos los ciudadanos. Vid. STC 86/2004, de 10 de mayo.

45 STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 7 de julio de 1997 (Rec. 9425/1995). El Tribunal declara que en “la contratación laboral por parte de los organismos públicos no juega el principio de libertad, que corresponde a los particulares (en relación con los cuales no podría plantearse en principio un derecho de igualdad a acceder a sus empresas), sino que, como Administraciones que son, están totalmente sujetos a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), operando respecto a ellos el derecho fundamental del art. 23.2 CE, lo que impone un juego riguroso del principio de igualdad”.

de méritos. No obstante, se determina un trato diferente que se manifiesta en la imposición de ciertas restricciones para acceder a puestos de funcionarios de carrera, pues mientras que para la selección de éstos el concurso se contempla como algo excepcional, previa habilitación legal (art. 61.6 EBEP), para la selección del personal laboral el concurso es un sistema por el que la Administración puede optar libremente (art. 61.7 EBEP). Esta diferencia no parece justificada por cuanto el supuesto riesgo de que exista un menor nivel de objetividad en esta modalidad de selección concurre tanto respecto al personal funcional como al laboral⁴⁶.

En cuanto al procedimiento selectivo, en lo fundamental no difiere para ambos colectivos, a salvo de algunos matices en el caso del personal laboral, como es la precisión legal de la negociación por las Administraciones Públicas de formas de colaboración, a través del convenio colectivo, que permita la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo del proceso selectivo (art. 61.7 EBEP).

Conviene además tener presente que la selección del personal que presta servicios en la Administración Pública se enmarca en la gestión de los recursos humanos mediante una serie de instrumentos con la finalidad de contribuir a la eficacia en la prestación de los servicios públicos y a la eficiencia en la utilización de los recursos disponibles. Por ello, estas normas de empleo público ordenan de forma unitaria la planificación de los recursos humanos para todo el personal, sometiendo el proceso selectivo a una serie de exigencias previas y limitaciones.

Específicamente, en lo que afecta al número de plazas, con independencia de la naturaleza funcional, estatutaria o laboral, su convocatoria está vinculada a que éstas estén previstas en la oportuna oferta de empleo público de cada año, en función de las disponibilidades presupuestarias autorizadas por los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas, además de su obligatoria inclusión en la relación de puestos de trabajo u otro instrumento organizativo similar, en el que se indicará el carácter de cada plaza, los requisitos y sus características profesionales (art. 70 EBEP)⁴⁷. La oferta de empleo público es objeto de decisión unilateral de la Administración, aunque corresponda negociar a la autonomía colectiva sobre la distribución de la oferta entre funcionarios y personal laboral, los criterios de selección, la reserva a favor de las personas con discapacidad, el porcentaje de plazas convocadas por promoción interna, etc.⁴⁸.

Por otra parte, la incorporación de nuevo personal debe llevarse a cabo en aplicación de la tasa de reposición fijada cada año en las leyes presupuestarias. Esta tasa consiste en un porcentaje con fines de contención del gasto público, que resulta de la diferencia entre el número de empleados fijos que durante el año anterior dejaron de prestar servicios y el número de empleados que se hubieran incorporado en la Administración en dicho año⁴⁹.

46 LÓPEZ GÓMEZ, J.M., op. cit. p. 160.

47 Las plazas vacantes de personal funcionario se agruparán por grupos, cuerpos, especialidades y las de personal laboral por grupos y por categorías profesionales.

48 GARCÍA PÉREZ, M., El contenido de la negociación colectiva entre Administraciones y empleados públicos en régimen laboral. Consejo Económico y Social. Asturias, 2011, p. 118.

49 En 2021, la Oferta de Empleo Público en la Administración General del Estado se determina y regula en el art. 19 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado y se sujeta la incorporación de nuevo personal con relación indefinida a una tasa de reposición de efectivos del 110 % en los sectores que la propia Ley identifica como prioritarios y del 100 % en los demás sectores.

Por último, el sistema de acceso del personal temporal, ya sea funcionario, estatutario o laboral y los procedimientos de selección se someten a los principios de publicidad, igualdad, mérito, capacidad y celeridad (arts. 10.2 y 11.3 EBEP)⁵⁰, con independencia de las circunstancias y situaciones determinadas en las que proceda el nombramiento o la contratación, como se prevé en el propio EBEP⁵¹. Asimismo, la incorporación de nuevo personal temporal, ya sea funcionario o laboral, se sujeta a idénticas previsiones y limitaciones presupuestarias, pudiendo autorizarse solo en supuestos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables (art. 19. Cuatro de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021)⁵².

4.2. Carrera y promoción profesional

El EBEP reconoce a todos los empleados públicos el derecho a progresar profesionalmente de forma individualizada dentro de la Administración Pública, así como a la promoción interna “según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación” (art. 14.c EBEP). Responde así el legislador al reconocimiento constitucional del derecho de promocionar profesionalmente (art. 35 CE).

Pudiera parecer que en base a este precepto legal se otorga un tratamiento unitario en la materia al personal laboral y funcionario, pero su régimen jurídico difiere en este caso en atención a la distinta naturaleza de la relación jurídica con la Administración, que parte ya de la premisa de las diferencias notables en su sistema clasificación profesional de uno y otro personal: cuerpos, escalas, clases y categorías, agrupadas en niveles de acuerdo con la titulación exigida para su ingreso, en el caso de los funcionarios, y grupos profesionales, en el caso del personal laboral).

El legislador regula exclusivamente el régimen de los derechos de promoción profesional y carrera profesional de los funcionarios (arts. 16 a 18 y capítulo II del Título V EBEP), remitiéndose al ET o a lo previsto en los convenios colectivos en cuanto al régimen aplicable a los trabajadores públicos (art. 19 EBEP), salvo en lo relativo a la provisión de puestos y movilidad del personal, en el que la norma administrativa desplaza al ET como supletoria (art. 83 EBEP).

Por una parte, el artículo 16.3 del EBEP delimita las distintas modalidades de carrera profesional de los funcionarios, que pueden aplicarse aislada o simultáneamente (carrera horizontal

50 Ambos preceptos modificados por el art. 1.2 del RD-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

51 En el caso del personal laboral temporal, el art. 11.3 EBEP, solo se podrá contratar para “atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia”. Por su parte, el personal funcionario interino solo podrá ser contratado si concurre una de las circunstancias tasadas en el art. 10.1 EBEP: a) La existencia de plazas vacantes, cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera, por un máximo de tres años, en los términos previstos en el apartado 4; b) La sustitución transitoria de los titulares, durante el tiempo estrictamente necesario; c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto; d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de nueve meses, dentro de un periodo de dieciocho meses.

52 LGPE en adelante. A diferencia de leyes anteriores, aprobadas en el contexto de la crisis económica y en el período inmediatamente posterior, la vigente LPGE no limita ya la excepcionalidad, urgencia e inaplazabilidad a los servicios de áreas prioritarias o servicios públicos esenciales, sino que resulta de aplicación a cualquier sector, función o categoría, de modo que ambos tipos de personal se podrán incorporar en cada Administración en aquellos supuestos en que se justifique que la contratación o el nombramiento son excepcionales y urgentes.

y carrera vertical, promoción interna horizontal y vertical) y los sistemas para su aplicación, que serán objeto de desarrollo por las Leyes de Función Pública⁵³. De este modo, los procedimientos de provisión, en el caso de la carrera vertical, determinan las reglas de ascenso en la estructura de puestos dentro del cuerpo o escala, dependiendo de que tengan o no reservados puestos en exclusiva; en concreto, los medios de provisión del concurso y la libre disposición u otros procedimientos regulados en el artículo 81.2 del EBEP, en determinados supuestos (art. 78. 2 y 3 EBEP). Además, el personal funcionario puede progresar económicamente sin necesidad de cambiar de puesto en el marco de un sistema de grados, categorías o escalones (carrera horizontal), valorándose una serie de elementos, entre los que se incluye la evaluación del desempeño, que le permite obtener beneficios económicos adicionales por su posición en la organización (art. 17 EBEP)⁵⁴.

Asimismo, la promoción interna, según lo previsto en el artículo 18 del EBEP, se condiciona por las necesidades del servicio y las medidas que deban adoptarse sobre la planificación de los recursos humanos, respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como los contemplados en el artículo 55.2 del EBEP. Opera, por tanto, como una excepción a la libre concurrencia y al carácter abierto de los procesos selectivos, pues la participación se restringe a los candidatos que son funcionarios de carrera con una antigüedad de dos años en activo en el puesto desde el que se promociona⁵⁵.

Por su parte, el convenio colectivo es el que determina, como fuente principal, las reglas de aplicación en la carrera profesional del personal laboral de la Administración Pública, por cuanto se trata de una materia deslegalizada, sin que el legislador haya establecido un marco legal mínimo o máximo, limitándose a reconocer el conjunto de derechos de progreso que comprenden la carrera profesional: promoción y formación profesional (art. 23.2 ET), ascensos (art. 24 ET); promoción económica (art. 25.1 ET).

Ya para empezar, como se ha indicado, su sistema de clasificación profesional difiere del funcional, al estar basado en una división por grupos profesionales (aunque se mantenga aún en la normativa la división por categorías). Dentro de este modelo, la promoción interna supone el acceso a un grupo profesional superior; aunque también, conforme a lo que establezca el convenio, podrá considerarse el acceso a otras categorías profesionales o competencias funcionales distintas dentro del mismo grupo profesional (normalmente a la inmediatamente superior). Los sistemas de promoción deben en todo caso respetar los principios básicos de mérito, capacidad e igualdad (arts. 14 y 55 EBEP), sin que por su carácter excepcional pueda la Administración reservar todos los puestos de trabajo para la promoción por esta vía. Asimismo, en términos similares a los de los funcionarios, los criterios de valoración serán los fijados por el propio convenio colectivo (art. 17.b) EBEP).

Sentado lo anterior, se pone de relieve que, a pesar de los regímenes separados del personal laboral y funcionario, el artículo 37.c) del EBEP incluye entre las materias negociables las normas

53 La mayoría de las Administraciones autonómicas y locales mantienen un sistema similar al de la Administración del Estado.

54 El personal funcionario interino se incluye en la carrera horizontal, de modo que los periodos como interino se tendrán en cuenta cuando acceda al puesto de funcionario de carrera (STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de febrero de 2020. Rec. 4099/2017).

55 Este derecho consiste en ascender de un Subgrupo o Grupo Profesional a otro superior (promoción interna vertical), o ascender mediante pruebas selectivas dentro del mismo Subgrupo o Grupo, de un Cuerpo o Escala a otro u otra superior (promoción interna horizontal).

que fijen los criterios generales sobre carrera y provisión. En principio, resulta coherente que, al tratarse del establecimiento de reglas o criterios de alcance general, se aborde conjuntamente por los negociadores la posibilidad de una regulación unitaria para todos empleados públicos. Otra cosa será la regulación concreta de las bases de cada proceso de promoción, que como indica el artículo 37.2.e) del EBEP, quedan excluidas de la negociación, en cuanto se considera que las decisiones sobre éstas deben respetar escrupulosamente los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En otro orden de cosas, cabe reseñar la regulación de reglas comunes al personal funcional y al laboral en lo que se refiere a la evaluación del desempeño, procedimiento que se conecta con la promoción profesional, al operar como factor de motivación personal y control interno, cuyo objetivo es medir y valorar la conducta y el rendimiento o el logro de resultados (art. 20.1 EBEP). En concreto, esta evaluación afecta a la provisión de puestos de trabajo, a la carrera profesional horizontal, al mantenimiento del puesto, así como a la formación y a la percepción de retribuciones complementarias (art. 20.3 EBEP).

Será cada Administración Pública la que determine el efecto positivo o negativo sobre estos extremos, siguiendo los criterios generales que se acuerden, ya que se trata de una materia recogida en el listado de materias negociables (art. 37.1.d EBEP). La sujeción de los sistemas de evaluación a los principios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación (art. 20 EBEP), conducen a la recomendación de que la negociación de estos sistemas se lleven a cabo en las Mesas de Negociación Mixtas para alcanzar la mayor uniformidad posible (art. 36.3 EBEP), tanto en el procedimiento (órgano evaluador, composición, periodicidad de las evaluaciones, participación de la persona evaluadas, reclamaciones y recursos, etc.) como en la fijación de los parámetros aplicables al rendimiento y logro de resultados, así como los aplicables a la conducta profesional de los empleados.

Desde otro enfoque, se pone de relieve cómo la relación del desempeño con el mantenimiento del puesto enlaza con el derecho a la inamovilidad de los funcionarios de carrera (art. 14.a) EBEP), que no solo implica el derecho al mantenimiento indefinido de su condición -sin que puedan ser libremente separados por ésta-, sino también la protección del ejercicio de las funciones inherentes al puesto que ocupan, sin que puedan ser trasladados libremente por la Administración Pública, salvo por incurrir en falta disciplinaria muy grave (art. 96.1.a EBEP). Pero dicha inamovilidad debe matizarse, en la medida que el artículo 73.2 del EBEP admite la facultad de movilidad funcional de la Administración Pública, pudiendo “asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin merma en las retribuciones”.

En lo que concierne al personal laboral, es patente la influencia de la norma administrativa sobre el régimen aplicable, pues como se establece en el artículo 83 del EBEP, la provisión de puestos y la movilidad se realizará de conformidad con lo establecido en los convenios colectivos aplicables y en su defecto regirá el sistema funcional.

A diferencia del régimen anterior al EBEP, las reglas previstas en el ET quedan desplazadas por el convenio colectivo que, como norma principal, tendrá libertad para implantar el modelo laboral o el funcional: será aplicable el segundo, equiparándose su régimen jurídico, en

aquellas Administraciones que no cuenten con convenio colectivo propio o en los que no recojan reglas específicas sobre estos aspectos⁵⁶.

La importancia de garantizar una prestación de servicios eficaz, promoviendo a la vez la movilidad y la promoción profesional de los empleados públicos, hace aconsejable el establecimiento de unos criterios unificados para todo el personal, que permita más agilidad en la cobertura de puestos de acuerdo con los principios referidos. De hecho, se observa que a nivel estatal y autonómico es frecuente la aplicación al personal laboral de mecanismos similares a los del régimen de movilidad funcional funcionarial, como la cobertura definitiva del puesto de trabajo, mediante los procedimientos de provisión de vacantes previstos cuando el cambio de puesto (dentro o fuera del grupo profesional) ha superado un determinado plazo de tiempo; o la regulación de supuestos de movilidad (voluntaria y forzosa) que se pueden englobar en el marco de los grandes grupos que regula la legislación de funcionarios (movilidad dentro de la Administración, la interadministrativa y la que surge por motivos de salud, etc.); incluso, como excepción, en algunos convenios se establecen sistemas de reasignación de efectivos como consecuencia de la aplicación de planes de empleo⁵⁷.

4.3. Tiempo de trabajo

El EBEP reconoce con carácter general a todos los empleados públicos el derecho “a las vacaciones, descansos, permisos y licencias” (art. 14.m EBEP), pero establece un tratamiento jurídico diferenciado para los funcionarios y el personal contratado, salvo en algunos aspectos (art. 51 EBEP).

El régimen para el personal funcionario se regula con más o menos detalle en los artículos 47 a 50 del EBEP, dependiendo de su articulación: en algunos aspectos, se ordena de manera completa y con carácter de norma de derecho necesario, indisponible por la autonomía colectiva (art. 48 EBEP); en otros, se contempla como norma mínima, susceptible de ser completada y/o mejorada por la negociación colectiva (arts. 47. bis, 49 y 50 EBEP); y en otros casos, simplemente se contiene una remisión para que sea la normativa propia de desarrollo en cada Administración la que prevea su régimen jurídico (art. 47 EBEP).

Por su parte, el régimen aplicable al personal laboral viene determinado por lo previsto en el artículo 51 del EBEP, que establece que “Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones se estará a lo establecido en este capítulo (capítulo V) y en la legislación laboral correspondiente”. La ambigua redacción del precepto plantea dificultades de interpretación, pues sitúa formalmente al mismo nivel a ambas regulaciones, sin fijar ninguna regla de preferencia entre ambas, generando cierta confusión ante la posibilidad de que ambos cuerpos normativos puedan ser de aplicación a la vez.

Sobre esta cuestión, la jurisprudencia, partiendo de la consideración de que el artículo 51 se rige por un principio de complementariedad, declara que no cabe la acumulación de normas y se pronuncia sobre lo inadecuado de aplicar la técnica del espiguelo, escogiendo lo que más

56 BOLTAINA BOCH, X., “Provisión de puestos de trabajo y movilidad. Aplicación en las entidades locales”. La administración práctica: enciclopedia de administración municipal, núm. 2/2012, pp. 111112.

57 Vid. Resolución de 13 de mayo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

conviene en cada aspecto, por lo que debe aplicarse el conjunto del régimen por el que opte la Administración, que será el más favorable, de suerte que de lo que se trata es de alcanzar el resultado mínimo de la legislación integrada por el EBEP y por las normas laborales⁵⁸.

La aplicación de este criterio tiene como punto de referencia general lo previsto en el artículo 7 del EBEP, que constituye la regla general de apertura, al determinar que el personal laboral se habrá de regir por la normativa laboral y por los convenios colectivos, siendo de aplicación la ley administrativa únicamente en los preceptos que el propio EBEP extienda su aplicación a este personal. Por tanto, la regla del artículo 51 del EBEP deberá interpretarse en sede de cada una de las materias contempladas en el capítulo V.

En primer lugar, en cuanto al régimen de la jornada de trabajo, la aplicación directa del precepto citado determina un tratamiento diferenciado entre el personal funcionario y el personal laboral, pues el artículo 47 del EBEP no dispone ningún contenido sobre la materia. Con respecto al personal funcionario, cada Administración fijará la jornada ordinaria, que puede ser general o especial, de modo que se deja un amplio margen de regulación a la autonomía colectiva para la concreción y mejora de aspectos como la duración, el cómputo y los descansos, siempre sujeta a los límites impuestos para la consecución de los objetivos de estabilidad presupuestaria⁵⁹. Dichos límites se entiende que siguen vigentes, por cuanto la LPGE para 2021 no incluye ninguna previsión al respecto⁶⁰. En todo caso, la regulación de la jornada en las normas de desarrollo deberá respetar lo previsto en la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

En particular, en la Administración General del Estado y sus organismos públicos, la Resolución de 28 de febrero de 2019 recoge las instrucciones sobre la jornada y horarios de trabajo del conjunto de sus empleados, con la finalidad de dar mayor cohesión y homogeneidad a la regulación sobre jornadas y horarios⁶¹. La duración de la jornada general fijada es de 37 horas

58 SSTS de 8 de junio de 2009 (Rec. 67/2008) y de 5 de octubre de 2010 (Rec. 113/2009) de la Sala de lo Social. Vid. BOLTAINA BOSCH, X., *El personal laboral de las corporaciones locales después del Estatuto Básico del Empleado Público*, Estudios de Relaciones Laborales, Dirección de Comunicación de la Diputación de Barcelona, Barcelona, 2010, p. 23.

59 D.A.144ª Ley 6/2018, de 3 de julio de 2018, de Presupuestos Generales del Estado para 2018: "... La jornada de trabajo general en el sector público se computará en cuantía anual y supondrá un promedio semanal de treinta y siete horas y media, sin perjuicio de las jornadas especiales existentes o que, en su caso, se establezcan...cuando en el ejercicio presupuestario anterior se hubieran cumplido los objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública y la regla de gasto. Lo anterior no podrá afectar al cumplimiento por cada Administración del objetivo de que la temporalidad en el empleo público no supere el 8 % de las plazas de naturaleza estructural en cada uno de sus ámbitos."

60 Su carácter básico deja sin efectos las previsiones en materia de jornada y horario contenidas en los Acuerdos, Pactos y Convenios vigentes o que puedan suscribirse que contravengan lo previsto en esta disposición

61 Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (BOE de 1 de marzo de 2019). No se aplica esta Instrucción al personal militar de las Fuerzas Armadas, ni al personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; ni al personal de las entidades citadas en el apartado anterior destinado en instituciones y establecimientos penitenciarios o en instituciones y establecimientos sanitarios; ni al personal que preste servicios en centros docentes o de apoyo a la docencia. Se aplicarán las regulaciones específicas. Esta disposición establece algunas medidas al hilo de las que incluyó la D.A.144ª de la Ley 6/2018 de PGE, que afectan al régimen de jornada y horarios de las empleadas y empleados públicos.

y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, con una distribución semanal diferenciada en jornada de mañana, de mañana y tarde y de tarde, con un período de presencia fijo y otro flexible para completarla en un determinado tramo horario.

Cabe la posibilidad de acordar por la negociación colectiva una jornada ordinaria alternativa a la general, o una distribución propia dentro del cómputo anual de la jornada, condicionado al cumplimiento de unos requisitos: que en el año anterior se hayan cumplido los objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública y regla de gasto; y además, que estas medidas no impidan cumplir el objetivo de limitar la tasa de temporalidad. Estas previsiones se considerarían aplicables a las Corporaciones Locales y según un sector de la doctrina, también a las Administraciones Autonómicas, al existir una relación directa entre la duración de la jornada y las retribuciones⁶².

Por su parte, en cuanto a la regulación de la jornada del personal laboral, al no existir ninguna previsión en el mencionado capítulo V sobre la duración y distribución de la jornada, habrá que estar a lo que regule cada Administración al respecto, pudiendo ser de aplicación las reglas del ET y de los convenios colectivos (arts. 34 a 38 ET), o lo que prevea la normativa propia de la Administración.

En concreto, en el ámbito de la Administración General del Estado, el IV Convenio colectivo único para el personal laboral, incluye como norma supletoria la de funcionarios, de modo que aquello que en lo que no se contemple en dicho convenio en materia de jornada, habrá de estarse a lo regulado, con carácter general, a lo dispuesto en la Resolución en vigor competente en materia de Función Pública (Resolución de 28 de febrero de 2019)⁶³.

En segundo lugar, en lo que concierne a los permisos, el EBEP prevé un listado que distingue dos clasificaciones en función de su distinta finalidad: por un lado, los permisos que responden a motivos personales (salvo algunos), que constituyen una norma de derecho necesario absoluto, sin dejar margen de regulación a la autonomía colectiva (art. 48 EBEP) y que solo se prevén formalmente para los funcionarios; y por otro, los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género, que se regulan como norma mínima, con posibilidad de ser mejorados por vía de la negociación colectiva (art. 49 EBEP). Este precepto utiliza la fórmula genérica “se concederán”, por lo que surge la duda de si se reconoce a todo el personal o solo al funcionario, sobre todo, habida cuenta que en sus apartados c), d), e) y f) se menciona exclusivamente a este último.

La ausencia de reglas claras por parte del artículo 51 del EBEP no hace posible inicialmente conocer cuál de las dos legislaciones prevalecería para el personal laboral, cuando el contenido de las normas del EBEP y las de la legislación laboral no coincide. La cuestión no es pacífica, prestándose a varias interpretaciones, sin descartar la posición jurisprudencial que niega la aplicación acumulativa y el espiguelo, considerando que debe aplicarse la que resulte

62 La jornada ordinaria de los funcionarios establecida en cómputo anual será también aplicable a los funcionarios de las Corporaciones Locales en virtud de lo previsto en el art. 94 de la Ley de Bases de Régimen Local, así como las mismas normas de equivalencia y reducción de jornada, sin perjuicio de la distribución de la jornada y descansos, sin perjuicio de que puedan establecer otras jornadas ordinarias. En cuanto a las Administraciones autonómicas, vid. ROQUETA BUJ, R., *Derecho del Empleo Público*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 296.

63 Art. 64.5 de la Resolución de 13 de mayo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

más favorable apreciada en su conjunto y en caso de clara divergencia entre las regulaciones, con carácter general, que sea preferente la normativa laboral⁶⁴. En todo caso, la elección de la norma más favorable requeriría la valoración de materias homogéneas para poder compararlas.

A estas consideraciones se une un nuevo elemento que incorpora mayor confusión: la nueva redacción del artículo 7 del EBEP en su segundo párrafo⁶⁵, que con propósito unificador prevé expresamente la exclusión de la aplicación de la norma laboral a los permisos de nacimiento y adopción del progenitor distinto de la madre biológica y lactancia. Si se interpreta a sensu contrario este apartado, podría entenderse que resultaría aplicable inicialmente en el resto de permisos la normativa laboral (legal y/o pactada), salvo en lo no previsto en ésta, que será garantizado en los términos de los artículos 48 y 49 del EBEP. Si, por el contrario, se atiende a la interpretación jurisprudencial, ambos cuerpos normativos, el administrativo y el laboral, se complementan, pudiendo aplicarse la norma laboral en aquello que la norma administrativa no regule, o la norma más favorable cuando concurren distintos tratamientos no coincidentes, sin que puedan acumularse ambos derechos⁶⁶.

En cualquier caso, conviene subrayar sobre el régimen de permisos que, al tratarse de una materia que inicialmente no se había tratado por la negociación colectiva funcionarial y cuya incorporación ha venido del Derecho del Trabajo, los criterios de unos y otros cuerpos normativos son bastante próximos, continuándose en la línea de la equiparación de distintos derechos del personal funcionario y laboral. De un análisis comparativo se desprende un contenido si no idéntico, prácticamente equivalente en el EBEP y en el ET, con un balance más favorable al personal funcionarial en la mayoría de los supuestos contemplados⁶⁷.

En unos supuestos, la estrategia de aproximación de regímenes ha sido directa, a través del clausulado del EBEP, que contempla un tratamiento común al conjunto de empleados públicos, como ha ocurrido en el caso mencionado arriba, del permiso por nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia (art. 7 EBEP). En otros supuestos, la equiparación de derechos parte de las reformas introducidas en la normativa laboral en materia de jornada, permisos y otras situaciones conectadas con los derechos conciliatorios y corresponsabilidad, que se incorporan en paralelo al régimen funcionarial a través de diversas normas. Por

64 El Tribunal Supremo ha rechazado la ruptura de la indivisibilidad interna del convenio, y ha optado por llevar a cabo una comparación global. Vid. entre otras, SSTS, Sala de lo Social, de 19 mayo de 2009 (Rec. 97/2008), de 9 diciembre de 2010 (Rec. 4397/2009), 17 de enero de 2011 (Rec. 1679/2010), de 20 enero de 2011 (Rec. 4455/2009) y de 12 septiembre de 2011 (Rec. 3567/2010).

65 Art. 3.1 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

66 VVAA., *La negociación colectiva en el Sector Público* (Dir. GARCÍA BLASCO, J.). Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales n.º 116, 2019, pp. 194-195.

67 Por ejemplo, para funcionarios el permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización se fijan tres días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad y de cinco días hábiles cuando sea en distinta localidad (art. 48.a) EBEP). Para el personal laboral se fija en dos y cuatro días (art. 37.3.b) del ET). En similar sentido, el permiso por traslado del domicilio habitual es idéntico en ambos casos: un día [arts. 37.3.c) ET o 48.b) EBEP]. Por su parte, el permiso para concurrir a exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud, en el caso de funcionarios se reconoce durante los días completos de su celebración [art. 48.d) EBEP], frente al reconocimiento solo del tiempo indispensable para su realización para el personal laboral (art. 23.1.a) ET).

referirnos a las más recientes, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en los artículos 2 y 3 equiparan, en sus respectivos ámbitos de aplicación (ET y EBEP), la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores, cuyo objetivo es la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores. Se procede así a la equiparación de forma progresiva en los términos previstos en las disposiciones transitorias del ET y del EBEP introducidos por esta disposición.

Finalmente, en cuanto al régimen de vacaciones, se aplican las mismas reglas prevista para los permisos, de modo que los funcionarios, conforme a lo establecido en el art. 50 del EBEP tienen derecho al disfrute de un período anual de 22 días hábiles, duración que tiene carácter de mínimo, y por tanto mejorable por cada Administración. En este sentido, la Disposición Adicional 14ª del EBEP permite el establecimiento de hasta un máximo de cuatro días adicionales de vacaciones en función del tiempo de servicios prestados por los funcionarios públicos⁶⁸. Por su parte, en lo que se refiere al personal laboral, habrá que estar a lo previsto en el EBEP o en la legislación laboral, aunque puede afirmarse que su duración es equivalente en ambos órdenes.

Dentro del marco establecido, sin duda, cabe afirmar que un tratamiento unitario de ambas categorías de personal en el régimen del tiempo de trabajo puede contribuir a evitar problemas de organización generados en el seno de las distintas unidades administrativas y a mantener un buen clima de trabajo, habida cuenta de la cercanía fáctica de funcionarios y trabajadores en el mismo centro de trabajo. En la misma línea, se considera que la finalidad de las normas de descansos y permisos responde a la satisfacción de los derechos de protección de la salud, a la atención de obligaciones personales y de conciliación familiar, que son ajenos a la naturaleza del vínculo que une a los empleados con la Administración. Es muestra de estos instrumentos negociales conjuntos, la Resolución de 22 de marzo de 2018, que recoge el II Acuerdo Gobierno- Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo, presentado en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, que establece medidas para el conjunto de empleados públicos en materia de jornada y de conciliación laboral⁶⁹.

4.4. Derechos retributivos

La importancia de la retribución en las relaciones de trabajo públicas se evidencia por tratarse de la expresión más directa del cumplimiento de la obligación de compensación económica que asume la Administración por la prestación de servicios que realizan los empleados públicos, además de que se configura como un elemento esencial en la caracterización de la relación administrativa y laboral.

68 En la Administración General del Estado, la D.A. 3a del Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía, fija vacaciones adicionales según antigüedad.

69 En la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía se dicta la Instrucción 3/2019, de la Dirección General de Recursos Humanos y Función pública, en materia de jornada laboral, vacaciones y permisos en el ámbito de la Administración General de la Junta de Andalucía, de sus instituciones, agencias administrativas y agencias de régimen especial. Se regula la jornada, permisos, vacaciones y otras situaciones para el conjunto de los empleados públicos.

Sin duda, los derechos retributivos ocupan una posición central en el debate de la equiparación de las condiciones de trabajo entre personal funcionario y laboral. No es ajeno a la Administración Pública la existencia de situaciones de agravio comparativo que se dan en el seno de una misma organización cuando empleados que realizan idénticas o similares tareas y asumen responsabilidades análogas, perciben distintas retribuciones.

El EBEP instituye un sistema retributivo diferenciado para los empleados públicos en función de la naturaleza de su relación jurídica prestacional: corresponde a la ley administrativa la determinación de los salarios de los funcionarios y sus incrementos (capítulo III, salvo el art. 27 EBEP), que precisa cuáles son los conceptos retributivos directos y diferidos; no obstante, en el caso de los trabajadores contratados por la Administración, el legislador remite la fijación del conjunto de sus retribuciones a la legislación laboral, a los convenios colectivos y a los contratos de trabajo (art. 27 EBEP).

En cualquier caso, la determinación de las retribuciones de ambos tipos de empleados públicos se somete al principio de legalidad presupuestaria, limitando el margen de disponibilidad de este elemento de la relación de servicios. Resulta así que la conformación legal del sistema retributivo pone techo a los incrementos retributivos, de obligado cumplimiento para el conjunto de prestadores públicos y delimita el marco dentro del cual los Pactos, Acuerdos y los Convenios Colectivos fijan en cada una de las Administraciones Públicas las cuantías de las retribuciones de su personal, respetando los límites máximos que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establece anualmente (art. 21.2 EBEP). El principio de legalidad presupuestaria limita hasta tal punto que la negociación se puede ver neutralizada, de modo que el cumplimiento de unos y otros instrumentos pueden quedar sin efecto con el fin de “salvaguardar el interés público” (art. 38.10 EBEP)⁷⁰. Desde esta perspectiva, existe una equiparación en el tratamiento retributivo de personal funcionario y laboral.

Con relación a los funcionarios públicos, la norma legal determina la estructura del salario, definiendo los conceptos retributivos (arts. 23 y 24 EBEP) y la LPGE fija la cuantía de las retribuciones básicas (arts. 21.1 y 23 EBEP) y de las retribuciones diferidas (art. 29)⁷¹. Solo en relación a las retribuciones complementarias se permite cierto margen a la hora de su fijación, tanto en su denominación como en su alcance, por parte de las leyes de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas (art. 6 EBEP), en función de determinados factores: la progresión alcanzada dentro del sistema de carrera administrativa, la especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo, el grado de interés, iniciativa o esfuerzo

70 Conforme a lo previsto en este precepto, se garantiza el cumplimiento de los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos aplicables a los funcionarios y al personal laboral, pero se permite que excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de Gobierno de las Administraciones suspendan o modifiquen su cumplimiento en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. Este mecanismo particular de descuelgue que poseen las Administraciones Públicas para suspender e inaplicar los Acuerdos, Pactos y convenios colectivos ya adoptados, durante la crisis, supuso una rebaja desde 2010 hasta 2018 de las retribuciones de todos los empleados públicos.

71 Son aquellas destinadas a financiar aportaciones a Planes de pensiones de empleo o contratos de seguro que incluyan la cobertura de contingencia de jubilación, para el personal incluido en sus ámbitos, de acuerdo con lo establecido en la normativa reguladora de los Planes de pensiones

con que se desempeña el trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos, así como los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo (art. 24 EBEP).

La fijación y aplicación de estas retribuciones complementarias corresponderá a la negociación colectiva, que puede determinar distintos complementos, aunque la tendencia es establecer una cierta uniformidad en la categorización de los mismos. Los acuerdos alcanzados son enviados a las Cortes Generales o, en su caso, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las cuales fijan definitivamente su estructura retributiva dentro del marco del EBEP.

En suma, el sistema retributivo del funcionariado será el resultado de la conjunción entre la legislación estatal y la de la Administración Territorial correspondiente, completada con las leyes presupuestarias del Estado y de la propia Administración.

Por su parte, en lo que concierne a la ordenación de la estructura salarial del personal laboral, el EBEP no recoge una referencia expresa sobre la materia, sino que al igual que en otros aspectos, solo contiene una remisión más o menos explícita a la normativa y al esquema laboral como elemento central de su ordenación. En concreto, el artículo 27 del EBEP remite en materia retributiva a lo que se establezca por las Administraciones Públicas por los procedimientos establecidos en la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo. No obstante, como se ha indicado, el régimen retributivo se someterá a los límites de gasto previstos en el EBEP conforme a los principios de jerarquía normativa y de legalidad presupuestaria, de tal suerte que los incrementos retributivos pactados no podrán exceder de los límites fijados por la legislación estatal (art. 21.2 EBEP)⁷². Asimismo, el incremento de la masa salarial del personal laboral deberá reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente ley de presupuestos (art. 21.1 EBEP).

Por tanto, la fijación de los límites presupuestarios que impone el EBEP reduce la capacidad negociadora del personal laboral en materia retributiva, debilitándose la supuesta libertad negocial que se predica de este colectivo. Aún así, conviene matizar que la limitación presupuestaria se refiere al volumen total de las retribuciones del personal laboral y no a la retribución de cada uno de los trabajadores afectados, por lo que la fijación de los distintos complementos salariales se llevará a cabo por la negociación colectiva en los términos que describe el artículo 26 del ET, permitiendo la norma presupuestaria la existencia de programas o de empleados públicos que experimenten incrementos retributivos, siempre que no se haya cubierto la masa salarial globalmente autorizada y se justifiquen según lo previsto legalmente⁷³. En definitiva, la retribución es un derecho del empleado público que se halla sujeto a intervención administrativa, por una parte, mediante el salario mínimo, y por otra, por el principio de legalidad presupuestaria.

Sentado lo anterior, desde otra óptica, la de la igualdad retributiva, se puede afirmar que la Administración, como poder público, está sometida al cumplimiento del principio de igualdad ante la

72 Art. 18. Dos de la LPGE para el año 2021. “...en el año 2021, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar un incremento global superior al 0,9 por ciento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2020, en términos de homogeneidad para los dos periodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo”.

73 Art. 18. Siete de la LPGE para 2021: “...las adecuaciones retributivas que, con carácter singular y excepcional, resulten imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo, por la variación del número de efectivos asignados a cada programa o por el grado de consecución de los objetivos fijados al mismo”.

ley (art. 14 CE), lo que se traduce en un mandato al legislador y a los órganos responsables de la aplicación de las normas, que les obliga a no establecer diferencias de trato arbitrarias en la regulación de los supuestos legales y en la aplicación de las normas, de modo que no se dé “trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación”⁷⁴.

Desde hace décadas y de forma casi unánime la jurisprudencia y la doctrina del Tribunal Constitucional han mantenido una postura de admisión clara de la diferencia de trato en materia salarial entre funcionarios y personal laboral en la Administración Pública⁷⁵. El Tribunal Supremo ha declarado en no pocas ocasiones que estas diferencias no contravienen el principio de igualdad, pues aunque el artículo 14 de la CE es exigible a todas las condiciones de trabajo, “el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar el estatus del personal que presta sus servicios en las Administraciones Públicas, por lo que la existencia de una regulación diferenciada entre funcionarios y trabajadores comporta diversidad que justifica un diferente tratamiento retributivo”⁷⁶.

En esta línea se matiza la consideración del principio general de igualdad salarial, manifestada mediante la aplicación del criterio “igual salario por trabajo de igual valor”, pues según el Tribunal “no basta con que las tareas asignadas a dos categorías distintas ... sean idénticas o análogas para estimar discriminatoria la diferencia retributiva..., pues no es el único criterio objetivo que el legislador o la Administración pueden ponderar a efectos de las retribuciones ... sino que también pueden contemplar otros factores de diferenciación objetivos y generales, como son, las exigencias de preparación o el correspondiente sistema de acceso”⁷⁷.

No obstante, con todos los matices, hay que considerar que reconociendo la validez del principio de autonomía la Administración, ésta se somete al principio de igualdad en la aplicación de la ley, pues constituye un mandato a los poderes públicos tratar igual a supuestos iguales y tratar de forma desigual a los desiguales, siempre que existan razones que no sean arbitrarias, sean motivadas y razonables⁷⁸. En este sentido, puede establecer diferencias retributivas, pero siempre que se justifique por elementos objetivos, como un mayor rendimiento, responsabilidad, productividad, o circunstancias similares, que contribuyen a que los servicios públicos sean más eficaces. Por el contrario, en aquellos supuestos en los que atendiendo a estos criterios no pueda apreciar diferencias y se acredita que uno y otro empleado realizan los mismos cometidos, con independencia de la naturaleza del vínculo que les une a la Administración, se debe reconocer el derecho a percibir las mismas retribuciones o al menos equiparables.

En el contexto de la realidad práctica se contempla en todo caso una tendencia hacia la equiparación de los derechos retributivos del personal laboral y funcional. Al observar en distintas Administraciones la estructura retributiva de ambos colectivos (arts. 22 a 26 EBEP y art. 26.2 ET), se pone de manifiesto el paralelismo entre ambos instrumentos negociales: las retribuciones básicas y el

74 SSTC 190/2001, de 1 de octubre y 181/2000, de 19 de junio.

75 Entre éstas, STC 57/1984, de 27 de julio; SSTS de 19 de febrero de 2009 de la Sala de lo Social (Rec. 425/2008) y de 10 de febrero de 2010 (Rec. 1542/2009).

76 SSTS de 27 de febrero y de 7 de marzo de 2009 de la Sala de lo Social (Rec. 955/2008; 1507/2008); de 20 de enero 2010 (Rec. 1568/2009) y 24 de enero de 2011 (Rec. 964/2010).

77 SSTS de 27 de febrero y de 22 de septiembre de 2009 de la Sala de lo Social (Rec. 955/2008; 3895/2008).

78 STC 307/2006, de 23 de octubre.

salario base, las retribuciones complementarias y los complementos salariales. De hecho, en ocasiones el convenio colectivo diseña una estructura salarial pareja a la del personal funcionario, mediante una clasificación que parte de la distinción entre retribuciones básicas y complementarias, divisiones que incorporan, según su naturaleza, los distintos conceptos retributivos del personal laboral⁷⁹.

Se trata de denominaciones diferentes para complementos que retribuyen los mismos o similares conceptos, lo que evidencia una clara disposición a la convergencia de ambos regímenes jurídicos: el administrativo y el laboral. A mayor abundamiento, si se considera la conveniencia de incorporar a la fijación del salario criterios de rendimiento de productividad, no parece razonable que sean diferentes en función de la naturaleza jurídica del vínculo, por cuanto se persiguen los mismos objetivos de eficiencia y eficacia en la Administración y dicha equiparación debe entenderse parte del interés público que debe preservarse.

La negociación en las Mesas Generales Conjuntas de las Administraciones Públicas ha favorecido el establecimiento de estructuras retributivas homogéneas, con independencia de la denominación de cada uno de componentes, descartando la arbitrariedad en aquellos supuestos en que uno y otro personal realiza funciones similares o equivalentes. Constituyen un instrumento adecuado para aproximar las retribuciones de ambos colectivos dentro del marco establecido. Incluso algunos de estos Acuerdos Mixtos ponen de manifiesto el firme propósito de avanzar en la equiparación de las condiciones de trabajo entre el personal funcionario y laboral⁸⁰.

En la misma línea, cabe reseñar que la voluntad unificadora también se viene produciendo en algunos supuestos en los que, con motivo de la reforma de algunas instituciones correspondientes a un tipo de personal, con repercusión en los derechos económicos, aflora una diferencia retributiva. En estos casos suele ser práctica frecuente reconocer la necesidad de igualar los derechos retributivos del personal laboral con los de los funcionarios o a la inversa, universalizando la medida aprobada⁸¹.

79 Convenio Colectivo del personal laboral de los Consorcios de las Unidades territoriales de empleo, desarrollo local y tecnológico de Andalucía (Resolución de 18 de diciembre de 2007 de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social. BOJA 10-01-2008). El art. 12 clasifica los conceptos salariales en A) Básicas: Salario base y pagas extraordinarias. B) Complementarias: Complemento de puesto de trabajo y complemento de productividad e incentivos.

80 Vid. como ejemplo, El Convenio Mixto de la Diputación de Huelva, que contempla la equiparación de las cuantías y las estructuras de las retribuciones. Vid., así el art. 16 de la Resolución de 20 de mayo de 2014, por el que se aprueba el Acuerdo Mixto de condiciones de trabajo del personal al servicio de la Diputación Provincial de Huelva, equipara la estructura retributiva se señala: “1. Las retribuciones tendrán la misma estructura e idéntica cuantía que las establecidas con carácter general para toda la función pública. 2.- Dejando a salvo lo especificado en otras normas de este Reglamento, las retribuciones y cualquier otro derecho de naturaleza económica del personal de la Diputación Provincial serán revisados durante su período de vigencia, variándolos en la misma forma y proporción que varíen las retribuciones del personal de la Administración Civil del Estado. 3.- Las retribuciones están divididas en básicas, complementarias, indemnizaciones y otras retribuciones”. En el mismo sentido el Acuerdo económico, social y sindical de los/as funcionarios/as de la Diputación provincial de Almería, (20162019) o el Acuerdo de personal funcionario de la Diputación de Córdoba, de 4 de noviembre de 2016 (art. 2. 3º), en la que se contempla la equiparación de las condiciones sociales y de trabajo y las retribuciones íntegras entre personal laboral y personal funcionario.

81 Un ejemplo de esta práctica, en la Administración Pública andaluza, es la que se ha producido en relación con supuesto de jornada reducida por razones de guarda legal o cuidado de un familiar, al que resultaba de aplicación a los funcionarios lo establecido en el artículo 12.1.1.11 del Decreto 349/1996, de 16 de julio, por el que se regulan las diversas formas de prestación del tiempo de trabajo del personal

Asimismo, similar práctica uniformadora se ha llevado a cabo en los procesos de recuperación progresiva de los derechos económicos que fueron suspendidos por aplicación de las normas restrictivas impuestas durante la crisis económica para cumplir con los objetivos de equilibrio presupuestario y sostenibilidad financiera, de modo que algunos Acuerdos aprobados por las Mesas Negociadoras adoptan medidas desde una perspectiva integradora, con el fin de armonizar las condiciones de trabajo, y especialmente las retributivas, del conjunto de su personal⁸².

4.5. Igualdad de género y derechos de conciliación de la vida familiar y profesional

La Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI) regula el principio de igualdad en el empleo público, estableciendo los criterios generales de actuación a favor de la igualdad para el conjunto de las Administraciones Públicas y distintas medidas con la finalidad de lograr la efectiva igualdad entre hombres y mujeres en este ámbito (art. 51), sin hacer distinciones en atención a la naturaleza del vínculo de su personal. Asimismo, introdujo mecanismos para la consecución de la igualdad efectiva en el empleo y dispuso la aprobación de un protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo.

Destaca en particular el artículo 64 de esta Ley, al establecer la obligación del desarrollo de un Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, que incluya objetivos a alcanzar en materia de promoción de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo público, así como las estrategias o medidas a adoptar para su logro⁸³.

funcionario., a diferencia del personal laboral, al que se le aplica el art. 37.6 del ET. Esta distinción en las retribuciones cuando se produce coincidencia en la jornada reducida se mantenía en la vigente Instrucción 3/2019, de 4 de diciembre de 2019 (BOJA 20-07-2019). No obstante, se reconoce la necesidad de igualar los derechos retributivos del personal laboral con los de los funcionarios acordando el mismo porcentaje de incremento salarial y su abono progresivo en los años 2018 a 2020 para el conjunto de empleados públicos, aunque la distribución y aplicación individual de dichos incrementos para el personal laboral se produzca a través de la negociación colectiva. Asimismo, se universaliza la percepción de las mejoras complementarias en caso de incapacidad temporal o ausencia por enfermedad (Resolución de 23 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo y Bienestar Laboral, por la que se registra y publica el Acuerdo de la Comisión Negociadora del VII Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 17 de febrero de 2021, por el que se modifica la letra g) del apartado 1 del artículo 33 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía).

82 Resolución de 22 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de la Función Pública, por la que se publica el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo. La negociación colectiva quedó limitada fundamentalmente por el RDL 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para reducir el déficit público, y sobre todo, por el RDL 20/2012, de 13 de julio, dejando en suspenso numerosos Acuerdos o Pactos específicos sobre cuestiones retributivas concretas, dedicados a modificar la regulación existente para ajustarla a las reformas legales llegando a alterar, excepcionalmente, el dictado de las mismas normas presupuestarias anuales y de imponer reducciones salariales que han afectado al conjunto de todas las retribuciones del sector público. Posteriormente, la Resolución de 2018 aprobó un plan del empleo público y de las condiciones de trabajo por el que se incrementa el salario de todo el personal al servicio del sector público, revertiendo gran parte de las medidas restrictivas que impuso el RD-Ley 20/2012 en el sector público. En la Comunidad Autónoma Andaluza, se lleva a cabo a través del Acuerdo Marco de la Mesa general de negociación común del personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, para la mejora de la calidad del empleo público y de las condiciones de trabajo del personal del sector público andaluz, de 13 de julio de 2018.

83 Resolución de 29 de diciembre de 2020, por el que se aprueba el III Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado y en los Organismos Públicos vinculados o dependientes de ella (BOE 1 de enero de 2021). Lo previsto en este Plan no se entiende aplicable al resto de las Administraciones

El EBEP, en cumplimiento del mandato constitucional (art. 9.2) y de la LOI (Título V), recoge como uno de los fundamentos de actuación de la Administración, común a todos los empleados públicos, la igualdad de trato entre mujeres y hombres (art. 1.3.d). Específicamente, el artículo 14 reconoce como derechos de carácter individual de los empleados públicos la no discriminación por razón de género, sexo y orientación sexual (apto i) y el derecho a la intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso, ya sea sexual y por razones de sexo, moral o laboral (aptdo. h). Cabe igualmente subrayar la atribución de la calificación como falta muy grave toda actuación que suponga discriminación por razón de sexo o conducta de acoso sexual o por razón de sexo (95.2.b EBEP).

Por su parte, la Disposición Adicional 7ª del EBEP establece que todas las Administraciones Públicas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, así como a elaborar y aplicar un plan de igualdad a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo, siéndole de aplicación los artículos 45 y 46 del EBEP.

Conviene precisar que en apariencia el tenor del precepto parece albergar la posibilidad de realizar planes de igualdad distintos para el personal funcionario y el personal laboral de cada Administración. No obstante, a nuestro entender, un plan de igualdad que no contemple conjuntamente la situación de todos los empleados que prestan servicios en una Administración será un plan incompleto, discorde con la finalidad de la LOI. Encuentra además su justificación para detectar y aflorar las diferencias de trato por razón de género entre los regímenes jurídicos funcional y laboral, especialmente las que afectan a las retribuciones, temporalidad en el empleo, promoción profesional, por recoger algunas de las más importantes y que suelen incurrir en discriminaciones ocultas o indirectas. Todo ello, sin perjuicio de que se prevea, atendiendo a las particularidades de colectivos específicos, la implantación de medidas dirigidas a atender sus necesidades concretas⁸⁴.

Si efectivamente atendemos a lo previsto en la disposición mencionada, podría interpretarse que el desarrollo en el convenio colectivo del personal laboral o acuerdo colectivo del personal funcionario sea el resultado de la elaboración que se reproduce en cada uno de los instrumentos pactados. No obstante, lo más razonable es que el plan de igualdad sea objeto de negociación conjunta a través de las Mesas Generales de Negociación Mixtas que prevé el artículo 36 del EBEP.

Igualmente, aunque a nuestro juicio no sería lo recomendable, no iría en contra de lo previsto en el EBEP que se lleve a cabo una negociación separada (en el convenio colectivo para el personal laboral y en el acuerdo colectivo de personal funcionario) y que tras la negociación en las mesas

Públicas, sin perjuicio de que quieran adoptarlo como modelo ante la falta de desarrollo reglamentario de estos instrumentos específicos en el sector público.

84 Entre otros, Acuerdo del Consejo de Gobierno de 3 de mayo de 2021, por el que se aprueba el III Plan de Igualdad entre Mujeres y Hombres de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (servicios generales) 2021-2024; ORDEN HAP/1353/2020, de 28 de diciembre, por la que se da publicidad al Acuerdo de 23 de diciembre de 2020, del Gobierno de Aragón, por el que se otorga la aprobación expresa y formal, ratificándolo, Acuerdo de 17 de diciembre de 2020, de la Mesa Sectorial de Administración General, por el que se aprueba el Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de Administración General de la Comunidad Autónoma de Aragón 2021-2024. Plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres del personal al servicio de la Administración Pública regional de Murcia. Todos ellos abarcan al conjunto de empleados públicos.

específicas que se constituyen en cada grupo (arts. 88 ET y 34 del EBEP respectivamente) poniéndose de acuerdo en la elaboración del diagnóstico y en la determinación de las medidas a implantar.

En lo concerniente a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional, el EBEP reconoce por primera vez expresamente y para todos los empleados públicos, el derecho a la adopción de medidas conciliadoras (art. 14.j), en aplicación de la LOI, que establece como criterio de actuación de las Administraciones Públicas la obligación de “facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional” (art. 51.b LOI). Ambos derechos, regulados como derechos mínimos, permiten la ampliación de su contenido por la normativa de desarrollo del EBEP y por lo previsto en los convenios colectivos.

El conjunto de derechos conciliatorios se reconoce con un nuevo enfoque, sin distinguir en función del género, conforme a lo previsto en la normativa de la Unión Europea reguladora de esta materia, que lo plantea como un derecho individual, desvinculado del factor género, incluso más conectado con el derecho de los menores y de las personas dependientes. En esta línea, en la regulación del tiempo de trabajo se han incorporado progresivamente previsiones en relación con el régimen de permisos, excedencias por cuidado de hijos y familiares y vacaciones (arts. 48, 49, 50, 51 y 89 EBEP), las cuales han ido evolucionando en su configuración para responder a las nuevas demandas de la sociedad.

Valorando las implicaciones de estas medidas desde una óptica comparativa, se advierte la falta de sistematización en la ordenación de los permisos que se vinculan a las necesidades de conciliación, pues de todo el conjunto, solo los permisos recogidos en el artículo 49 del EBEP son expresamente reconocidos por motivos de conciliación; en cambio, otros permisos, no regulados como tales en sentido estricto, pero cuyo fin es posibilitar la conciliación de la vida personal y familiar con la vida laboral, son previstos expresamente solo para los funcionarios, (art. 48 del EBEP). A ello se une la dificultad de conocer cuál es el régimen aplicable en atención a lo previsto en los artículos 7 y 51 del EBEP, como ya hemos analizado en el apartado relativo al tiempo de trabajo, análisis al que nos remitimos.

Por último, cabe destacar la regulación unificada del teletrabajo para todos los empleados públicos. Se ha incorporado al EBEP como fórmula de flexibilidad de la gestión del tiempo de trabajo (art. 47.bis), en aplicación de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, pero no puede ignorarse igualmente su consideración desde la perspectiva conciliadora⁸⁵. Se establece expresamente la equiparación del régimen aplicable, sin que resulte aplicable la legislación laboral sobre la materia⁸⁶. La regulación de este modo de prestación se desarrollará por cada Administración Pública, estableciendo las condiciones para acogerse a este sistema y los deberes y derechos de los empleados que prestan servicios mediante este sistema, de manera negociada con la representación de personal su desarrollo, dentro del marco que establece el propio EBEP⁸⁷.

85 BOE de 10 de julio de 2021. Preámbulo de la Ley.

86 La Disposición adicional segunda, relativa al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas establece que “Las previsiones contenidas en esta Ley no serán de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que se regirá en esta materia por su normativa específica”.

87 Actualmente aún no se ha regulado reglamentariamente, pero muy pronto se aprobará el Real Decreto de teletrabajo de la Administración General del Estado se encuentra en desarrollo (el proyecto se encuentra en el trámite de audiencia pública: 15 de diciembre de 2021).

4.6. Deberes de los empleados públicos y régimen disciplinario

La entrada en vigor del EBEP en lo que afecta a los deberes y al régimen disciplinario del personal funcionario y laboral significó una modificación importante respecto al tratamiento anterior, ya que cada colectivo se regía por disposiciones separadas (Ley de Funcionarios Civiles del Estado y arts. 5 y 58 ET respectivamente), con diferencias relevantes entre ambas regulaciones.

Con la promulgación del EBEP se aspira a un régimen unificado que incluye en su ámbito de responsabilidad disciplinaria tanto al personal funcionario como al laboral, sobre la base de unos mismos principios rectores, quedando sometidos al régimen establecido en el Título VII de esta norma y en las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del mismo (arts. 93 a 98)⁸⁸. El objetivo último fue aportar flexibilidad y eficacia al ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito público con la homogeneización del régimen de todos los empleados a su servicio, mediante la funcionarización de la responsabilidad del personal laboral que tradicionalmente se sometía a la normativa laboral, tomando como referentes los principios básicos del Derecho administrativo sancionador y del Derecho disciplinario de los funcionarios públicos⁸⁹. En todo caso, la intención de hacer converger los regímenes administrativo y laboral estableciendo una serie de principios básicos y una regulación mínima común a ambos colectivos se supedita a un ulterior desarrollo (Disposición Final 4ª EBEP)⁹⁰.

No obstante, a pesar de que se incorporan muchas de las reglas vigentes para los funcionarios al estatuto del personal laboral, no podemos hablar de una integración absoluta del régimen disciplinario de los empleados públicos, al establecer el artículo 93.4 del EBEP la regla de la aplicación preferente de la normativa administrativa para el personal laboral, admitiendo, por tanto, la aplicación de la legislación laboral como norma supletoria en lo que no prevea el EBEP.

Se trata de diferencias mínimas que responden, sobre todo, a las reglas de reparto de competencias en la legislación laboral y de Función Pública establecidos por la CE (Disposición Final P EBEP), aunque se preserva la garantía de igualdad del cumplimiento de los deberes de todos los empleados públicos, con independencia de que las normas de desarrollo de función pública en el caso del personal funcionario, o los convenios colectivos para el personal laboral, concreten sus previsiones en los distintos ámbitos⁹¹.

88 Entre otras, Ley 6/1985 de la Función Pública de Andalucía; Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de Madrid; Ley 2/1987, de 30 de marzo, de Función Pública Canaria; Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública del País Vasco; Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de La Rioja; Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, de Función Pública de Aragón; Ley 4/1993, de 10 de marzo, de la Función Pública de Cantabria; Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Función Pública de la Región de Murcia; Ley 7/2005, de 24 de mayo, de Función Pública de Castilla y León; Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de Illes Balears; Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, de Función Pública de Galicia; Ley 10/2010, de 9 de julio, de Función Pública de la Comunidad Valenciana; Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura

89 El artículo 25 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público declara extensiva la regulación de los principios rectores de la potestad sancionadora al ejercicio por las Administraciones Públicas de la potestad disciplinaria respecto de sus empleados. Asimismo, se completa el régimen de funcionarios con las disposiciones de las Ley 39/2015, de 1 de octubre de 2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público, junto a las especialidades para el ámbito local previstas en el RD 781/1986, de 18 de abril, y el RD 33/1986, que aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario para los Funcionarios de la Administración del Estado.

90 D.A. 4a. EBEP: “Hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto”.

91 LÓPEZ GÓMEZ, J.M., op. cit. p. 324.

En lo que concierne a los deberes de los empleados públicos, el EBEP determina que la prestación de servicios en la Administración Pública comporta una serie de exigencias propias del entorno público que se manifiesta en la sujeción de su actuación a una serie de principios generales, que inspiran el “Código de Conducta”, que viene a constituir un conjunto de obligaciones que forman parte de la relación de servicio del personal⁹², fundados en principios y valores éticos y reglas de conducta, que informan la interpretación y aplicación del régimen disciplinario (art. 52-54 EBEP). Se trata, en todo caso, de una regulación general y abstracta, algunas veces confusa y reiterativa, que dificulta extraer del mismo un catálogo básico de deberes específicos.

Igualmente, los principios básicos de la potestad disciplinaria en la Función Pública, manifestación de los artículos 24 y 25 de la CE, son comunes a todo su personal: legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, proporcionalidad de las infracciones y sanciones, culpabilidad y presunción de inocencia (art. 94 EBEP). A diferencia de la facultad disciplinaria en el ámbito privado, que responde a la capacidad de sancionar los incumplimientos de las obligaciones contractuales del personal empleado, en la Administración Pública, esta potestad además se fundamenta en la especial naturaleza de la relación de empleado público, que exige la observancia estricta del interés general, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Como dato a tener en cuenta en relación con el principio de legalidad y tipicidad, el EBEP no recoge una tipificación completa de las faltas, sino solo de las faltas muy graves (art. 95.2 EBEP), entre las que se incluyen aquellas que puedan calificar como tales las leyes estatales o autonómicas, o los convenios colectivos en el caso del personal laboral⁹³. En este sentido, cabe advertir las semejanzas entre las faltas muy graves recogidas en el ET y el EBEP, aunque en atención a la cláusula de cierre del citado precepto, para el personal laboral, además de las previstas en la norma administrativa, podrían contemplarse las establecidas en el artículo 54.2.a), c), d) y e) del ET, pues generalmente se reproducen por los convenios colectivos. Ello sin perjuicio de que pudiese además interpretarse atendiendo a lo establecido en el artículo 93.4 del EBEP, al permitir la aplicación de la legislación laboral por vía supletoria “en lo no previsto” por la legislación administrativa⁹⁴.

En el supuesto de las faltas graves, cuya descripción remite el EBEP a lo previsto en las leyes de desarrollo (estatal o autonómica)⁹⁵, o en los convenios colectivos en el caso del personal laboral

92 Los principios de actuación se concretan en ejercer sus funciones con objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres (art. 52 EBEP).

93 Vid. Art. 99 del IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (Resolución de 13 de mayo de 2019 de la Dirección General de Trabajo. BOE 17-05-2019).

94 Art. 54.2 ET: a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo; c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos; d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo; f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.

95 Según lo declarado por la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de marzo de 2017 (Rec. 3300/2015), el RD 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, esta norma reglamentaria estará vigente hasta que se apruebe el desarrollo en cada Administración Pública. Cabe señalar el cuestionamiento de este pronunciamiento por un sector de la doctrina científica, que considera que la reserva de ley impediría la vigencia de esta norma.

(art. 95.3 EBEP), se genera cierta inseguridad jurídica ante la duda de si esta regla desplaza a la general de la supletoriedad y solo se aplica la norma laboral (legal o pactada), o se admite la acumulación de faltas laborales a las ya previstas en el EBEP, en atención al artículo 93.4, lo que podría llevar a agravios comparativos entre ambos colectivos de empleados.

En cuanto a las faltas leves, conforme a lo previsto en el artículo 95.4 del EBEP, debe estarse al desarrollo de las leyes de Función Pública, sin que sea comprensible la exclusión de las referencias a la norma laboral y convencional en este extremo, aunque la lógica interpretativa de este silencio del legislador deba entenderse en sentido positivo, estando a lo previsto en los convenios, como se pone de manifiesto en el redactado de algunas leyes de Función Pública autonómicas, en las que se realiza dicha remisión⁹⁶.

La tendencia general de la mayoría de las Comunidades Autónomas es la inclusión de un catálogo completo de faltas, bien exclusivo de funcionarios, o del conjunto de empleados públicos; de manera similar los convenios colectivos suelen recoger un listado acumulado de faltas en concordancia con los deberes exigidos⁹⁷, aunque en ocasiones se remiten directamente a lo fijado en el EBEP y normas de desarrollo⁹⁸.

En todo caso, las Administraciones deberán valorar las faltas graves y leves cometidas por su personal, funcionario y laboral, atendiendo a las circunstancias que establece el propio EBEP: el grado en que se haya vulnerado la legalidad, la gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos, y el descrédito para la imagen pública de la Administración (95.4 EBEP).

En lo que concierne a las sanciones, el artículo 96 del EBEP recoge un listado conjunto en el que se distinguen unas sanciones comunes y otras referidas exclusivamente al personal funcionario o al personal laboral, aunque sin establecer una clasificación según su gravedad, a salvo de la separación del servicio y el despido, reservadas para las faltas muy graves, lo que significa que son las normas de desarrollo las que deban clasificar el resto de sanciones. En todo caso, las Administraciones deben tener en cuenta los criterios de moderación sancionadora, que son comunes para los empleados públicos, aplicando el principio de proporcionalidad: el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación (art. 96.3 EBEP).

Conviene señalar que no existe una equiparación completa en la determinación de las sanciones del personal funcional y laboral, subrayando alguna diferencia importante, como el tratamiento de la sanción de inhabilitación, más estricta en el supuesto de los funcionarios, sin que responda a una fundamentación razonable. En concreto, el “despido” comporta necesariamente una sanción anexa, como es la inhabilitación para contratar de nuevo con la Administración

96 Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura (art. 54 2); Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia (art. 187.2). SÁNCHEZ MORÓN, M., “Régimen disciplinario”. En obra colectiva *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (Dir. Sánchez Morón). Lex nova Valladolid, 2008, p. 544.

97 Arts. 101-104 del IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (Resolución de 13 de mayo de 2019, de la Dirección General de Trabajo).

98 Art. 58.1 del Convenio Colectivo del personal docente e investigador de las Universidades Públicas de Andalucía. “... se aplicará el mismo régimen disciplinario que el aplicable a los cuerpos docentes universitarios”.

en puestos con funciones similares (pero no a otras funciones públicas); sin embargo, la sanción paralela de “separación del servicio”, si se acompaña de inhabilitación, impide el acceso a la condición de funcionario, pero no a la del personal laboral (art. 56.1.b) EBEP). Extraña esta diferenciación, sobre todo, cuando en otros supuestos de equiparación, en concreto, cuando se declara judicialmente el despido improcedente como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave, su efecto es la readmisión del personal laboral fijo y no la opción recogida en el artículo 56.1 del ET.

Por último, se establece un procedimiento disciplinario unitario, de modo que como regla general se entiende la necesidad de iniciar expediente para la imposición de las sanciones por faltas graves y muy graves, salvo en el caso de las faltas leves, en el que solo se requiere un procedimiento sumario con audiencia del interesado (art. 98.1 EBEP). La referencia genérica al “procedimiento previamente establecido” permite entender que en el caso del personal laboral será el convenio colectivo el instrumento que desarrolle el procedimiento disciplinario adecuado. En todo caso, con independencia de la norma que fije el procedimiento (reglamento o convenio colectivo según el supuesto), la tramitación del expediente disciplinario debe sujetarse a una serie de principios básicos (eficacia, celeridad y economía procesal), así como debe garantizar el respeto a los derechos, la defensa del presunto responsable y la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos (art. 98.2 EBEP).

Aparte de lo anterior, se aborda de manera unitaria el tratamiento de los plazos de prescripción, con plena aplicación del artículo del 97 EBEP, descartando la del artículo 60.2 del ET para el personal laboral. No en vano, la jurisprudencia ha reconocido que a efectos del cómputo del plazo establecido en el EBEP se puede utilizar el criterio de la “prescripción larga” en los supuestos de ocultación de los hechos por el trabajador, que se acomodaría perfectamente a lo previsto en la legislación administrativa, de modo que el plazo de los tres años para las faltas muy graves se contaría desde el cese de la comisión de los hechos constitutivos de la falta⁹⁹

99 SSTS de la Sala de lo Social de 23 de mayo de 2013 (Rec. 2178/2012), de 2 de marzo de 2016 (Rec. 2501/2014) y de 8 de marzo de 2016 (Rec. 1892/2014). Se declara que “No hay en el precepto del EBEP remisión alguna a la legislación laboral y no cabe entender que la regulación sobre la prescripción de las faltas resulta incompleta. El legislador opta por un sencillo esquema de fijación de un plazo y determinación del momento inicial del mismo. Hemos de concluir, por tanto, con la inaplicabilidad del art. 60.2 ET a los empleados públicos, de suerte que carece de toda fundamentación legal la pretensión de trasponer a ese tipo de relaciones laborales el plazo de 60 días desde el conocimiento de la comisión de las faltas...”.

PONENCIA GENERAL TERCERA
LA RELACIÓN LABORAL INDEFINIDA NO FIJA
EN LA ADMINISTRACIÓN: HACIA LA “ESTABILIZACIÓN”
DE UNA FIGURA DE CREACIÓN JURISPRUDENCIAL

MARÍA LUISA PÉREZ GUERRERO¹

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva ORCID: 0000-0002-2596-7707

1. Introducción
2. Las exigencias del derecho comunitario en relación con los límites al abuso de la temporalidad en los contratos laborales
3. Evolución de la jurisprudencia del TS en relación con el reconocimiento de la condición de “indefinido no fijo” en la Administración Pública
4. Los límites para el acceso a la estabilidad del trabajador indefinido no fijo: principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público y su necesaria interpretación conforme a la Directiva 1999/70
 - 4.1. Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y su reconocimiento legal
 - 4.2. La reforma del EBEP a través de la Ley 20/2021: garantías de la aplicación de los principios constitucionales al acceso del personal laboral y estabilización de los trabajadores temporales
5. Cuestiones conflictivas pendientes de resolver
 - 5.1. La imposibilidad de la Administración de declarar la condición de indefinidos a los trabajadores cuyos contratos merecerían la calificación de “indefinidos no fijos” conforme a la jurisprudencia que hemos analizado
 - 5.2. Las causas de acceso a la condición de Indefinido no fijo: singularidad y heterogeneidad
 - 5.3. La negativa a aceptar la figura del indefinido no fijo en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo
 - 5.4. La ejecución de las sentencias del orden contencioso-administrativo sobre la nulidad de los actos administrativos de contratación laboral. Una difícil conjunción de dos ordenamientos jurídicos
 - 5.5. El reconocimiento de los derechos laborales de los indefinidos no fijos
 - 5.5.1. Derecho a la promoción profesional y a la “funcionarización” *versus* “congelación de condiciones de trabajo” y reconocimiento de otros derechos laborales
 - 5.5.2. Especialidades en el caso del despido disciplinario ex artículo 96.2 EBEP; otro supuesto de discriminación, en principio, justificado
 - 5.6. La extensión de la doctrina del contrato indefinido no fijo a otras entidades de naturaleza o participación pública
6. Conclusiones

¹ Grupo de Investigación SEJ-322, este estudio es un resultado científico de los proyectos de investigación: “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: desigualdad, precariedad y exclusión social”, RT12018-098794-B-C31; y “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social”, US-1264479.

1. INTRODUCCIÓN

El problema causado por el abuso de la contratación laboral de carácter temporal en el ámbito de la Administración Pública no es algo nuevo; desde hace décadas, numerosos informes han venido alertando de la necesidad de controlar el excesivo volumen de contratos laborales de carácter temporal en las Administraciones Públicas, previendo esta situación que actualmente vivimos². Especialmente, en los últimos años ha sido evidente el incremento de estas contrataciones en el sector público en detrimento de los funcionarios, con especial incidencia en el ámbito local y autonómico³, por razones de diversa índole, pero, sobre todo, económicas⁴. Los límites a la oferta pública de empleo y las tasas de reposición, impuestos a las Administraciones durante los últimos años⁵, unido a algunas actuaciones del legislador⁶ y a la falta de planificación de las propias Administraciones, han determinado que las mismas hayan recurrido con más asiduidad de la debida a la contratación, por la vía laboral y temporal, de los efectivos necesarios para poder hacer frente a las necesidades de personal; obviando, en muchos casos, los límites impuestos por la legislación laboral a la contratación temporal. También la jurisprudencia ha contribuido a una interpretación cada vez más restrictiva de las causas de temporalidad, en lógica concordancia con los dictados de nuestro ordenamiento y del derecho comunitario.

Como sabemos, esta utilización “irregular” por parte de las Administraciones Públicas de la contratación laboral de duración determinada, es sancionada por nuestro ordenamiento con

2 Vid. el Informe del Consejo Económico y Social, sobre “La temporalidad en el empleo en el sector público”, de 2004, que se puede consultar en la página web del CES: <http://www.ces.es/-/informe-3-2004-sobre-la-temporalidad-en-el-empleo-en-el-sector-pubhco?inheritRedirect=true> (revisado en octubre de 2021); el Informe de Defensor del Pueblo (2013) denominado “Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público”, que puede consultarse en la página web del Defensor del pueblo <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/funcionarios-interinos-y-personal-eventual-la-provisionalidad-y-temporalidad-en-el-empleo-publico-2003/> (revisado en octubre de 2021); repitiendo la advertencia sobre lo problemático de la situación, en particular, por la concesión por las Administraciones públicas de Comisiones de servicios a los funcionarios, en el informe anual de 2015 https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/04/II_17_Funcion_y_empleo_publicos.pdf (revisado en octubre de 2021); vid. también el Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 de abril de 2005, p. 48.

3 En la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, se pone de manifiesto que “la evolución del empleo en el sector público en España viene marcada por el aumento de la tasa de temporalidad, que ha llegado al extremo de que casi un treinta por ciento de los empleados públicos en España tienen o han tenido un vínculo profesional temporal con la Administración Pública”.

4 Vid. Rodríguez Escanciano, S., “La jurisprudencia reciente sobre el trabajador indefinido no fijo de plantilla”, *Trabajo y Derecho*, 47/2018, p. 1 (versión digital).

5 Vid. Sánchez Morón, M., *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Aranzadi, 2020; Fernández Ramos, S., “El acceso al empleo público: igualdad e integridad”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 46/2017, p. 13.

6 Como la suspensión de la aplicación del apartado 5 del artículo 15 ET, iniciada por el RDL 10/2011, de 26 de agosto, y mantenida hasta 31 de diciembre de 2012 por la Ley 3/2012. Vid. en este sentido Arufe Varela, A., “Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las administraciones públicas: una anomalía jurisprudencial y legal”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 40/2015, p. 105. También en relación con el efecto de las diferentes leyes de presupuestos y las limitaciones en las ofertas de empleo público en el incremento de las interinidades y contrataciones temporales, Serrano Pascual, A., “Las ofertas de empleo público y la precariedad de la función pública: la Directiva 1999/70/CE, frente a las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado”, *Cuadernos de Derecho Local*, 42/2016, pp. 277 y ss.

la conversión de la relación laboral de naturaleza temporal en indefinida ex artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante), extensible también a las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados por mandato de la disposición adicional decimoquinta del mismo texto legal⁷. Sin embargo, lo que para la empresa privada es una sanción, es decir la conversión en indefinido del contrato del trabajador y la necesidad de que, ante la declaración del despido improcedente, haya de ser readmitido en su puesto de trabajo o indemnizado; es más bien un “premio” para la Administración Pública, pues el posible gasto indemnizatorio no supone a los dirigentes de la administración castigo alguno, ya que no se obtiene de su patrimonio empresarial, y, por otro lado, permite al trabajador un acceso más rápidamente a la condición de indefinido en la Administración, sin haber pasado, en ocasiones, por un proceso de selección que cumpla los principios de igualdad, mérito y capacidad. De ahí que esta práctica ilegal se haya visto incrementada en el ámbito de lo público en los últimos años y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS, en adelante) se haya resistido a reconocer la condición de fijo de plantilla a este tipo de trabajadores. Pero tampoco podemos obviar la sanción prevista en la norma laboral, por cuanto, de ser así, estaríamos permitiendo, e incluso amparando, la irregularidad en la contratación por parte del empleador público.

Y no es la del artículo 15 ET la única sanción que aplica la jurisprudencia para la conversión del contrato temporal en indefinido; a esta regla se unen las comprendidas en otros preceptos como los artículos 43 y 44, en supuestos de cesión ilegal o sucesión de empresas que, como veremos, han contribuido a aumentar aún más el número de contratos indefinidos de naturaleza laboral en la Administración. Por tanto, la figura del indefinido no fijo (INF, en adelante), creada por la propia jurisprudencia para conciliar los requerimientos del ordenamiento laboral y los límites que el derecho administrativo impone al ingreso a la Administración Pública, mediante el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, tal y como lo ha definido la propia jurisprudencia, encarna la situación de un trabajador cuyo contrato difiere del temporal en que tiene carácter indefinido, como su propio nombre indica; si bien, a diferencia del trabajador fijo de plantilla, que ha accedido al empleo a través de los procedimientos reglamentarios respetando los citados principios, no tiene reconocida esa condición por faltar precisamente este presupuesto. Algunos autores han apuntado que la diferencia está realmente en el grado de estabilidad⁸, especialidad que se justifica precisamente por no haber superado un proceso selectivo que garantice los principios de igualdad, mérito y capacidad, y que obliga a la Administración a convocar la plaza cubierta o a amortizarla; pues podemos comprobar que la jurisprudencia ha ido reconociendo poco a poco la igualdad en derechos y condiciones laborales de estos trabajadores y los denominados fijos de plantilla.

Se trata, como decimos, de una figura de creación jurisprudencial, que no cuenta con una regulación legal, por lo que ha sido precisamente la jurisprudencia, con la colaboración, a veces, muy pocas veces, del legislador, la encargada de ir edificando el conjunto de derechos de que gozan estos trabajadores y el régimen jurídico que ha de aplicárseles. Debido a esto, la figura

7 Esta disposición adicional ha sido derogada en sus apartados primero y segundo, referidos al desaparecido contrato de obra y servicio determinado, por el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. La derogación de los apartados 1 y 2 de esta disposición adicional entra en vigor el 30 de marzo de 2022. Vid. BOE de 30 de diciembre de 2022.

8 Vid. Gorelli Hernández, J., “Extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo: el difícil equilibrio entre intereses laborales y de derecho público”, *Trabajo y Derecho*, n° 10/2015, p. 4 (versión digital).

cuenta con una gran inseguridad jurídica, tanto para los trabajadores que ven reconocidos sus derechos “a golpe de litigios”, como para las Administraciones y entes públicos, que no saben con certeza qué régimen jurídico deben aplicarles.

Hay quienes consideran como principal responsable de esta situación al legislador⁹, precisamente por su inactividad, por lo que las soluciones que se reclaman pasan por la regulación de límites al uso inadecuado de la contratación temporal y el fortalecimiento de responsabilidades para las autoridades administrativas incumplidoras, acordes a la gravedad de este tipo de conductas¹⁰. Además de procedimientos de estabilización de dicha figura, lo que representa una opción más conflictiva, como veremos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) también ha representado, y sigue representando, un papel central en la deriva y avances, en materia de igualdad con los trabajadores fijos, de la figura de los indefinidos no fijos. A fuerza de interpretar la Directiva 1999/70/CE, de trabajo de duración determinado, sus sentencias han provocado un fuerte impacto en la jurisprudencia de nuestros tribunales y en el legislador, que han ido buscando la manera de interpretar la legislación interna conforme a los postulados comunitarios.

Particularmente impactante es la Sentencia del TJUE de 11 de febrero de 2021 que, en supuesto muy similar del derecho griego, afirma que las autoridades de los Estados Miembros están sujetas a la obligación de garantizar el pleno efecto de las disposiciones del Derecho de la Unión, porque así se deduce del artículo 288 del Tratado Fundacional de la UE (TFUE, en adelante); y que la interpretación del derecho interno de los Estados Miembros, en relación con los límites a la utilización abusiva de la contratación temporal, debe hacerse conforme a la Directiva, incluso cuando existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha conversión del trabajador temporal en indefinido en el sector público. Esta sentencia deja abierto el debate acerca de si se puede “obviar”, para este caso, el mandato constitucional de respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, en aras de aplicar correctamente el derecho comunitario. En línea con el principio de primacía del derecho comunitario y la obligación de los órganos jurisdiccionales de “garantizar la plena eficacia del derecho de la Unión, dejando inaplicadas de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior”, sin necesidad de esperar a su derogación por el legislador o “mediante cualquier otro procedimiento constitucional”¹¹. Evidentemente, como expondremos más tarde, supondría la aplicación de la norma laboral, con el objetivo de declarar el carácter indefinido de la relación de esta naturaleza,

9 Vid. López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., *El personal “indefinido no fijo”*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 11 y 41. También Gorelli Hernández, J., “La extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo...”, op. cit., para quien la cambiante jurisprudencia sobre esta figura se justifica por la inexistencia de una regulación adecuada.

10 Vid. Roqueta Buj, R., “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 442/2020, p. 59; López Balaguer y Ramos Moragues, op. cit. p. 14 y Álvarez Del Cubillo, A., “El impacto de la jurisprudencia del TJUE en el ordenamiento español en materia de contratación temporal: cuestiones no resueltas”, en el libro colectivo (Molina Navarrete, C., coord.), *Impacto sobre la Legislación Laboral Española de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, 2019, p. 60.

11 Vid. STJUE de 22 de junio de 2010, *Asuntos Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10; y 5 de octubre de 2010, *Asunto Elchinov*, C-73/09.

sin matices; sin que, en ningún caso, pudiera implicar la conversión del contrato laboral en una relación de naturaleza funcionarial.

2. LAS EXIGENCIAS DEL DERECHO COMUNITARIO EN RELACIÓN CON LOS LÍMITES AL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD EN LOS CONTRATOS LABORALES: PRINCIPIOS APLICABLES A LA INTERPRETACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS

El Derecho Comunitario ofrece un destacado conjunto de normas destinadas a evitar el abuso en la temporalidad de los contratos laborales. La norma de referencia es la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999. En el texto de la norma se incluyen límites a la temporalidad en las relaciones laborales, que los Estados Miembros deben implementar. Como ha aclarado el propio Tribunal europeo, no pretende el Acuerdo Marco regular la contratación temporal sino establecer pautas, principios y límites, para conseguir su utilización correcta en el mercado de trabajo¹².

Esta norma ha sido interpretada por el TJUE para definir tanto su alcance como el significado de sus conceptos jurídicos básicos. Además, como nos ha indicado el alto tribunal, es de aplicación tanto al empleo público como al privado; es decir, “a las relaciones de duración determinada y a los contratos celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público”¹³.

Las cláusulas del Acuerdo Marco aplicables al supuesto que nos ocupa han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia en numerosas sentencias que resuelven cuestiones que debemos considerar en el planteamiento de la relación jurídica de los INF.

La primera cuestión que aborda el TJUE es que el Acuerdo Marco (puntos 6 y 8 del preámbulo) parte de la base de que la estabilidad en el empleo se concibe “como un componente primordial de la protección de los trabajadores”, de forma que los contratos de duración determinada deben responder a necesidades excepcionales, permitiéndose sólo en ciertas circunstancias¹⁴. Este criterio de excepcionalidad del contrato de naturaleza temporal es compartido por nuestro ordenamiento jurídico, si bien, los datos reales demuestran que el abuso de la temporalidad es un problema estructural de nuestro mercado de trabajo.

La segunda cuestión es el deber de los Estados de actuar para establecer límites al abuso de la temporalidad, garantizando así la aplicación de la Directiva, pero con un amplio margen de actuación. Así, el TJUE, interpretando la cláusula 5 del Acuerdo marco, aclara dos cuestiones básicas:

12 Vid. Cruz Villalón, J., “El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la Unión Europea”, en *Documentación Laboral*, 113/ 2018, p. 2.

13 Vid. por todas, STJUE de 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, C-177/10, apartado 55; con toda la jurisprudencia allí citada.

14 Vid. STJUE de 14 de septiembre de 2016, *Pérez López*, C-16/15, apartado 27 y STJUE de 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, apartado 54.

La primera es que esta Directiva no impone a los Estados Miembros la transformación de los contratos de duración determinada en indefinidos, sino que tan sólo exige “la adopción efectiva y vinculante” de medidas que permitan “prevenir” abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada¹⁵; de forma que la solución adoptada por la Directiva no es la obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada abusivos, sino que deja a los Estados miembros la facultad de determinar “en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido” y “en qué condiciones se considerarán “sucesivos”¹⁶. Por tanto, concluye el TJUE en múltiples sentencias “que el Acuerdo marco no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos de duración determinada”¹⁷; Lo único que exige es que los Estados adopten medidas destinadas a “evitar la utilización abusiva de dichos contratos”.

La segunda cuestión se centra en el contenido de dicha regulación, es decir, de las medidas adoptadas. En primer lugar, el Acuerdo Marco ofrece una serie de opciones que los Estados podrán tomar como referencia para evitar esa utilización abusiva de la contratación temporal. Así, la cláusula 5ª del mismo, establece que “a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, los Estados Miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán, de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- Razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales”.

Las tres opciones son posibles, si bien, no descarta el Acuerdo la posibilidad de introducir cualesquiera otras que permitan prevenir los abusos en la temporalidad. La única condición que han de cumplir estas medidas, como nos recuerda el Tribunal de Luxemburgo es que sean “proporcionadas” y “lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco”¹⁸. Y en función de este criterio, analizará

15 De nuevo, STJUE de 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, apartado 55.

16 Vid. SSTJUE de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, C-212/04, apartado 81; de 21 de noviembre de 2018, *De Diego Porras II*, C-619/17, apartado 79, de 22 de enero de 2020, *Baldonado Martín*, C-177/18, apartado 71, de 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, apartado 57 y de 11 de febrero de 2021, *M.V. y otros*, asunto C-760/18, apartado 58.

17 Vid. SSTJUE de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, C-212/04, apartado 91; de 7 de septiembre de 2006, *Marrosu y Sardino*, C-53/04, apartado 47; de 23 de abril de 2009, *Angelidaki y otros*, C-378/07 a C-380/07, apartados 145 y 183, y de 3 de julio de 2014, *Fiamingo y otros*, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, apartado 65; de 14 de septiembre de 2016, *Martínez Andrés y Castrejana López* (C-184/15 y C-197/15), apartado 39; y el auto de 11 de diciembre de 2014, *León Medialdea*, C-86/14, apartado 47.

18 Vid. SSTJUE de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, C-212/04, apartado 94; y de 7 de septiembre de 2006, *Cristiano Marrosu y otros*, C-53/04, apartado 51.

los resultados conseguidos por las medidas adoptadas por cada Estado. Es lo que se ha venido a denominar “principio de efectividad”¹⁹.

Cuestión relacionada con la anterior, que el TJUE ha resuelto, es la interpretación del concepto de “razones objetivas”, recogido en la primera de las medidas que contempla la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. En la Sentencia de 19 de marzo de 2020, *Asunto Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*, el TJUE aclara que este concepto se refiere a “las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar, en ese contexto particular, la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada”; que pueden tener su origen tanto en la naturaleza de las tareas para la que se celebran los contratos o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro. Lo que no cumple con los requisitos exigidos por el Acuerdo Marco, nos dice el TJUE, es una disposición que autorice de forma general y abstracta la utilización sucesiva de los contratos de duración determinada²⁰. Pero la sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, en principio, sí es una razón objetiva según el TJUE, por lo que será preciso que se compruebe si la renovación sucesiva de contratos de duración determinada lo es realmente para atender a necesidades provisionales y no para cubrir necesidades permanentes y estables del empleador²¹, labor que corresponde a los tribunales nacionales.

La tercera cuestión que resuelve el Tribunal y que interesa a nuestro estudio, es la relativa al concepto de “trabajador con contrato de duración determinada” que aparece recogido en la cláusula 3, punto 1, del Acuerdo Marco. Aclara el Tribunal, en su Sentencia de 19 de marzo de 2020²², que éste no distingue si el empleador es público o privado, por lo que entenderíamos incluidos en la doctrina emanada del mismo a los funcionarios interinos, recogidos en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público²³ (EBEP, en adelante).

La cuarta cuestión que el TJUE aclara es la que tiene que ver con el concepto de “sucesivos contratos de trabajo de duración determinada”, que aparece recogido en la cláusula quinta, punto segundo, del Acuerdo Marco, cuando establece que “los Estados Miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones de duración determinada se considerarán sucesivos”. El TJUE, primero en su Sentencia de 19 de marzo de 2020²⁴ y después en la de 11 de febrero de 2021²⁵, aclara la cuestión atendiendo a la potestad de los Estados Miembros o los interlocutores sociales, conforme al apartado 2 a) de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán sucesivos; ahora bien, matiza su respuesta aclarando que la facultad de apreciación conferida a los Estados no es ilimitada, debiendo garantizar, como hemos dicho anteriormente, el resultado exigido por el Derecho de la Unión. De este modo, no podemos excluir de este concepto las prórrogas sucesivas de un mismo contrato, porque ello supondría comprometer el objeto y finalidad, así como el efecto útil

19 Vid. Cruz Villalón, J., “El encadenamiento de contratos temporales ...”, op. cit. p. 21.

20 Recuerda el TJUE la sentencia de 14 de septiembre de 2016, *Pérez López*, C-16/15, apartado 39.

21 Vid. STJUE de 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*, C-103/18 y C-429/18, apartado 77.

22 *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*, C-103/18 y C-429/18.

23 Aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. BOE de 31 de octubre.

24 Asuntos acumulados *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*, C-103/18 y C-429/18.

25 Asunto *M. K y otros*, C-760/18.

del Acuerdo Marco (apartado 44). Por tanto, concluye el Tribunal que la realización de prórrogas sucesivas de un contrato temporal supone una modificación de la fecha de finalización del contrato de trabajo de duración determinada que, a su vez, constituye un cambio esencial del contrato. Así, esta modificación del contrato, prorrogando la fecha de finalización del mismo, puede asimilarse a “la celebración de una nueva relación laboral” (apartado 49).

En conclusión, cuando nos situamos en el ámbito del sector público, dice el Tribunal que la cláusula 5a del Acuerdo Marco no permite excluir del concepto de “sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada” una situación en la que un empleado público haya ocupado una plaza vacante, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y haya “desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo, al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo”²⁶.

Otro aspecto importante para nuestro estudio es la interpretación que haya de hacerse del derecho interno por los Tribunales nacionales; en este sentido, hemos de destacar dos cuestiones básicas:

– Es necesario recordar la reiterada jurisprudencia del TJUE en relación a que no corresponde a éste interpretar el derecho interno, recalcando que esta tarea incumbe tan sólo a los tribunales nacionales, quienes deberán determinar “si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo Marco”²⁷. Por tanto, “incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que estas constituyan una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”²⁸.

– También es claro el Tribunal cuando afirma que, si no fuera posible la interpretación de la normativa nacional conforme a las exigencias del derecho comunitario, “los órganos jurisdiccionales nacionales y los órganos de la Administración están obligados a aplicar íntegramente el Derecho de la Unión y tutelar los derechos que éste concede a los particulares, y a abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición contraria del Derecho interno”²⁹.

Recientemente, la Sentencia del TJUE de 11 de febrero de 2021 (MV y otros, Asunto C-760/18, también se ha referido a la necesidad de interpretar el derecho interno conforme a los requerimientos del derecho comunitario, en general, y del Acuerdo Marco en particular. Afirma el Tribunal, en esta sentencia, que la cláusula quinta del Acuerdo Marco debe interpretarse en el

²⁶ Vid. de nuevo STJUE de 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*, C-103/18 y C-429/18.

²⁷ Vid. entre otras, Sentencias el TJUE de 14 de septiembre de 2016, *Martínez Andrés y Castrejana López*, C-184/15 y C-197/15, apartado 42 y 21 de noviembre de 2018, C-619/17, *De Diego Porras II*, apartado 89.

²⁸ De nuevo, STJUE de 21 de noviembre de 2018, *De Diego Porras II*, apartado 90.

²⁹ STJUE de 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, C-177/10, apartado 53, de 25 de noviembre de 2010, *Günter FuP*, C-429/09, apartado 40 y de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, entre otras.

sentido de que la utilización abusiva de la contratación temporal debe ser sancionada, de forma que el órgano jurisdiccional nacional debe realizar una interpretación y aplicación del derecho interno “que permita sancionar debidamente este abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión”. Y aclara el TJUE, que esto debe hacerse “aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha conversión en el sector público”. Lo cual resulta especialmente trascendental en el caso que nos ocupa.

Para finalizar, por lo que se refiere a la aplicación de la Directiva 1999/70/CE al sector público, además de lo que hemos avanzado ya sobre su aplicación a todos los trabajadores, independientemente de que nos encontremos en el ámbito privado o público, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema resolviendo, además, cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles.

De este modo, podemos comenzar reiterando que la aplicación de la Directiva, y del Acuerdo Marco, por ende, al empleo público es innegable³⁰, ya que la Directiva no hace distinción alguna ni excluye a los trabajadores del sector público³¹. Más relacionado con la opción de nuestra jurisprudencia de permitir, en el ámbito del sector público, la transformación del contrato de duración determinada en indefinido, pero no de adquirir “fijeza” en la Administración, dice el TJUE que “para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada”³². Aunque también considera el TJUE, en relación con la diferencia de medidas que se pueden adoptar en el ámbito privado y en el público, que “la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público”³³. En relación, precisamente, con la doctrina de los INF elaborada por nuestros tribunales. Lo que sí debe existir, indica el TJUE, es alguna medida, como hemos indicado anteriormente, que sea realmente efectiva y evite el uso abusivo de la contratación temporal en el ámbito del sector público. Sobre estas premisas debe el legislador español elaborar la norma de derecho interno para garantizar la aplicación de la Directiva y, por tanto, del Acuerdo Marco.

30 STJUE de 8 de septiembre de 2001, C-177/10, *Asunto Rosado Santana*, 7 de septiembre de 2006, C-180/2004, *Asunto Andrea Vassallo* y 19 de marzo de 2020, C-103/18 y C-429/18, *Asuntos Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*.

31 Razón por la cual nuestro legislador incluyó en el ET la disposición adicional décimo quinta sobre la aplicación del artículo 15.5 ET en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio, eso sí, de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”.

32 Vid. STJUE de 30 de septiembre de 2020, *Asunto JS contra Cámara Municipal de Gondomar*, C-135/20; STJUE de 4 de julio de 2006, *Asunto Adeneler y otros*, C-212/04, ap. 105; de 7 de septiembre de 2006, *Asunto Marrosu y Sardino*, C-53/04, ap. 49 y de 7 de septiembre de 2006, *Asunto Andrea Vasallo*, C-180/04, ap. 34; y de 23 de abril de 2009, *Asunto Angelidaki y otros*, C-378/07 a C-380/07; apartados 161 y 184.

33 Sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016, *Asuntos Martínez Andrés y Castrejana López*, C-184/15 y 197/15, ap. 48; de 7 de septiembre de 2006, *Asunto Marrosu y Sardino*, C-53/04, ap. 48 y de 7 de septiembre de 2006, *Asunto Andrea Vasallo*, C-180/04, ap. 33.

3. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE INDEFINIDO NO FIJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como sabemos por los múltiples estudios que se han realizado sobre la materia³⁴, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su Sala de lo Social³⁵, responsable de la creación de la figura del “indefinido no fijo”, no ha sido uniforme a la hora de considerar su verdadera naturaleza, así como los derechos y condiciones de la figura. De este modo, en el proceso de conformación de la misma se encuentra la Sentencia del TS de 7 de octubre de 1996³⁶, considerada la primera en crearla, ante un supuesto de nulidad de un despido en el ámbito de la Administración Pública³⁷, tras superar, por tanto, el propio Tribunal los anteriores pronunciamientos en contra de reconocer el carácter indefinido de estos contratos³⁸. La sentencia impugnada consideraba que lo establecido en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores no resultaba aplicable al ámbito de las Administraciones Públicas; es decir, la readmisión del trabajador y el abono de los salarios dejados de percibir en el período de tramitación de la reclamación de despido. Sin embargo, el TS recuerda en esta Sentencia la jurisprudencia emanada de las Sentencias de 24 de enero y 19 de julio de 1994, en unificación de doctrina, según la cual “los preceptos sobre los efectos legales del despido improcedente se aplican en su integridad a los despidos acordados por las Administraciones Públicas, sin que los principios de mérito y capacidad establecidos en el artículo 103.3 CE sean obstáculo para la imposición a la Administración empleadora de deberes de indemnización o readmisión”.

Matiza, por tanto, el alto tribunal su doctrina anterior en lo que se refiere a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración Pública; reformulándola para, rechazando la calificación de estos trabajadores como “fijos de plantilla” por considerarlo contrario a los principios constitucionales de mérito y capacidad, afirmar que su relación contractual sí ha de ser considerada como una relación de carácter indefinido³⁹. De ahí la denominación de “indefinidos no fijos”⁴⁰.

34 Por todos, vid. los estudios monográficos de Beltrán De Heredia Ruiz, I., *Indefinidos no fijos: una figura en la encrucijada*, Bomarzo, 2021; López Balaguer Y Ramos Moragues, *El personal “indefinido no fijo”*, Tirant lo Blanch, 2020; Cavas Martínez, E., *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Laborum, 2018.

35 Pues, como veremos más adelante, la jurisprudencia emanada de la Sala de lo contencioso-administrativo niega la figura y prefiere adoptar pronunciamientos diferentes en el ámbito de la función pública.

36 Recurso 3307/1995.

37 Doctrina reitera en las Sentencias de 10 y 30 de diciembre de 1996 (rcud. 1989/1995 y 637/1996, respectivamente).

38 Vid. en relación con la evolución anterior a 1996 de la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la situación de estos trabajadores, Beltrán De Heredia Ruiz, I., *Indefinidos no fijos...* pp. 17 y 18; también Gorelli Hernández, J., “La extinción del contrato.”, op. cit. p. 5.

39 Así se expresa el TS en su fundamento jurídico segundo: “la contratación laboral en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido”.

40 Denominación calificada de “confusa”, por ejemplo, por Gorelli Hernández, J., “La extinción del contrato...”, op. cit. p. 2, versión digital, para quien el EBEP incluye tres categorías diferentes de trabajadores al servicio de las Administraciones, en función de la duración del contrato, siendo el indefinido no fijo un “tertium genus” entre los fijos y los temporales, aunque sin que se haya establecido un régimen jurídico propio”. Otros autores han sido más duros en la calificación de esta figura, denominándola “engendro” o figura de “naturaleza monstruosa”, hasta el punto de considerar que el legislador acabaría asumiéndola “legalizando el fraude de ley”; vid. Arufé Varela, A., “Los trabajadores indefinidos no fijos.”, op. cit. p. 86.

Con posterioridad a esta Sentencia, el TS ha ido construyendo el marco jurídico aplicable a estos trabajadores considerados “indefinidos no fijos” (INF, en adelante), aclarando diferentes cuestiones relacionadas con su naturaleza jurídica, sus derechos y su extinción.

Así, la primera etapa, tras su reconocimiento, se caracteriza por la concreción de la naturaleza jurídica de esta figura. Debemos destacar las Sentencias de 20 y 21 de enero de 1998⁴¹, en las que el Tribunal Supremo, además de recordar la evolución de la doctrina sobre esta figura⁴², reconoce la dificultad de llegar a una solución del problema, pues se trata de conjugar normas de dos ordenamientos, el laboral y el administrativo, “que han de ser objeto de una interpretación integradora, en ocasiones difícil”. De forma que, mientras el ordenamiento laboral persigue la estabilidad en el empleo frente a la imposición de una temporalidad injustificada, el ordenamiento administrativo ha de velar por un interés público, que implica la necesidad de consagrar procedimientos de selección objetivos, que garanticen la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público, sobre la base de principios de mérito y capacidad. Es lo que algún autor ha denominado “solución de equilibrio”⁴³.

En relación con la naturaleza jurídica de los INF, aclara el TS la diferencia entre el carácter indefinido y la fijeza de plantilla, afirmando que, en este caso, el contrato no puede considerarse sujeto a término ya que se trata, como su propio nombre indica, de un contrato de carácter indefinido. Ahora bien, también reconoce que no es posible que el trabajador consolide el puesto de trabajo sin superar procedimientos de selección, debiendo poder optar a adquirir la condición de fijo de plantilla por los cauces reglamentarios habituales; siendo, por tanto, la cobertura reglamentaria de la plaza, “una causa lícita de extinción”.

Es importante considerar que ambas sentencias de 1998 tienen sendos votos particulares, a los que se adhieren varios magistrados, cuestionando la nueva doctrina y considerando la inviabilidad de la diferenciación entre el indefinido y el fijo de plantilla, ya que, como puede observarse en la legislación vigente, el legislador los ha considerado términos equivalentes. La existencia de votos particulares, tanto en estas como en posteriores sentencias, denotan la dificultad y, en cierto modo, inestabilidad con la que se fue elaborando la citada doctrina.

Con posterioridad a estos pronunciamientos del TS, reiterados en varias sentencias posteriores, el Tribunal aclara el procedimiento legal para llevar a cabo el cese de los INF, cuando la plaza desempeñada por este ha sido cubierta en proceso selectivo convocado por la Administración

41 Recursos de casación para la unificación de doctrina 317/1997 y 315/1997 respectivamente, teniendo la Sentencia de 21 de enero un voto particular formulado por seis magistrados.

42 El TS recuerda que una primera línea doctrinal negó la condición de indefinidos a estos contratos por contravenir los principios de publicidad y mérito (STS 27 de noviembre de 1989); aclarando posteriormente que se trata de una “interinidad de hecho”, puesto que, debido a la contratación irregular, el puesto de trabajo no se ha cubierto reglamentariamente, permitiendo, por tanto, al trabajador ocupar el desempeño de la plaza hasta que pueda cubrirse de forma definitiva (SSTS de 7 de febrero, 24 de abril y 18 de julio de 1990). En 1991, el TS consideró que la vulneración de la normativa de contratación laboral por parte de las Administraciones Públicas podría determinar la adquisición de fijeza para los trabajadores afectados (STS de 18 de marzo de 1991); posición que fue matizada por la STS de 7 de octubre de 1996, que ya conocemos. Vid. en relación con esta evolución Beltrán De Heredia, I., *Indefinidos no fijos...*, op. cit. pp. 17 y 18.

43 Vid. Desdentado Bonete, A., “Los Indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?”, en *Revista de Información Laboral*, 10/2018, p. 3 (versión digital).

empleadora y adjudicada a uno de los aspirantes aprobados; y, en su caso, la indemnización que deban percibir estos trabajadores, tras la extinción de sus contratos por procedimientos reglamentarios. Así, en la Sentencia de 27 de mayo de 2002⁴⁴, el alto tribunal acepta como causa del cese la cobertura definitiva de la plaza mediante el procedimiento reglamentario de selección, pero se inclina por negar el derecho a indemnización, equiparando a estos trabajadores con los interinos por vacante, sobre la base de que “ambos contratos responden a la misma causa y necesidad”⁴⁵. Llama la atención, además, la denominación de la figura como “indefinido temporal” o “temporalmente indefinidos” para distinguirla del trabajador “fijo”⁴⁶. Es lo que la mayoría de la doctrina calificó de “interinidad de hecho”⁴⁷. Interesa también la reflexión de la Sala sobre la nulidad parcial del contrato realizado en fraude de ley por una Administración Pública, ex artículo 9 ET; de forma que, a través de la Sentencia que declara el carácter INF del contrato, la supuesta temporalidad del contrato, contraria a lo establecido en el artículo 15 ET queda anulada y es sustituida dicha cláusula del contrato por otra contenida en la Sentencia de 1996, es decir, por una referida a “la extinción del contrato por ocupación de la plaza por procedimiento reglamentario”⁴⁸.

Esta Sentencia también recoge un voto particular que pone en cuestión el razonamiento del Tribunal⁴⁹, al equiparar a los interinos por vacante esta figura, y apunta como causa de extinción, en este caso, la recogida en el artículo 49.1 l) del ET, es decir, “por causas objetivas” y no la causa “válidamente consignada en contrato”, como apuntaba el TS en su Sentencia, debiendo, por tanto, ser indemnizados por fin de su contrato⁵⁰. Ya que lo contrario supondría colocar a estos trabajadores en una posición de desventaja respecto de aquellos que cesan en la

44 Recurso 2591/2001.

45 Doctrina reiterada en STS de 26 de junio de 2003 (rcud. 4183/2002).

46 Vid. fundamento jurídico décimo segundo: “... aunque la condición de temporal de un trabajador cada vez se va a aproximando más a la del no temporal, y se les van reconociendo los mismos derechos laborales, cuando esta Sala introdujo la figura del temporalmente indefinido salvaba de las limitaciones y cortapisas propias de los trabajadores temporales a quienes no lo eran porque se negaba la eficacia a la cláusula de su temporalidad; pero hubiera incurrido en ofensa a los Principios constitucionales de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad, tan reiterados a lo largo de esta Sentencia, si hubiera incurrido proclamado una absoluta identidad jurídica entre el fijo y el indefinido temporal”.

47 Vid. Beltrán De Heredia Ruiz, I., “¿Qué es un indefinido no fijo? A propósito de la STS de 28 de marzo de 2017”, *Revista de Derecho Vlex*, 155/2017, p.3 (versión digital), citando la terminología empleada por la STS de 7 de febrero de 1990.

48 Aclara el TS, que la ocupación definitiva de la plaza por un procedimiento reglamentario, hace surgir una causa de extinción del contrato que ha de subsumirse necesariamente en las recogidas en el apartado b) del artículo 49.1 ET; y ello “porque desde que una Sentencia judicial firme aplica a un contrato de trabajo la doctrina de esta Sala contenida en la mencionada Sentencia de 20 de enero de 1996, está cumpliendo lo previsto e el art. 9 ET, a saber declara la nulidad parcial del contrato aparentemente temporal y, en concreto y por contraria al art. 15 ET, se pronuncia la ineficacia legal de la cláusula de temporalidad no acomodada a dicho precepto; y sustituye dicha cláusula por otra de extinción del contrato expresamente establecida en nuestra meritada Sentencia, a saber la ocupación de la plaza por procedimiento reglamentario, que cumpla los preceptos legales y los principios constitucionales”.

49 No cuestiona el voto particular la figura del indefinido no fijo, casualmente, sino que la justifica sobre la base de que mientras que la distinción entre contratos por tiempo determinado e indefinidos viene determinada en la ley, la distinción entre trabajadores fijos y no fijos, procede de normas sectoriales y tiene un perfil mucho más difuso. De modo que, por ejemplo, el trabajador “fijo de obra” en la construcción, es un trabajador vinculado por contratos temporal.

50 Argumento que también fue apoyado por parte de la doctrina. Vid. por ejemplo, Gorelli Hernández, J., “La extinción del contrato de trabajo...”, op. cit. p. 7 (versión digital).

Administración “por expiración del tiempo convenido o realización de obra o servicio objeto del contrato”, que sí tendrían derecho a una indemnización. Así mismo, fueron muchas las opiniones doctrinales que se unieron a las críticas a esta doctrina del TS⁵¹.

Sin duda, es importante el citado voto particular pues, el Tribunal Supremo acabará adoptando dicho criterio, en lo que se refiere a la indemnización, tras la Sentencia de 14 de octubre de 2013⁵², aunque seguirá manteniendo que no es preciso acudir a los procedimientos de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores. La Sentencia de 14 de octubre de 2013 plantea de nuevo la necesidad de reconsiderar la doctrina sostenida por el alto tribunal hasta la fecha, pues, si bien, admite que la posibilidad de amortizar las plazas ocupadas por los INF es una opción de la Administración, es posible hacerlo sin acudir a los procedimientos previstos en los artículos 51 y 52 del ET para el despido objetivo individual o colectivo. Se apoya el TS en la Sentencia de 22 de julio de 2013⁵³ en la que se mantenía esta doctrina, en un claro paralelismo con los contratos de interinidad por vacante, si la plaza ocupada no era cubierta sino amortizada; y ello, por cuanto, afirma el TS que son “contratos sometidos a condición resolutoria”, argumento que, como veremos será pronto desechado por el propio Tribunal para reconocer que se trata de contratos más bien sujetos a término. Esta afirmación también conlleva consecuencias en relación con el reconocimiento, negativa en este caso, del derecho a ser indemnizados conforme a estos preceptos. Niega, por tanto, el TS que deban ser indemnizados conforme a lo previsto en el artículo 52 ET, pero, en cambio sí reconoce el derecho a percibir la indemnización prevista en el artículo 49.1 c) ET⁵⁴, de doce días de salario por cada año de servicio. De este modo, razona el TS, que, dado que el contrato del INF no se extingue por la cobertura de la plaza a través del procedimiento reglamentario, considerada la causa natural de extinción de este tipo de contratos⁵⁵, sino que lo hace por una causa diferente, cual es la amortización de la plaza; es preciso aplicar la indemnización prevista en el artículo 49 para los contratos temporales, para evitar un trato desigual injustificado, separando así el régimen jurídico de los INF del reconocido a los interinos por vacante.

No tardó mucho el TS en dar un giro y modificar esta doctrina, amparándose en el cambio legislativo provocado por la reforma laboral de 2012 (Ley 3/2012) y la introducción de la disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores, sobre aplicación del despido por causas

51 Vid. por todos, López Balaguer y Ramos Moragues, op. cit. p. 22;

52 Recurso 68/2013.

53 Recurso de casación en unificación de doctrina 1380/2012.

54 Conforme al fundamento quinto de la Sentencia de 14 de octubre de 2013, el artículo 49.1 c) ET, vigente entonces tras la redacción dada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, disponía que “a la finalización del contrato, excepto en los casos de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación”.

55 Hasta el punto en que el TS ha llegado a negar la extinción del contrato de interinidad en el caso en que el proceso de selección termine por dejar desierta la plaza. Vid. STS de 21 de enero de 2013 (rcud. 301/2012), en la que el TS aclara que es “despido improcedente el cese acordado tras la conclusión del proceso de promoción profesional en el que se declaró desierta la plaza vacante, quedando pendiente de realizar el posterior proceso de cobertura externa previsto en el convenio colectivo”. En este sentido se pronuncian las SSTSJ Madrid de 9 de enero de 2014 (rec. 164/2013), 24 de febrero de 2014 (rec. 1396/2013) y 2 de febrero de 2015 (rec. 885/2014); en este último caso, considerando despido improcedente el cese ante la ausencia de toma de posesión y firma del correspondiente contrato por parte de quien había superado el correspondiente proceso selectivo, por equipararse al supuesto de plaza desierta.

económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público. Así, la STS de 24 de junio de 2014⁵⁶, rectifica la doctrina anterior afirmando la aplicación del procedimiento previsto en los artículos 51 y 52 c) ET, en los supuestos de amortización de la plaza vacante, ocupada por un trabajador INF. Y aclara, además, el Tribunal, como hemos avanzado, que el contrato de los INF es un contrato indefinido pero sujeto a término, no a condición resolutoria, como se venía afirmando hasta entonces por el propio Tribunal.

Es precisamente el último párrafo de esta disposición adicional vigésima del ET el que, según el alto tribunal, al dar prioridad de permanencia, en los procedimientos de despidos colectivos, al personal fijo, evidencia que dicha disposición ha de aplicarse, también, al personal indefinido no fijo y al interino por vacante⁵⁷. Computando, por tanto, las extinciones de los contratos de estos últimos, a efectos de determinar la aplicación del artículo 51 ET en el sector público. Así, dice el TS que “nos encontramos ante un contrato temporal de duración determinada, pero en el que consta que el término pactado llegará cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convoque para cubrirla”⁵⁸. En consecuencia, la amortización de la plaza supondría una extinción “ante tempus” que implica un perjuicio para el trabajador que ve truncadas sus expectativas de empleo; razón por la cual, procede que dicho daño sea indemnizado y la indemnización correspondiente ha de ser la prevista para los procedimientos de extinción del 51 y 52 del ET, ya que el art. 51 ET sólo excluye del cómputo para la determinación de la existencia de despido colectivo a los contratos temporales que finalicen por “expiración del tiempo convenido”, no a aquellos que finalicen antes de que llegue su término.

Tampoco esta solución fue muy satisfactoria a los ojos de la doctrina iuslaboralista, ya que vuelve a acercar la figura del indefinido no fijo a la de la interinidad por vacante, con la consiguiente confusión que eso plantea⁵⁹.

En sentencias posteriores el Tribunal Supremo se acerca más a una interpretación de la verdadera naturaleza “temporal” de los INF, ya que están sometidos a una causa de terminación que es conocida, aunque no se tiene certeza de cuándo sucederá. Así se expresan, por ejemplo, las STS de 6 de octubre de 2015⁶⁰ y de 4 de febrero de 2016⁶¹, partiendo de la base, de nuevo, de

56 Recurso de casación 217/2013.

57 No faltaron quienes consideraron cuestionable esta conclusión del Tribunal Supremo, pues se mantenían contrarios a que el legislador tuviera dicha pretensión al regular la citada disposición adicional. En este sentido, Boltaina Bosch, X., “Trabajo. Amortización de puesto. Extinción de contratos. Indemnizaciones. Fin del debate jurídico: el procedimiento correcto de extinción de los contratos de los trabajadores indefinidos no fijos por amortización de puesto”, *La Administración práctica*, 11/2014, p. 12 (versión digital).

58 STS de 24 de junio de 2014, fundamento jurídico segundo, punto 3.

59 Vid. Gorelli Hernández, J., “La extinción del contrato del trabajador”, op. cit. p. 10. También critica la construcción del contrato sujeto a término Beltrán De Heredia, I., *Indefinidos no fijos*, op. cit. p. 57.

60 Recurso de casación para la unificación de doctrina 2592/2014; en cuyo fundamento jurídico tercero se indica lo siguiente: “Los contratos del personal indefinido no fijo, se dice en esa sentencia y otras muchas posteriores que la han seguido, tienen naturaleza temporal y están sujetos a una duración determinada - hasta la cobertura reglamentaria de la vacante- de manera que se conoce la posible causa de terminación del mismo, aunque no el momento en que tal circunstancia ocurrirá. Por ello, si esa terminación se produce por una circunstancia distinta a la cobertura de la vacante como es la amortización de la plaza, estaremos en presencia de una terminación irregular, salvo que se lleve a cabo por los cauces de extinción de la relación de trabajo de conformidad con la referida Disposición Adicional vigésima ET y por las causas previstas en el párrafo segundo, cuando se trata de Administraciones Públicas en sentido estricto, como era allí el caso”.

61 Recurso de casación para la unificación de doctrina 2638/2015.

la existencia de una obligación por parte de la Administración de convocar la plaza para cubrirla por los procedimientos reglamentarios, lo cual no siempre ha sucedido⁶².

Sin embargo, el alto tribunal no mantuvo mucho tiempo esta interpretación, ya que la STS de 28 de marzo de 2017 da un nuevo giro⁶³ a esta extensa doctrina, negando la naturaleza temporal de los contratos INF y centrándose en la indemnización que habrán de percibir los trabajadores INF ante la extinción de su contrato, cualquiera que sea la causa; esto es, incluso cuando la cobertura de la misma se produce por los cauces reglamentarios y es ocupada por una persona distinta de la que tenía la condición de INF. Lo que el Tribunal denomina “nuevo criterio cuantitativo”⁶⁴. En primer lugar, comienza su razonamiento el TS indicando que, a pesar de que la figura del INF es una creación jurisprudencial, aparece recogida en el EBEP de 2015, en sus artículos 8 y 11, al hacer referencia al “personal laboral fijo, por tiempo indefinido o temporal”⁶⁵. Afirmando, entonces, que “la figura jurídica del contrato indefinido no fijo es diferente del contrato temporal y del fijo” (fundamento jurídico tercero, 4). Utilizando, de nuevo, una expresión poco clara, afirma que el INF no es un contrato temporal, en línea con la doctrina de 2014, si bien, tampoco es fijo; pero lo cierto es que el EBEP tampoco se refiere a los trabajadores no fijos, sino a los “fijos”, a los temporales y a los indefinidos. Coincidimos, por tanto, con quienes afirman que aceptar la figura del INF como una figura legal “y no como una mera patología”, llevaría a hacer peligrar todo el conjunto de garantías de acceso a la Administración Pública⁶⁶. Es decir, una cosa es aceptar una figura porque existe de hecho, como consecuencia de una solución propuesta por el TS al problema de la “fijeza” en la Administración Pública; y otra muy distinta es aceptar que está incluida en la norma.

El segundo aspecto en el que se centra el Tribunal Supremo es en la extinción del contrato y sus consecuencias. En esta línea, razona el Tribunal que el EBEP, pese a reconocer la figura del INF, no la regula ni establece sus elementos esenciales, como el régimen extintivo. Y, por esta misma razón, se ve obligada la Sala a aclarar que la indemnización correspondiente a la extinción de este tipo de contratos es la que establece el artículo 53.1 b) ET, es decir, 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades, la correspondiente a la extinción por

62 Vid. en este sentido Beltrán De Heredia, I., “¿Qué es un indefinido no fijo.?” , op. cit. p. 4 (versión digital) y Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no fijos.”, op. cit. p. 7 (versión digital)

63 Vid. López Balaguer y Ramos Moragues, op. cit. p. 35 y 46.

64 Hemos de considerar que el contexto en el que se dicta esta sentencia es enormemente confuso desde el punto de vista de la aplicación del derecho comunitario, pues ya se conocía la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14), conocida como Sentencia *De Diego Porras I*. Si bien, ante las dudas suscitadas por la doctrina que en ella se contenía, el TS había decidido plantear una nueva cuestión prejudicial mediante Auto de 25 de octubre de 2017 que, como sabemos, dio lugar a la posterior STJUE de 21 de noviembre de 2018 (C- 619/17), conocida como *De Diego Porras II*. Mientras tanto, algunos Tribunales ya habían iniciado el reconocimiento de indemnizaciones para los supuestos de extinción de los contratos de interinidad por cobertura de la plaza por procedimientos reglamentarios, en su mayoría equiparables a la del despido objetivo.

65 Posteriormente, el propio Tribunal reconocería que lo que el legislador pretendía realmente con esta inclusión es referirse a los profesores de religión, que sí tenían reconocido un régimen peculiar en cuanto a su nombramiento. Vid. en este sentido STS de 2 de abril de 2018 (rec.27/2017), fundamento jurídico tercero. En contra de esta idea de reconocer la figura en los preceptos del EBEP se manifiesta Boltaina Bosch, X., “Trabajo. Amortización de puesto.”, op. cit., p. 2, versión digital.

66 Vid. en este sentido, Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no fijos.”, op. cit. p. 9 (versión digital), para quien se trata realmente de un contrato “indefinido sui generis”.

causas objetivas. Pues, según el alto tribunal, la indemnización prevista para la finalización de los contratos temporales resultaría insuficiente para resarcir al trabajador tras la comisión de un fraude por parte de la Administración Pública⁶⁷, además de que, como ya hemos dicho, el TS considera la figura del INF diferente del contrato temporal. No llega, por tanto, el TS a identificar la extinción del INF por cobertura de vacante con una causa objetiva de las descritas en el ET, pero sí a asimilarla a las que “el legislador considera circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato” (fundamento jurídico tercero, punto 4)⁶⁸. Razonomiento éste que fue criticado por gran parte de la doctrina por su falta de claridad⁶⁹.

Tampoco quedó esta posición del alto tribunal exenta de críticas⁷⁰, fundamentalmente, porque, en el momento de dictarse esta Sentencia, ya había sido publicada la Sentencia del TJUE en el asunto “de Diego Porras”⁷¹, planteando numerosas dudas sobre la indemnización debida a los trabajadores interinos. De este modo, la STS de 2 de abril de 2018⁷², volvió a dar un nuevo giro a la doctrina del alto Tribunal sobre los indefinidos no fijos para introducir un nuevo pronunciamiento sobre el contenido del contrato INF, aproximando su régimen jurídico un poco más al de los trabajadores fijos de plantilla. Esta Sentencia viene a seguir más bien la línea que inició la Sentencia del TS de 21 de julio de 2016, en la que se reconocía a los INF el derecho a la promoción profesional. Así, con el objetivo de resolver el litigio sobre el derecho de promoción de estos trabajadores, el TS, en su Sentencia de 2 de abril de 2018 repasa la evolución de la doctrina sobre el INF, separando claramente su régimen jurídico del de los interinos por vacante. En lo que se refiere a la vinculación con el puesto de trabajo, que es la clave para aceptar o no un derecho de promoción de estos trabajadores, a diferencia de lo que venía ocurriendo con el contrato de interinidad por vacante, en el indefinido no fijo, el Tribunal no ve una vinculación necesariamente con el puesto de trabajo; debiendo jugar un papel relevante “la causa o motivo por la que el vínculo laboral deba considerarse como indefinido no fijo”. De este modo, reconoce por ejemplo el TS que el cambio de destino del INF mantiene la naturaleza del contrato sin que

67 A favor de esta opción se habían pronunciado anteriormente algunos autores, como Sala Franco, T., “Acercas de los contratos indefinidos no fijos de plantilla en las Administraciones Públicas”, en el libro colectivo *Jurisprudencia Social a debate*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 188, para quien “resultaría sorprendente en este sentido que se legalice que el acceso al empleo público puede realizarse tanto regular como irregularmente y que una misma relación laboral pueda participar a la vez de dos regímenes jurídicos distintos, esto es, del propio de los trabajadores fijos, en lo que respecta a derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social y del de los trabajadores temporales en materia de extinción contractual”. También se habían inclinado por la opción de la extinción por la vía del despido por causas objetivas y su indemnización correspondiente, Goerlich Peset, J.M. Y Vega López, J., “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla”, *Relaciones Laborales*, 1/1998, p. 579.

68 Algunos autores anotan que este tipo de causas se acercan más a la fuerza mayor “entendida como *factum principis*”, vid. Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no fijos.”, op. cit. p. 11.

69 Vid. Rodríguez Escanciano, S., “La jurisprudencia reciente ...”, op. cit. p. 10; y Beltrán De Heredia, I., “Indefinidos no fijos: naturaleza, ...”, op. cit. p. 182;

70 No compartía el parecer del Tribunal Beltrán De Heredia, I., “¿Qué es un indefinido no fijo.?””, op. cit. p. 5, planteando los principales inconvenientes de sostener la naturaleza diferenciada entre los indefinidos no fijos y los interinos por vacante, al entender, además, que el Tribunal Supremo, con esta afirmación pretende mantenerse al margen de la doctrina “de Diego Porras” del TJUE. También es crítica con el mismo, por alejarse de la doctrina del TJUE, Marín Alonso, I., “El trabajador indefinido no fijo y las condiciones de trabajo en régimen de interinidad. Abuso de la contratación temporal en las Administraciones Públicas”, *Revista Trabajo y Derecho*, 30/2017, pp. 16 y ss.

71 STJUE de 14 de septiembre 2016, C-596/14.

72 Recurso de Casación 27/2017.

por ello se convierta en fijo de pleno Derecho. Es importante esta afirmación por cuanto, hasta el momento, el TS no había sido tan claro al acercar el contrato de INF a su necesaria terminación por la vía de la cobertura reglamentaria de la plaza o su amortización; pero también al desvincular al INF de la plaza o puesto de trabajo que ocupa, alejando esta figura de la interinidad por vacante y acercándola a la del trabajador fijo.

Consideramos también muy importante la afirmación del Tribunal en su fundamento jurídico tercero, por la que recalca la obligación de la Administración de proveer la plaza ocupada a través de un contrato indefinido no fijo, o bien proceder a su amortización. Apoyándose en la jurisprudencia recogida desde la STS de 30 de mayo de 2007⁷³, el alto tribunal recuerda que el organismo público “no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo”. Cuestión importante, ya que el contrato INF viene impuesto a la Administración por una sentencia judicial, no por su voluntad⁷⁴, normalmente, por lo que habrá de proceder a proveer la plaza y cubrirla por los procedimientos establecidos legalmente, o a amortizarla; lo que dependerá de si el puesto de trabajo para el que el INF fue contratado tiene carácter estructural, es decir, responde a necesidades no temporales sino estructurales, o si, por el contrario, la prestación respondía a una necesidad temporal⁷⁵.

El TS pone, así, una fecha de fin (incierta, eso sí) a este tipo de contratos, impidiendo que, la dejación de la propia Administración, acabe consolidando la fijeza del trabajador indefinido no fijo. Argumentos que algunos autores consideraron suficientes para justificar la tesis contraria de vinculación del INF a la plaza o puesto de trabajo que ocupa⁷⁶; es decir, la obligación de la Administración de dotar la plaza, si es que no lo hubiera hecho, y cubrirla por los procedimientos reglamentarios, o amortizarla y la consideración de estas dos posibilidades como única causa de extinción del contrato INF.

Sin embargo, la fundamentación que el TS utiliza para reconocer la igualdad de derechos de los INF a la hora de acceder a los concursos de promoción profesional, se relaciona con las previsiones de la Directiva 1999/70, que garantiza la no discriminación entre trabajadores de duración determinada y los fijos comparables⁷⁷.

73 Recurso 5315/2005.

74 Así lo estableció la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, conforme a la cual: “los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial”. Tampoco cabe, por tanto, el acta de la Inspección de Trabajo, que sancione el fraude, vid. en este sentido Rodríguez Escanciano, S., “La jurisprudencia reciente sobre el trabajador ...”, op. cit. p. 5 (versión digital).

75 Vid. de nuevo Rodríguez Escanciano, S., “La jurisprudencia reciente.”, op. cit. p. 6.

76 Vid. Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no fijos.”, op. cit. p. 16 y López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., *El personal indefinido no fijo...* “; op. cit. p. 60.

77 Comparte esta extrañeza por el argumento empleado por el TS Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no fijos.”, op. cit. p. 12. Curiosamente, el mismo argumento es utilizado por el TJUE en su Sentencia de 25 de julio de 2018 (Asunto *Vernaza Ayovi*) para admitir una diferencia de trato entre los laborales fijos y los INF, en relación con la aplicación de la previsión del artículo 96.2 EBEP sobre la obligación de readmisión del personal laboral fijo en caso de ser declarado improcedente su despido”.

Según el TS, si la Directiva reconoce este derecho a los trabajadores temporales, con más razón habrá que aplicar la misma regla de equiparación de derechos “en todo aquello que sea posible”. Invoca también la doctrina constitucional, basada en el artículo 14 CE, para reconocer el principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales y fijos. Lo que no significa, en ningún caso, que considere a los INF trabajadores temporales, sino que el hecho de que sus contratos se vean transformados en indefinidos no fijos, no puede afectar a las garantías de que gozaban como trabajadores temporales⁷⁸. Ahora bien, salvaguarda el TS los principios de acceso a la Administración Pública cuando, a pesar de reconocer este derecho de promoción a los INF, afirma que la promoción interna no puede convertirse en un modo de eliminar la sujeción del vínculo laboral a término; y la obligación, como hemos dicho anteriormente, del empleador público de proceder a la amortización o convocatoria de la plaza.

Esta Sentencia también tiene un voto particular formulado por un magistrado, al que se adhieren otros tres, que se mantiene contrario a que se produzca una asimilación entre los trabajadores indefinidos no fijos y los trabajadores fijos, como lo hace el propio Tribunal en la sentencia referida, para reconocerle un derecho de promoción que “desnaturalizaría” la propia figura contractual; permitiendo que “unos trabajadores con contrato sujeto a término, ligado a la amortización o a la cobertura legal de la plaza que ocupan”, pasen “a ocupar una plaza estable y consolidada mediante un sistema de promoción interna”⁷⁹.

Lo cierto es que la situación en la que se encontraban los INF hasta este momento era de una enorme inseguridad jurídica⁸⁰, ya que los cambios en la doctrina del Tribunal Supremo dejaban sin resolver algunas de las cuestiones planteadas en sentencias anteriores. Por ello, la saga de sentencias del TS tratando de aclarar el régimen jurídico aplicable a esta figura, no terminó con este último pronunciamiento del Tribunal, aunque permitió consolidar una línea de reconocimiento de derechos cada vez más cercana a los trabajadores fijos.

Es posible mencionar que varias sentencias posteriores a la de abril de 2018 confirmaron la doctrina del alto tribunal, reconociendo, no sólo el derecho a excedencia voluntaria⁸¹, que había sido tantas veces denegado, sino también, por ejemplo, la figura del INF de naturaleza discontinua, si procedía de un contrato de estas características⁸². En definitiva, un aspecto sí es claro en la evolución jurisprudencial que hemos expuesto; que la extinción del contrato INF al cubrirse la vacante ocupada por el trabajador por los procedimientos reglamentarios, genera un derecho del trabajador a ser indemnizado con 20 días por año de servicios, con un máximo de

78 Vid. Beltrán De Heredia, I. *Indefinidos no fijos. Una figura...*, op. cit. p. 53; que, además, señala que según el TJUE los indefinidos no fijos se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del acuerdo marco, en referencia al Auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-86/14, *Huétor Vega*).

79 Este argumento también es apoyado por Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no fijos.”, op. cit. p. 17, quien considera peligroso sostener el argumento de la sentencia en relación con la vinculación entre el puesto de trabajo ocupado por el INF y el contrato del trabajador. Pues la vinculación a la plaza, para este autor, es precisamente el instrumento con el que se garantiza que el trabajador afectado no acceda a un empleo público estable de forma irregular; pues “paradójicamente el indefinido no fijo habrá accedido al nuevo puesto a través de un procedimiento regular de provisión, aunque sin una convocatoria externa que permita participar a los que están fuera”.

80 Vid. Beltrán De Heredia, I. *Indefinidos no fijos...*, op. cit. p. 55.

81 Vid. en este sentido STS de 2 de marzo de 2021 (rec. 617/2019).

82 Vid. SSTS de 16 de febrero de 2021 (rcud. 337/2019), 2 de julio de 2021 (rcud. 73/2020) y 8 de julio de 2021 (rcud. 1619/2020).

12 mensualidades; doctrina emanada de reiteradas sentencias como la STS de 28 de marzo de 2015, de 9 de mayo de 2017 y 12 de mayo de 2020⁸³.

En la actualidad, tras la STJUE de 11 de febrero de 2021⁸⁴, se abre un nuevo debate acerca de la necesidad de aplicar los requerimientos del Acuerdo Marco y de interpretar el derecho interno, por parte de los órganos jurisdiccionales, de conformidad a los mismos; incluso, como indica el Tribunal, cuando existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto la conversión en contratos indefinidos en el sector público. El TJUE se pronuncia ante una cuestión prejudicial de un órgano jurisdiccional griego, pero lo cierto es que el supuesto de hecho planteado se basa en un precepto constitucional similar al que nuestra constitución contiene en su artículo 103. Prohíbe la conversión de los contratos de duración determinada del personal del sector público en contratos por tiempo indefinido; exigiendo que la contratación de empleados en la función pública y en el sector público en sentido amplio, se efectúe “mediante oposición o mediante selección con arreglo a criterios predefinidos y objetivos”. En definitiva, un precepto similar al que viene aplicando la jurisprudencia, si bien, nuestra legislación, según el TS, no impide la conversión en contratos indefinidos, sino en contratos fijos de plantilla. Con este pronunciamiento del TJUE es posible que se vuelva a iniciar el planteamiento de cuestiones prejudiciales que permitan a los tribunales ordinarios aclarar si deben interpretar los postulados del ordenamiento laboral sobre la sanción aplicable al abuso en la contratación temporal, es decir, la conversión en indefinidos de los contratos laborales fraudulentos, en el ámbito público, conforme requiere la Directiva, incluso cuando supongan contravenir lo que aparece en nuestra norma fundamental.

Pero veamos detenidamente cómo se configura el límite constitucional del cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad, aplicado, hasta el momento, por nuestros tribunales, a la conversión en fijos de plantilla de los contratos de duración determinada fraudulentos realizados por los entes públicos.

4. LOS LÍMITES PARA EL ACCESO A LA ESTABILIDAD DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO Y SU NECESARIA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA DIRECTIVA 1999/70

Uno de los grandes problemas que plantea el análisis de la figura de los INF es precisamente la conjunción entre los ordenamientos laboral y administrativo, pues, como hemos podido observar, la aplicación del derecho laboral al ámbito de la contratación de personas en el sector público en general y en las Administraciones Públicas en particular, si bien está reconocido en el Estatuto Básico del Empleado Público, no parece poder realizarse con toda su plenitud sin generar problemas, dados los límites que impone el derecho administrativo para acceder al empleo público. A este problema se une la falta de un marco normativo claro que pueda guiar a las Administraciones en la organización de los procedimientos de selección de personal adecuados al marco constitucional⁸⁵.

83 Rcd. 1664/2015, 180/2017 y 2745/2018, respectivamente.

84 *Asunto M. V. y otros*, C- 760/18.

85 Vid. Fernández Ramos, S., “Acceso al empleo público.”, op. cit. p. 7; para quien la aprobación en 2007 del EBEP supuso un importante avance respecto a la parquedad de normas de la Ley 30/1984, aunque, tras más de una década de vigencia, se puede comprobar que resulta insuficiente “para restaurar

Pero, dejando al margen el debate acerca de la necesidad y la conveniencia o no de acudir a procedimientos de contratación de personal laboral, de duración determinada, en las Administraciones o entes públicos⁸⁶, puesto que EBEP los ha incluido en su articulado, admitiendo al personal laboral dentro del concepto de “empleados públicos”; nos centraremos en los criterios y principios que rigen dichos procedimientos.

4.1. Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y su reconocimiento legal

En primer lugar, hemos de partir de la enunciación en nuestra Constitución de ciertos principios que han de guiar el acceso al empleo público. Así, nuestra norma fundamental garantiza a todos los ciudadanos, por un lado, el acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE). Y, por otro, remite a la ley la regulación del acceso a la función pública, que deberá respetar los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE). De estos preceptos constitucionales se obtiene que la norma que ha de regular el acceso al empleo público es la ley, debiendo garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad. Sin embargo, no han faltado voces que sugieren una reformulación o interpretación, llegado el caso, de dichos principios, que permita adaptar a las necesidades reales de cobertura de puestos en la Administración, así como la posibilidad de dar una respuesta rápida a las mismas. Es obvio que dichas necesidades de urgencia en la contratación han de ser también atendidas, por lo que será preciso acudir a mecanismos de nombramiento de funcionarios interinos o a contrataciones de personal laboral en régimen temporal⁸⁷; pero no deben mantenerse más del tiempo estrictamente necesario, porque, de lo contrario, y como ha ocurrido en la práctica, estas situaciones devienen fraudulentas, dando lugar a la figura que la jurisprudencia ha denominado “indefinido no fijo de plantilla”. Figura que, como hemos podido comprobar, no ha estado exenta de polémica desde el punto de vista de la doctrina administrativista y laboralista⁸⁸. El Tribunal Constitucional ha ido elaborando una doctrina en relación con el contenido de los artículos 23.2 y 103.3 CE, de forma que, partiendo de la base de que el artículo 23.2 CE es un derecho de configuración legal; es competencia del legislador establecer las condiciones de acceso a la función pública con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE), “correspondiendo a éste la decisión sobre los distintos requisitos y condiciones para el acceso a la función pública que han de reunir los candidatos”⁸⁹.

En cumplimiento de dicha reserva de ley, la norma encargada de regular el régimen jurídico de los empleados públicos es, como sabemos, el EBEP, en cuyo artículo 55 se recogen los principios de acceso al empleo, indicando que “todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al

el principio de igualdad de oportunidades y garantizar la integridad de los procesos selectivos”. Como ejemplo, destaca la imprecisión del EBEP en su artículo 37.1 c) y 2 e), cuando establece las materias que pueden o no ser negociadas con los sindicatos en relación con los procesos de acceso al empleo público.

⁸⁶ Vid. en extenso, sobre la laboralización del personal del sector público, Fernández Delpuech, L., *Una*

reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público, Ed. BOE, 2015, pp. 255 a 312.

⁸⁷ Vid. Fernández Ramos, S., “Acceso al empleo público.”, op. cit. p. 12.

⁸⁸ Muy críticos con esta figura han sido, por ejemplo, Fernández Ramos, S., “Acceso al empleo público.”, op. cit. p. 13; Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no fijos.”, op. cit. p. 1; Arufe Varela, A., “Los trabajadores indefinidos.”, op. cit. p. 87.

⁸⁹ Por todas, vid. SSTC 130/2009, de 1 de junio, fj. 3; 38/2007, de 15 de febrero, fj. 9 y 30/2008, de 25 de febrero, fj. 6.

empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad”. Además, establece que “las Administraciones Públicas, entidades y organismos del sector público (ex art. 2º) deberán seleccionar a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados”. Es, por tanto, un precepto que habrá de aplicarse tanto al personal funcionario, como al laboral, reproduciendo los mandatos constitucionales, en especial, el principio de igualdad en el acceso a la función pública, con el objetivo de impedir una actuación arbitraria de la Administración en el acceso al empleo público⁹⁰. También se aplica este precepto, conforme a lo establecido en la disposición adicional primera del EBEP, “a las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2º del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”, ampliando, en gran medida el ámbito de actuación de los citados principios.

A estos principios debemos unir otros recogidos en el mismo precepto, como los de publicidad; transparencia; imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección; adecuación, entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

Además, el artículo 61 del mismo texto legal, regula los requisitos de acceso a la función pública y establece las pautas de los procedimientos de acceso a la misma. Así, los procesos selectivos habrán de tener “carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia”; es decir, según este precepto, son contrarios a la norma los procedimientos “cerrados” que impidan el acceso de los “aspirantes libres”⁹¹. Por tanto, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y como regla general, sería contraria a la norma fundamental un proceso de selección que reservase un número de plazas a quienes las vinieran ocupando en régimen de interinidad y reunieran la condición de haber ocupado dichas plazas durante un determinado período de tiempo⁹². En esta línea, la doctrina constitucional considera que el art. 23.2, en relación con el 103.3 CE, contiene un derecho a “la no restricción injustificada de las condiciones de acceso”, por lo que, sería contrario a los principios constitucionales “la integración automática de determinados grupos en la función pública”⁹³.

90 Vid. STC 30/2008, de 25 de febrero, y 48/1998, de 2 de marzo.

91 Vid. STC 38/2021, de 18 de febrero.

92 Es el supuesto de hecho planteado en la STC 38/2021, de 18 de febrero, en relación con el planteamiento por parte del Gobierno del País Vasco, de un “turno diferenciado de acceso”, es decir, un proceso de selección restringido, para quienes acreditasen un mínimo de 8 años de antigüedad ocupando una plaza, en régimen de interinidad, en la policía local. En este caso, el Tribunal Constitucional declaró la norma autonómica inconstitucional por excederse en el ámbito competencial, ya que la competencia corresponde con carácter exclusivo al Estado y el EBEP regula los procesos selectivos en la administración pública, exigiendo que éstos tengan carácter abierto y garanticen la libre concurrencia. No entra al fondo del asunto, pues se detiene en la falta de competencia, por lo que, coincidimos con quienes considera que pierde el TC la oportunidad de aclarar un poco más la constitucionalidad de estos procesos. Vid. en este sentido, Rojo Torrecilla, E., “País Vasco. Policía Local. Normativa autonómica sobre turno diferenciado de acceso que es declarada inconstitucional por el TC. Notas a propósito de la sentencia de 18 de febrero de 2021 (y sigue el debate sobre el cumplimiento o no, de la jurisprudencia del TJUE”, en el blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/03/pais-vasco-policia-local-normativa.html>

93 STC 302/1993, de 21 de octubre y 130/2009, de 1 de junio. Vid. también Fernández Ramos, S., “Acceso al empleo público...”, op. cit. p. 16.

Por lo que se refiere a “las pruebas restringidas” para el acceso a la función pública, el propio TC, en su Sentencia 126/2008, de 27 de octubre, reconoce que deben considerarse algunas excepciones a la regla general antes expuesta de la prohibición de este tipo de pruebas, si “la diferencia de trato establecida en la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros puede considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de desigualdad de trato” y se demuestre realmente “como un medio excepcional para resolver una situación también excepcional”, eso sí, “expresamente prevista en una norma con rango de Ley”⁹⁴. Por tanto, los requisitos exigidos por el TC se basan en:

- la existencia de una situación excepcional y transitoria;
 - que persiga un fin legítimo, consistente en atender las expectativas de acceso a la función pública;
 - y que la diferencia de trato sea razonable, proporcionada y no arbitraria.
- Así, este argumento se utilizó, por ejemplo, para justificar el acceso a la función pública en el momento de construcción del Estado autonómico y la consolidación de las Administraciones emergentes, que no estaban dotadas inicialmente de función pública propia⁹⁵.

El EBEP, por su parte, recogió esta posibilidad excepcional, regulando los “procesos de consolidación del empleo temporal” en la Administraciones Públicas, en su disposición transitoria cuarta⁹⁶, sobre los que el TC también tuvo ocasión de pronunciarse declarando su compatibilidad con el art. 23.2 CE⁹⁷. Salvaguardaba el EBEP, en la regulación de estos procesos de consolidación, los principios de igualdad, mérito y capacidad, en línea con lo venía exigiendo la doctrina constitucional, con una referencia al cumplimiento de los principios y garantías contenidas en el artículo 61, apartados 1 y 3. Sin embargo, abría la puerta, en su apartado cuarto, a la posibilidad de valorar, en la fase de concurso, el tiempo de servicios prestados a la Administración y la experiencia en el puesto de trabajo objeto de la convocatoria; lo que le valió la crítica de algún sector doctrinal⁹⁸.

Debemos concluir, por tanto, que el acceso a la función pública de quienes no tienen relación funcional alguna a través de procesos o sistemas que no sean de “libre acceso”, deberá tener carácter excepcional y requerir una justificación, en cuanto se trata de una excepción a la regla general.

94 Vid. STC 130/2009, de 1 de junio y STC 12/1999, de 11 de febrero, entre otras.

95 Así lo considera la STC 302/1993, de 1 de octubre.

96 La Disposición transitoria cuarta permitió a las Administraciones públicas efectuar convocatorias de consolidación de empleo o puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estuviesen dotados presupuestariamente y se encontrasen desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005. Sin embargo, la disposición incluyó las garantías contenidas en el artículo 61.1 y 3, así como las garantías de cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

97 El TC afirma que “la finalidad de consolidar el empleo público temporal no puede considerarse a priori constitucionalmente ilegítima, ya que pretende conseguir estabilidad en el empleo para quienes lleven un período más o menos prolongado de tiempo desempeñando satisfactoriamente las tareas encomendadas, ni, por tanto, lo será tampoco la previsión de valorar en la fase de concurso los servicios prestados como experiencia previa del personal afectado” (STC 107/2003, de 2 de junio, fj. 5)

98 Para Fernández Ramos, S., “Acceso al empleo público.”, op. cit. p. 17, este proceso es de dudosa constitucionalidad. Vid. también, destacando las “sombras” en la regulación de estos procesos y calificando la disposición transitoria cuarta como una auténtico “Caballo de Troya”, que puede ser “devastador” para la imagen de las pruebas selectivas a la administración por parte de la opinión pública”, Jiménez Asensio, R., “Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, en el libro colectivo (Del Rey Guanter, S., director), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, op. cit. p. 89.

Concretamente, en relación con el acceso de los funcionarios interinos, como regla general, el Tribunal Constitucional considera que “es contraria al art. 23.2 CE la convocatoria de pruebas restringidas para el acceso a la función pública del personal que presta ya servicios en régimen de interinidad a la Administración⁹⁹; si bien, admite una excepción a esta regla que puede ceder si se dan ciertos requisitos¹⁰⁰:

- que se trate de un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional;
- que se halle expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra la propia eficacia de la Administración Pública; y 3^a.- que se acuda a este tipo de procedimiento una sola vez.

No obstante, aclara el Tribunal Constitucional, que “el interés de un colectivo, como el que los contratados en régimen de interinidad representa, por legítimo, atendible y digno de consideración que resulte, no tiene por qué identificarse o coincidir con el general que la Administración está llamada a servir objetivamente (art. 103.1 CE)”. Por ello, si bien las “pruebas restringidas” han resultado finalmente admitidas por la doctrina constitucional, con carácter excepcional y si existe una norma con rango de ley que las ampara, lo cierto es que, en ningún caso, se admite por este Tribunal “la integración automática en la función pública de carrera del personal contratado por ministerio de la ley”¹⁰¹.

No obstante, debemos detenernos también en el ámbito de aplicación de la doctrina constitucional antes reseñada, pues, como hemos expuesto, el TC siempre se refiere al acceso a la “función pública”, no al empleo público en general, excluyendo, en alguna sentencia a los contratados laborales en la Administración. Esto ha llevado a algunos Tribunales ordinarios a interpretar, como veremos, que dichos límites no son aplicables al ámbito laboral, es decir, al acceso al empleo público laboral, sino sólo al régimen funcional¹⁰².

Y es cierto, y así lo asume el propio Tribunal Supremo dirimiendo esta cuestión, que el artículo 103 CE hace referencia tan sólo al “acceso a la función pública”; pero, añade, que el hecho de que la Constitución vincule los principios de mérito y capacidad al acceso a la función pública, no impide que una norma de rango legal, como el EBEP pueda exigir el respeto a los citados principios como requisito de acceso al empleo público distinto de la función pública¹⁰³. Que es precisamente lo que encontramos en la previsión de la D.A. 1^a del artículo 55.1 del EBEP y en el propio artículo 11 del mismo texto legal, recién reformado por la Ley 20/2021¹⁰⁴.

99 Cita el propio Tribunal Constitucional las Sentencias 27/1991, 60/1994 y 16/1998.

100 Vid. STC 130/2009, de 1 de junio.

101 STC 302/1993.

102 Vid. STSJ Madrid de 17 de febrero de 2021 (rec. 845/2020), en referencia a la STC 132/2005.

103 Vid. STS de 19 de octubre de 2021 (rcud. 2940/2020), fundamento tercero.

104 Conforme al artículo 1 de la citada Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, se añade un nuevo apartado 3 al artículo 11, que queda redactado de la siguiente manera: “3. Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia”. No dejando, por tanto, duda sobre la aplicación de los principios constitucionales a los procedimientos de contratación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y entes públicos incluidos en el artículo 2º del EBEP.

También han tenido ocasión nuestros tribunales de pronunciarse acerca de cómo han de acreditarse los principios de mérito y capacidad a través de los procedimientos reglamentarios de selección, en clara conexión con el principio de igualdad; indicando operan con rigor e intensidad diferente, según se exijan al inicio de la carrera, es decir, en el ingreso a la función pública, que en el desarrollo de la misma¹⁰⁵. El cumplimiento de estos principios exige que los procedimientos incluyan pruebas adecuadas, sin que se pueda entender cumplido el requisito, por ejemplo, con la realización de una entrevista personal¹⁰⁶. En cambio, la consideración como mérito de la antigüedad en el empleo o función no lesiona, por sí misma, el derecho de igualdad, pudiendo ser considerada, no como un criterio definitivo, pero sí como un mérito a valorar, a la hora de acceder al empleo público¹⁰⁷.

No es una novedad que, si bien hay determinados procesos de selección que se realizan respetando escrupulosamente los principios de publicidad y transparencia, otros procesos no lo son tanto¹⁰⁸. Pero, tampoco tenemos una idea clara de qué procedimientos respetan estos principios y cuales no, pues en la organización de los mismos se involucran cuestiones como la publicidad¹⁰⁹ y transparencia de las convocatorias; la determinación de las pruebas o exámenes, con una clara preferencia por el concurso-oposición, o sólo el concurso¹¹⁰; la determinación del valor de los propios méritos y su acreditación; o la conformación de los tribunales que habrán de juzgar la capacidad de los candidatos. Todas estas, cuestiones esenciales en los procesos de acceso al empleo público.

Es importante acudir a la jurisprudencia del TS para determinar en qué momentos se entiende cumplido el conjunto de principios expuestos. Así, por ejemplo, en las SSTS de 17 y 30 de septiembre de 2020¹¹¹, en relación con las UTEDLT de Andalucía, el alto Tribunal dijo que no cabe aceptar que un proceso de selección realizado con vistas a suscribir unos contratos de obra y

105 STC 192/1991, 365/1993, de 13 d diciembre y 30/2008, de 28 de febrero.

106 Vid. STS de 30 de septiembre de 2020 (rcud. 112/2018) en el caso de las UTEDLT de la Comunidad Autónoma Andaluza.

107 Vid. ATC 142/2008, de 9 de junio, fj. 3. En este sentido el TC aclara que lo que se prohíbe en los art. 23.2 y 103.3 CE es que la valoración de algún mérito, como la previa prestación de servicios a la Administración, llegue a convertirse en un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros (STC 67/1989, de 18 de abril, fj. 4; 185/1994, de 20 de junio, fj. 6 c); y 73/1998, de 31 de marzo, fj. 3 b). También la STC 107/2003, de 2 de junio, se refiere a la antigüedad como mérito en los procesos de consolidación, considerando que su valoración no puede estimarse “como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable con relación a esa finalidad de consolidación del empleo temporal y, aunque efectivamente establece una desigualdad, ésta viene impuesta en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública”.

108 El *Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (2005)*, p. 89, contemplaba ya esta problemática en los procesos de selección de las administraciones públicas: “hay que ser conscientes de que otros procesos de selección no reúnen esas características. Bien porque no se adoptan las garantías exigibles de igualdad entre los aspirantes o por otras causas que conducen a discriminaciones, interferencias clientelares y favoritismos de diverso tipo, que son percibidos de manera muy crítica por la sociedad”.

109 Como indica Fernández Ramos, S., “El acceso al empleo público.”, op. cit. p. 39, el propio Tribunal Constitucional ha señalado la importancia de la publicidad en las convocatorias, como medio para garantizar el principio de igualdad de oportunidades y satisfacer el interés público facilitando la mayor concurrencia de aspirantes. STC 85/1983, de 25 de octubre.

110 Una elección que, para Fernández Ramos, S., “El acceso al empleo público.”, op. cit. p. 27, favorece al personal con vínculo temporal, en detrimento de la oposición libre.

111 Sentencia de 17 de septiembre de 2020, (rec. 134/2018) y STS de 30 de septiembre de 2020, (rcud. 112/2018).

servicio determinados sea suficiente como para que los trabajadores así seleccionados adquieran la condición de fijos. Es sabido que la publicidad también es importante en el proceso de selección. Quizá la creación de portales únicos autonómicos de empleo público donde queden publicadas las ofertas locales y autonómicas, así como de otras entidades del sector público en general, sería una forma de solucionar este aspecto. Esto ayudaría a otorgar seguridad jurídica a las Administraciones y evitaría la dispersión de la publicidad que, en ocasiones, se limita a una simple publicación en la página web o tablón electrónico de las Administraciones o los entes públicos.

Por otro lado, se ha planteado la necesidad de reformular dichos principios, haciéndolos compatibles con la jurisprudencia del TJUE. La reciente sentencia del Tribunal Europeo de 11 de febrero de 2021¹¹², antes mencionada, se refiere a ello afirmando que la cláusula quinta del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que la utilización abusiva de la contratación temporal debe ser sancionada, de forma que el órgano jurisdiccional nacional debe realizar una interpretación y aplicación del derecho interno “que permita sancionar debidamente este abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión”. Y aclara el TJUE, que esto debe hacerse “aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha conversión en el sector público”. Como hemos avanzado ya, la falta de otras medidas disuasorias en nuestro ordenamiento, unido a la inexistencia de límites constitucionales para considerar el acceso a la condición de indefinidos, fijos de plantilla, de los trabajadores que se encuentren en situación de abuso de temporalidad en el ámbito de la administración, ha llevado a algunos Tribunales Superiores de Justicia a interpretar, al hilo de esta Sentencia del TJUE, nuestro ordenamiento interno en el sentido de que ningún obstáculo existe para poder considerar la condición de “indefinidos”¹¹³, sin más adjetivos, o incluso de “fijos”¹¹⁴, de estos trabajadores en el ámbito del sector público.

4.2. La reforma del EBEP a través de la Ley 20/2021: garantías de la aplicación de los principios constitucionales al acceso del personal laboral y estabilización de los trabajadores temporales

En cumplimiento de los mandatos del derecho comunitario¹¹⁵ y de la propia Comisión Europea¹¹⁶, el Gobierno elaboró el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público¹¹⁷; cuya intención, como su propio nombre indica era poner fin al uso abusivo de las contrataciones temporales en las Administraciones Públicas y entidades del sector público. En la actualidad, este Real Decreto-ley ha sido sustituido por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, tras su tramitación como Proyecto de Ley.

112 Asunto *MV y otros*, C- 760/18.

113 Vid. STSJ Cataluña, de 17 de noviembre de 2021 (rec. 3818/2021).

114 Vid. STSJ Madrid, de 17 de febrero de 2021 (rec. 845/2020).

115 La propia exposición de motivos del RDL hace referencia a la incidencia que la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo Marco tienen en el ordenamiento jurídico español y en la evolución de la jurisprudencia, destacando que “las autoridades españolas tienen que instaurar medidas efectivas que disuadan y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad”.

116 También la misma Exposición de Motivos pone de manifiesto que “la Comisión Europea, que, en su papel de vigilante de la correcta aplicación del derecho derivado, también ha reclamado medidas contundentes para corregir esta situación”.

117 BOE de 7 de julio.

Por lo que se refiere a la situación del personal laboral temporal en el ámbito del empleo público, la Ley 20/2021, con el objetivo de garantizar la aplicación de estos principios a los procesos de selección y acceso de los mismos, añade al artículo 11 del EBEP un nuevo apartado que reproduce la exigencia recogida en el mismo texto legal para los funcionarios. Así, tras la reforma, el texto normativo recoge el mandato de que “los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose, en todo caso, por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal, se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia”. La falta de referencia a estos principios en el artículo 11, antes de la reforma, parece más bien un olvido del legislador, que queda corregido en la nueva redacción; pues ya la jurisprudencia se ha encargado de aclarar que la selección de éste no debe ser una excepción a los principios constitucionales que rigen las funciones públicas¹¹⁸, y el artículo 61 EBEP así lo refiere. Pero lo que sí queda claro en la norma es la necesidad de que la utilización de contratos de duración determinada responda a “razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia”; dotando, por tanto, a estas contrataciones de naturaleza excepcional.

Además de introducir algunas reformas en los preceptos del EBEP relativos al acceso al empleo público del personal laboral y a las responsabilidades que podrán exigirse a las administraciones que cometan irregularidades en la contratación laboral temporal; el Real Decreto-ley, recurre en su artículo 2º a un “procedimiento de estabilización de empleo temporal”, como mecanismo para “regularizar” y eliminar el alto nivel de temporalidad.

Como hemos visto, existen precedentes en nuestro ordenamiento del recurso a estos procedimientos excepcionales para lograr la estabilidad del personal del sector público; de hecho, la norma se ampara en las Leyes 3/2017, de 27 de junio y 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017 y 2018, respectivamente, para autorizar un “tercer proceso de estabilización de empleo público”, que incluye “una tasa adicional para la estabilización del empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas, y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020”. No deja de ser una norma algo compleja de interpretar pues no aclara a qué trabajadores se aplicará, puesto que se refiere a “plazas”, no a contratos o personas.

En el caso de los indefinidos no fijos, ya hemos visto cómo puede que las plazas que ocupan no estén contempladas en las RPT, por el inmovilismo de las Administraciones o la falta de planificación, aunque eso no es problema, según la norma; el problema emerge cuando se refiere a la necesidad de que esas plazas estén dotadas presupuestariamente. El Tribunal Supremo ha dejado claro en su jurisprudencia más reciente, tras la Sentencia de abril de 2018, que el indefinido no fijo no tiene necesariamente una vinculación con el puesto de trabajo; siendo relevante en este aspecto la causa o motivo por la que el vínculo laboral fue declarado indefinido no fijo. Justificación que sirvió al Tribunal para el reconocimiento de determinados derechos como la promoción profesional o la excedencia voluntaria; de ahí que el concepto de “plaza dotada presupuestariamente”, como requisito para realizar la “estabilización del empleo temporal” plantee,

118 Vid. Fernández Ramos, S., “Acceso al empleo público...”, op. cit. p. 65.

a nuestro modo de ver, algunas dudas. El contrato sí tendrá dotación presupuestaria, obviamente, ya que la figura proviene de una declaración judicial, pero la plaza es bastante probable que no, sobre todo cuando, como hemos dicho, no existe vinculación del INF a una plaza. Otra cuestión es que la dotación presupuestaria, necesaria para que la Administración realice el gasto de pagar la nómina a estos trabajadores, sea suficiente para la norma.

Convendría haber aclarado este extremo en la norma porque, a pesar de que no cabe duda de que va dirigida a la estabilización de los funcionarios interinos¹¹⁹, el Acuerdo firmado con los sindicatos más representativos¹²⁰ recoge como objetivo “acabar con la temporalidad tanto de los puestos estructurales como de los eventuales”. De hecho, la falta de claridad de la norma les ha llevado a solicitar más seguridad jurídica¹²¹, para que no genere “más incertidumbre o una nueva discriminación”¹²² y dar seguridad jurídica tanto al personal interino como al personal laboral¹²³. Algunos han sido más críticos con el proyecto de ley, durante su tramitación, calificándolo de discriminatorio¹²⁴. Otro aspecto que también merecerá ser aclarado será la participación en estos procesos de las personas que hayan desempeñado la misma actividad durante muchos años, si bien hayan ido cambiando de puesto o plaza ocupada; pues la Ley se refiere, en la regulación del proceso de estabilización, a las plazas que “hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020”, sin más precisiones¹²⁵.

5. CUESTIONES CONFLICTIVAS PENDIENTES DE RESOLUCIÓN

Tras el análisis del principal problema al que se enfrenta en la actualidad el legislador, que es la estabilización o más bien la conciliación de la figura del indefinido no fijo con el ordenamiento administrativo, podemos mencionar que existen aún cuestiones problemáticas por resolver relativas a este colectivo de trabajadores, que son las que se refieren a la determinación de su régimen

119 Vid. Rojo Torrecilla, E., “Empleo público. Notas previas y texto comparado del Proyecto de Ley de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad y de las enmiendas incorporadas”, entrada de 13 de noviembre de 2021 del Blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/search?updated-max=2021-11-14T09:52:00%2B01:00&max-results=5>

120 Acuerdo sobre el plan de choque para reducir la temporalidad en las Administraciones Públicas, firmado entre el Gobierno y los sindicatos CCOO, UGT y CSIF el 5 de julio de 2021, que puede encontrarse en https://www.mptfp.gob.es/dam/es/portal/funcionpubhca/secretaria-general-funcion-publica/Actualidad/2021/07/Acuerdo_Plan_Choque_temporalidad_AAPP.pdf#page=1de

121 Así lo ha manifestado el Sindicato CSIF, <https://www.csif.es/contenido/nacional/general/330377> (revisado en noviembre de 2021).

122 Vid. las declaraciones del Sindicato CCOO, firmante del Acuerdo de 5 de julio que dio lugar al RD-ley. https://fsc.ccoo.es/noticia:607143--CCOO_exige_al_Gobierno_una_respuesta_con_seguridad_juridica_para_el_colectivo_de_interinosas_y_que_no_genere_mas_incetidumbre_en_el_empleo_publico&opc_id=6a5018a39e084efa266aa087e2cc86d0 (revisado en noviembre de 2021).

123 Así lo expresa el Acuerdo de 5 de julio en su párrafo cuarto.

124 Vid. Sindicato UGT <https://www.europapress.es/cantabria/noticia-ugt-vc-discriminatorio-gran-inseguridad-juridica-proyecto-ley-interinos-20211113122248.html>

125 En el conjunto de enmiendas presentadas al Proyecto de Ley por el Grupo Parlamentario Republicano, aparecían modificaciones a este precepto para incluir la referencia a los trabajadores temporales “que lleven prestando servicios de forma temporal y sin haber roto la relación de servicio con su administración empleadora durante más de seis meses consecutivos, al menos en los tres años anteriores a la fecha de entrada en vigor de la presente ley”. Modificaciones finalmente no introducidas en el texto de la Ley.

jurídico y, sobre todo, a la concreción de sus derechos y sus condiciones de trabajo. Sin ánimo de resolver todas y cada una de las cuestiones, por falta de tiempo y espacio en este estudio, sino sólo de apuntar la problemática suscitada, a veces con una mera mención, veamos algunas de estas cuestiones:

5.1. La imposibilidad de la Administración de declarar la condición de indefinidos a los trabajadores cuyos contratos merecerían la calificación de “indefinidos no fijos” conforme a la jurisprudencia que hemos analizado

Podemos considerar, después de todo lo expuesto, que la existencia de una relación laboral indefinida no fija ha de tener su origen en una sentencia judicial, no pudiendo ser declarada, por tanto, por la propia Administración; que, además, es consecuencia de la existencia de una relación contractual inicialmente temporal o en otra en la que se ha cometido algún tipo de irregularidad que genera, como sanción para el empleador, conforme al Estatuto de los Trabajadores, la consideración como indefinida de la relación laboral.

A pesar de que en sus inicios generó alguna duda, parece que el legislador quiso dejar clara esta cuestión con la regulación de la disposición adicional 34^a de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017¹²⁶, dedicada a establecer la “exigencia de responsabilidades” a las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas, por la utilización abusiva de la contratación laboral. Impide esta disposición la atribución por parte de las Administraciones de la condición de indefinido no fijo a estos trabajadores, incluyendo a aquellos que provengan de empresas con contratos administrativos, precisando, para ello, una resolución judicial; configurándose además esta disposición como una disposición de vigencia indefinida¹²⁷. Previsión que fue reiterada en la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018.

Esto implica que, a pesar de que los órganos rectores de la Administración conozcan la situación irregular de los trabajadores, las únicas opciones posibles serían la cobertura de las plazas mediante los procedimientos legales establecidos, que respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad, o la amortización de las mismas; sin que sea posible declarar la relación laboral como “fija de plantilla”, ni siquiera cuando exista una actuación por parte de la Inspección de Trabajo, ordenando la aplicación del artículo 15.5 ET y requiriendo la transformación en indefinidos de los contratos laborales¹²⁸. Lo cual ha recibido una valoración muy positiva por parte de la doctrina administrativista¹²⁹, cuando realmente genera una alta conflictividad en los tribunales, saturando éstos de demandas para declarar la relación laboral indefinida. Una opción intermedia podría ser el reconocimiento de estas cuestiones, en caso de estar muy claras, por la Inspección de Trabajo.

126 Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, BOE n.º 153 de 28 de junio; disposición adicional que bajo el título “exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral”, establece que “los órganos de personal citados (los de las Administraciones Públicas) no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial”.

127 Apartado cinco de la disposición.

128 Vid. Beltrán De Heredia, I., *Indefinidos no fijos...*, op. cit. p. 97.

129 Vid. Fernández Ramos, S., “Acceso al empleo público...”, op. cit. p. 15.

5.2. Las causas de acceso a la condición de Indefinido no fijo: singularidad y heterogeneidad

Como hemos podido comprobar, la figura del INF nace para definir una situación en la que se encuentra el trabajador que, unido al empleador de naturaleza pública a través de un contrato temporal fraudulento, deviene indefinido en su relación laboral por sanción, en cumplimiento del artículo 15 ET. Sin embargo, como hemos tenido ocasión de exponer, no es la única causa por la que se puede acceder a esta situación. La aplicación de otras normas de nuestro ordenamiento dirigidas a evitar el fraude en la contratación y la superación del tiempo estrictamente necesario de cobertura de puestos de trabajo de naturaleza temporal, han llevado a que el número de razones por las que se accede a la condición de INF hayan aumentado, desde el punto de vista de nuestros tribunales. No podemos olvidar que la Directiva comunitaria y el Acuerdo Marco obligan a los Estados Miembros a adoptar medidas efectivas para “prevenir” el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Esta labor de prevención obliga a actuar desde la raíz del problema, por lo que es esencial conocer las causas de acceso a esta condición. Además, como sabemos, no sólo afectan a esta cuestión los postulados de la Directiva 1999/70/CE, sino algunas otras directivas comunitarias que exigen luchar contra el fraude en relación con la cesión ilegal de trabajadores o el uso fraudulento de empresas de trabajo temporal. Sin ánimo de elaborar una lista cerrada, pues la jurisprudencia ha ido progresivamente ampliando los supuestos, y consideramos que puede seguir haciéndolo, vamos a enumerar las causas más comunes de esta declaración:

– Fraude en la contratación: inexistencia de causa justificativa de la temporalidad, inexistencia de “necesidad temporal” y concatenación de contratos temporales. Podemos afirmar que en esta causa se encuentra el inicio de la doctrina sobre el contrato indefinido no fijo. La utilización de forma fraudulenta de los contratos temporales y la superación de los límites temporales establecidos en el artículo 15 ET, generan situaciones que merecen, según nuestra jurisprudencia, la calificación de la relación laboral como INF. En ocasiones, a pesar de que se han respetado los principios constitucionales de acceso al empleo público temporal, se produce una prórroga excesiva de los mismos, generando una situación de inestabilidad laboral contraria a los principios comunitarios que, a su vez, puede desnaturalizar el carácter temporal de las funciones realizadas por los trabajadores¹³⁰.

– Cesión ilegal de trabajadores: recurso indebido a ETTS o fraude en la subcontratación de servicios.

La actualización de las previsiones del artículo 43 ET, sobre cesión ilegal de trabajadores, en supuestos de subcontratación de servicios públicos o la utilización de entidades interpuestas por parte de las administraciones, sin que exista realmente una disociación del poder de dirección, ha generado la aplicación de las sanciones previstas en el citado precepto, es decir, la adquisición del trabajador de la condición de indefinido en la empresa que elija, que, naturalmente, será,

130 En este grupo de contratos susceptibles de ser declarados indefinidos no fijos se encuentran los profesores asociados de las Universidades Públicas que tras la Sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2014, *Asunto Márquez Samohano*, han sido declarados por el TS “indefinidos no fijos”, si son utilizados para cubrir necesidades de carácter “estructural y ordinario” o si no se cumple el presupuesto exigido por la norma de desempeñar una actividad profesional fuera del ámbito académico universitario. Por todas, SSTS (Sala de lo Social) de 16 de julio de 2020 (rcud. 2232/2018), 8 de julio de 2020 (rcud. 2288/2018), 28 de enero de 2019 (rcud. 1193/2017) y 15 de febrero de 2018 (rcud. 1089/2016).

en la mayoría de los casos, la Administración Pública cesionaria. En estos casos, de nuevo, la imposibilidad de ser declarado fijo de plantilla, lleva a nuestros tribunales a considerar a estos trabajadores “indefinidos no fijos”¹³¹.

– El rescate o la reversión de las contrataciones en los servicios públicos:

Uno de los problemas que ha planteado la iniciación de los procedimientos de reversión de los servicios externalizados por las propias Administraciones públicas a través de operadores económicos, como prevé el art. 130.3 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP, en adelante), es que ésta vendrá obligada a la subrogación del personal que prestaba el servicio, si así lo establece una norma, un convenio colectivo o un acuerdo de eficacia general, que le sea aplicable¹³². De este modo, tras la aplicación del artículo 44 ET y la Directiva 2001/23, o del convenio colectivo o acuerdos correspondientes, el efecto subrogatorio en materia de personal es ineludible con todas las consecuencias laborales imperativas por la norma laboral¹³³.

A pesar de los intentos del legislador por evitar el acceso de los trabajadores subrogados a la Administración Pública¹³⁴, de difícil encaje en los requerimientos comunitarios¹³⁵; lo cierto es que, en la actualidad, tanto la norma administrativa como la jurisprudencia del

Tribunal Supremo (Sala de lo Social), han venido reconociendo la aplicación del artículo 44 ET cuando se dan los presupuestos en él previstos, es decir, la transmisión de una unidad productiva; y, por tanto, la subrogación del personal proveniente de estas sociedades mercantiles o fundaciones, con las garantías de estabilidad en el empleo y mantenimiento de condiciones que aparecen recogidas en este precepto. Coincidimos con quienes afirman que estos trabajadores “subrogados” deben ser considerados trabajadores “indefinidos no fijos”¹³⁶, aunque es posible

131 Vid. STS (Sala de lo Social) de 17 de septiembre de 2002 (rcud. 3047/2001), 19 de noviembre de 2002 (rcud. 909/2002) y 11 de diciembre de 2002 (rcud. 639/2002).

132 En relación con la imposibilidad de aplicar acuerdos de eficacia general que no hayan sido firmados por la Administración, vid. Todolí Signes, A., “Situación de los trabajadores tras la reversión de servicios públicos. Indefinidos no fijos, personal a extinguir, personal laboral no empleado público o fijos”, Video de las Jornadas sobre subrogación de trabajadores en la contratación pública, <https://adriantodoli.com/2021/11/09/videos-de-las-ponencias-de-jornada-sobre-subrogacion-de-trabajadores-en-la-contratacion-publica/> (revisado en noviembre de 2021).

133 Vid. Beltrán De Heredia, I., *Indefinidos no fijos...*, op. cit. p. 78. En relación con la aplicación de la Directiva a los supuestos en los que las actividades de una empresa municipal se transmiten a un ayuntamiento, vid. STJUE de 20 de julio de 2017, *Asunto Piscarreta Ricardo*, C-416/16.

134 La Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado, incluyó en su articulado una disposición adicional orientada a negar la condición de empleados públicos al personal laboral indefinido que proviniese de sociedades mercantiles o fundaciones públicas y consorcios o de los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos en una Administración pública o en una entidad de derecho público, denominándolos “personal a extinguir”, con el objetivo de evitar el reconocimiento de derechos o expectativas de acceso al empleo. Esta norma fue declarada inconstitucional y, por tanto, nula, por la STC 122/2018, de 31 de octubre, por no ser el contenido propio de una ley presupuestaria.

135 Vid. STJUE de 13 de junio de 2019, *Asunto Correia Moreira*, C-317/18, ap. 53, conforme a la cual, “la circunstancia de que el cesionario de la actividad sea una persona jurídica de Derecho público no puede excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23.

136 En este sentido, aunque considerando que no es una figura adecuada a estos supuestos, Roqueta Buj, R., “Los trabajadores indefinidos no fijos.”, op. cit. p. 31.

encontrar opiniones contrarias¹³⁷, o referencias a éstos como “personal subrogado” o incluso “personal a extinguir”, como trató de considerarlos el legislador en 2017. Es este un problema que aún podemos considerar polémico¹³⁸, pero que es posible que la jurisprudencia vaya aclarando poco, especialmente en lo que se refiere a las condiciones de trabajo a aplicar; en particular, si existe un convenio colectivo que se les venía aplicando antes de la reversión o rescate y que continúe vigente.

– Exceso temporal en cobertura de vacante e incumplimiento del mandato del art. 70 EBEP:

Una de las causas que, en principio, podría dar lugar a la declaración de una relación laboral como INF es la superación del período de tres años previsto en el artículo 70 EBEP para la convocatoria de una plaza de naturaleza funcionarial que venga recogida en la RPT. Precepto que, como sabemos, fue introducido con la intención de evitar abusos por parte de las administraciones y entes públicos en la contratación interina de trabajadores en régimen laboral, cuando se trataba de cubrir necesidades de naturaleza permanente en las mismas¹³⁹.

La jurisprudencia fue reticente en sus inicios a otorgar la condición de INF a quienes permanecieran en un puesto de trabajo de forma interina, con expectativa de que se convocara el proceso selectivo reglamentario, por un período superior a tres años, marcado por el EBEP. Sin embargo, en estos supuestos de interinidad por vacante, el Tribunal Supremo ha matizado y precisado su doctrina anterior, reconociendo la condición de indefinidos no fijos a quienes venían ocupando una plaza vacante, a través de este tipo de contratos de duración determinada, por un espacio de tiempo inusualmente largo. Para finalizar, en principio, el debate jurídico, el TS, al hilo de la última Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021, IMIDRA, C-726/19, ha dictado su Sentencia de 28 de junio de 2021¹⁴⁰ en la que reconoce que la superación del plazo, meramente orientativo, de tres años, puede vulnerar los requerimientos del Acuerdo Marco. Matiza, por tanto, el TS su doctrina anterior, por un lado, en cuanto se refiere a la justificación, por razones presupuestarias, de la extensión en la duración de estos contratos, pues el TJUE no lo considera una causa justificada; y, por otro, en cuanto se refiere al reconocimiento de la condición de indefinido no fijo tras la superación de este plazo, por inactividad de la administración empleadora a la hora de organizar los correspondientes procesos selectivos. La razón que aduce el TS es la desnaturalización del contrato de interinidad, al perder la causa - económica o presupuestaria - por la que, en principio, se mantenía más del tiempo exigido por la norma para convocar el proceso selectivo. Y ello, como hemos dicho, por cuanto el TJUE, en su Sentencia de 3 de junio de 2021, niega que pueda considerarse una “razón objetiva” que permita restringir o anular la protección que la Directiva otorga a los trabajadores temporales la existencia de una ley presupuestaria que impide a las Administraciones realizar los procesos selectivos de acceso a la función pública¹⁴¹.

137 Vid. Beltrán De Heredia, I., *Indefinidos no fijos*, op. cit. p. 86, en línea con la interpretación de algunos TSJ y, sobre todo, del TJUE en la Sentencia de 13 de junio de 2019, *Asunto Correia Moreira*, C- 317/18, que impide que “en el marco de un traspaso” se exija “al personal cedido un procedimiento público de selección ni tampoco el sometimiento a un nuevo vínculo con el cesionario”.

138 En extenso, vid. Gorelli Hernández, J., “Vías para la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7/2019, BIB 2019/6263.

139 Algunos atribuyen el origen de este plazo a la STJUE de 26 de noviembre de 2014. Vid. Fernández Ramos, S., “Acceso al empleo público.”, op. cit. p. 15.

140 Rcd. 3263/2019.

141 Apartado 91 y 92.

La nueva Ley 20/2021, mantiene esta duración máxima de tres años para las plazas vacantes que pueden ser cubiertas por personal funcionario interino, reformando el artículo 10 del EBEP en este sentido.

– Sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, ¿exige la Directiva, según el TJUE, una limitación temporal?:

Es claro el TJUE cuando se refiere a que el objetivo del Acuerdo Marco es la estabilidad en el empleo, “como un componente primordial de la protección de los trabajadores”, de forma que los contratos de duración determinada deben responder a necesidades excepcionales, permitiéndose sólo en ciertas circunstancias. El efecto de la relación laboral temporal que se perpetúa en el tiempo es, por tanto, la inestabilidad en el puesto de trabajo, que debe evitarse, como muestran los postulados de la Directiva. Por ello y partiendo de la base del mismo objetivo de estabilidad, debemos preguntarnos si es contrario al Acuerdo Marco el mantenimiento de una situación de interinidad durante un largo período de tiempo, sin que exista un plazo temporal que lo limite y cuya única razón de extinción del contrato es la incorporación del trabajador con derecho de reserva de puesto de trabajo.

Este es el supuesto de hecho de la Sentencia *De Diego Porras*, de 2016, donde una trabajadora interina se mantiene durante una larga temporada en situación de interinidad. No es este, sin embargo, el objeto del litigio, por lo que el Tribunal no se pronuncia sobre ello, pero no cabe duda de que percibe la situación como contraria a los requerimientos del derecho comunitario. La sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, en principio, sí es una razón objetiva según el TJUE, por lo que será preciso que se compruebe si la renovación sucesiva de contratos de duración determinada lo es realmente para atender a necesidades provisionales y no para cubrir necesidades permanentes y estables del empleador¹⁴², labor que corresponde a los tribunales nacionales.

No obstante, si la situación se prolonga en el tiempo, es inevitable que la persona que sustituye al trabajador con derecho de reserva del puesto de trabajo, adquiera expectativas de estabilidad en la función pública, que desaparecerán en el mismo instante en que se incorpore la persona en cuestión. Este problema no parece haberse abordado a pesar de las reformas del empleo público, manteniéndose, por tanto, como una situación legal que no daría lugar a la relación indefinida no fija.

5.3. La negativa a aceptar la figura del indefinido no fijo en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo

A pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en unificación de doctrina en el ámbito jurisdiccional social es, como hemos visto, muy clara a la hora de aceptar la figura de los INF en el ámbito de lo público, aún es posible encontrar sentencias en el orden jurisdiccional contencioso administrativo donde se niega el reconocimiento de esta figura, especialmente en el supuesto del personal estatutario¹⁴³. Pues, como dice el TS, no procede la aplicación analógica de

142 Vid. STJUE de 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*, C-103/18 y C-429/18, apartado 77.

143 Por todas, STS de 16 de diciembre de 2020 (rec. 2081/2019), de 17 de febrero de 2021 (rec. 3321/2019) y de 23 de junio de 2021 (rec. 8327/2019).

la jurisprudencia del orden social, sino más bien “la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico”¹⁴⁴.

Urge, por tanto, resolver esta diferencia de tratamiento de los trabajadores en uno y otro orden jurisdiccional.

Las soluciones apuntadas por la doctrina se dirigen a la aplicación de esta figura de los indefinidos no fijos, de forma analógica¹⁴⁵.

5.4. La ejecución de las sentencias del orden contencioso-administrativo sobre la nulidad de los actos administrativos de contratación laboral. Una difícil conjunción de dos ordenamientos jurídicos

En ocasiones, puede suceder que, como consecuencia de la impugnación de un nombramiento de un trabajador en la Administración, o simplemente porque la propia Administración decide rectificar el mismo, reconociendo su actuación “irregular”, se puede iniciar un proceso administrativo que culmine con la declaración de la nulidad del acto administrativo de nombramiento del trabajador por un órgano judicial del orden contencioso-administrativo. En este momento, la existencia de una sentencia judicial en el orden social que declare al trabajador indefinido no fijo y la declaración de la nulidad del acto administrativo, por una sentencia del orden contencioso, pueden resultar conflictivas¹⁴⁶, especialmente si el órgano jurisdiccional contencioso exige la ejecución de la sentencia, forzando la actuación de la Administración.

Entendemos que la Administración deberá optar, como indica el Tribunal Supremo, entre la convocatoria de las plazas para su cobertura definitiva o la amortización de las mismas, para lo que deberá acudir, como sabemos, a los procedimientos del artículo 51 o 52 ET, en función del número de trabajadores afectados; aunque hemos de reconocer que la cuestión no es pacífica¹⁴⁷.

144 Vid. STS de 16 de diciembre de 2020 (rec. 2081/2019).

145 Algunos han visto en la STJUE *Martínez Andrés y Castrejana López*, una invitación a ello, vid. en este sentido Álvarez Del Cubillo, A., “El impacto de la jurisprudencia.”, op. cit. p. 60.

146 Para Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no fijos.”, op. cit. p. 22, “la necesidad de recurrir a la interminable doble vía, anulación primero del acto administrativo para pasar luego a aplicar la vía extintiva procedente del artículo 49 ET, se supera si se parte de la autonomía de la decisión anulatoria, teniendo en cuenta, además, que la anulación del contrato de trabajo no puede confundirse con la de un acto administrativo sometido al régimen de los artículos 47 y siguientes de Ley de Procedimiento Administrativo Común y que, como contrato, está excluido también de las normas de la Ley de Contratos del Sector Público por su artículo 11. Como ocurre con los contratos civiles de la Administración, la anulación podría sustanciarse directamente ante el orden social o enjuiciarse en el marco de un despido, quedando únicamente abierto el problema de la indemnización procedente”.

147 Gorelli Hernández, J., “La extinción ...”, op. cit. p. 14, considera que, conforme a la jurisprudencia, “aun cuando la irregularidad administrativa pueda ocasionar la nulidad del contrato, ello no origina la extinción del contrato de manera automática y sin compensación económica a favor del trabajador: entiende que la nulidad administrativa supone la necesidad de liquidar el contrato de trabajo, pero a través de los mecanismos estrictamente laborales, considerando que la nulidad del contrato por vicios en el procedimiento de selección determina la necesidad de acudir al despido por fuerza mayor; pues estamos ante un supuesto de acto de autoridad o *factum principis* que es equivalente a la fuerza mayor; o bien un despido por causas objetivas o colectivas (dependiendo del número de afectados)”.

5.5. El reconocimiento de los derechos laborales de los indefinidos no fijos

Como hemos dicho, el origen “jurisprudencial” de la figura INF somete a estos trabajadores a una situación de inseguridad jurídica e incertidumbre constantes¹⁴⁸, siendo también fruto de la construcción de los diferentes tribunales y, en especial, del TS, la garantía de sus derechos laborales y del principio de igualdad emanado de la Directiva 1999/70. Este reconocimiento de derechos se ha visto influenciado por la jurisprudencia del TJUE que ha rechazado constantemente la protección del interés general o de la gestión eficaz de las administraciones públicas como causa justificativa de un trato discriminatorio hacia este colectivo¹⁴⁹. La aplicación del principio de igualdad y no discriminación, recogido en la Directiva comunitaria obliga al reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores INF en las mismas condiciones que a los trabajadores fijos comparables.

Es posible que el estatuto jurídico que corresponda al personal INF venga determinado de muy diferente forma según la causa que ha justificado su inclusión en esta figura. De este modo, no se encontrará en la misma situación quien haya sufrido la realización de un contrato fraudulento, donde las condiciones de trabajo serán idénticas a la del personal laboral fijo del ente público en cuestión, que aquél que haya superado un plazo o determinado tiempo de interinidad, cuyas condiciones pueden asimilarse al personal funcionario; o, finalmente, quien se encuentre en una situación de reversión de un servicio o la subrogación por la vía del artículo 44 ET, en cuyo caso, las condiciones pueden venir determinadas por un convenio colectivo vigente aplicable. No obstante, podemos considerar que el reconocimiento de los derechos y condiciones de trabajo ha venido determinado poco a poco por la jurisprudencia.

5.5.1. Derecho a la promoción profesional y a la “funcionarización” versus “congelación de condiciones de trabajo” y reconocimiento de otros derechos laborales

La evolución de la jurisprudencia a la hora de reconocer ciertos derechos de los INF no ha sido siempre uniforme. Un ejemplo de ello es el reconocimiento del derecho de excedencia voluntaria, inicialmente rechazado en las sentencias del TS de 29 de noviembre de 2005 y 3 de mayo de 2006¹⁵⁰, pero finalmente aceptado por la STS de 2 de marzo de 2021¹⁵¹. Este cambio en la jurisprudencia de nuestro alto tribunal se debió, sobre todo a la jurisprudencia del TJUE. Es a partir de la Sentencia del TS de 2 de abril de 2018 cuando podemos empezar a ver un reconocimiento más amplio de derechos a los INF¹⁵².

Esta Sentencia, reconoce el derecho a la promoción profesional y, por ende, a la promoción económica de los trabajadores. El Tribunal reconoce este derecho sobre la base de dos argumentos;

148 Vid. Roqueta Buj, R., “Los trabajadores indefinidos no fijos.”, op. cit. p. 23, quien califica esta situación de “extrema”.

149 Vid. Molina Navarrete, C., Indemnización por cese en el empleo público: crónicas y críticas de su actualidad judicial, Bomarzo, 2017, p. 16.

150 Recursos de casación para la unificación de doctrina 3796/2004 y 1819/2005, respectivamente. Vid. también, en el mismo sentido STSJ Islas Canarias, de 12 de junio de 2019 (rec. 292/2019), 28 de agosto de 2019, (rec. 553/2019) y 29 de octubre de 2019 (rec. 952/2019).

151 Recurso 617/2019.

152 Hasta 2018 podemos encontrar sentencias de los TSJ en esta línea; STSJ Asturias de 29 de mayo de 2018 (rec. 974/2018) y 26 de diciembre de 2018 (rec. 2494/2018), SSTSJ Andalucía, de 28 de septiembre de 2017 (rec. 498/2017) y 20 de septiembre de 2018 (rec. 2867/2017).

un primer argumento, que hemos tenido ocasión de exponer en un epígrafe anterior; basado en el principio de igualdad que reconoce la Directiva y el artículo 14 de la Constitución; y un segundo argumento, basado en la desvinculación del trabajador INF de la plaza o puesto de trabajo que ocupa.

Así, el TS recuerda en su argumentación que el derecho de promoción y formación es un derecho básico de todo trabajador, reconocido tanto en el artículo 4.2.b) ET como en el 14 c) EBEP, si bien, este último, establece como límite que dicho derecho deberá ejercerse “según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación”. Por lo que el Tribunal considera este límite y afirma que tan sólo cabría excluir a estos trabajadores de los procesos de promoción si la participación en los mismos vulnerara los referidos principios.

Por su parte, también los artículos 19 y 83 del EBEP se refieren a la promoción profesional del personal laboral y a la provisión de puestos y movilidad de éste, especificando ambos preceptos que el ejercicio de estos derechos se llevará a cabo conforme a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores o en los convenios colectivos. Por lo que, siguiendo el razonamiento del alto tribunal, si el convenio colectivo no excluye al personal INF ni el ejercicio de estos derechos compromete los principios constitucionales, no hay razón para no reconocerles este derecho de promoción y la participación en este tipo de concursos, “conservando dicha condición (indefinido no fijo) en el nuevo destino y sin que el cambio de destino transforme su naturaleza y lo convierta en fijo de pleno Derecho”¹⁵³.

Se apoya además el TS en la STC 149/2017, de 18 de diciembre, sobre reconocimiento de un derecho de permuta de la plaza ocupada a un trabajador interino, para permitir la conciliación de la vida familiar; considerando que esta doctrina permitiría, con más razón, reconocer este derecho de promoción a los INF pues, de este modo, se salvaguarda dicho derecho, como derecho constitucional recogido en el artículo 35 CE y porque la promoción profesional, aunque comporte un cambio de destino funcional, “no altera la naturaleza del contrato de trabajo”. De hecho, estas personas podrían encontrarse sin adscripción a un puesto de trabajo concreto.

Y es que, como recuerda el TS, los INF pueden quedar privados de este u otros derechos precisamente por la inactividad de la Administración que ni convoca ni amortiza sus plazas, lo cual “constituye un resultado contrario al derecho (constitucional y legal) a la promoción profesional”, lo que no concuerda con la doctrina del alto tribunal que es partidaria, como hemos visto, de la mayor equiparación posible entre los INF y los trabajadores fijos.

Algunos autores han planteado, al igual que lo hace el voto particular de la sentencia de 2018, sus dudas en relación con la aceptación de este derecho de promoción profesional. Así, por ejemplo, se ha planteado qué pasaría con la plaza o puesto de trabajo ocupado por el INF; o si, en virtud de los principios rectores de acceso al empleo público, la Administración estará obligada a volver a ofertar esas plazas ya ocupadas por los INF para que sean cubiertas por procedimiento reglamentario, o, por el contrario, esto ya no sería necesario, si el procedimiento seguido para promocionar es acorde a los citados requisitos de acceso¹⁵⁴. Dudas que podrían resolverse por la doctrina contenida en la sentencia mencionada, cuando afirma que, en ningún caso, el ejercicio de este derecho de promoción profesional implicará una modificación de la naturaleza

153 Fundamento jurídico cuarto.

154 Vid. López Balaguer, M. Y Ramos Moragues, F., *El personal indefinido no fijo...*, op. cit. p. 65.

(indefinida no fija) de la relación laboral; por lo que habrá que analizar individualmente cada caso para considerar que, “si la obtención de la plaza pretendida comportase la transformación del vínculo INF en otro dotado de fijeza, habría que rechazarla”¹⁵⁵.

También se reconoce, como hemos dicho, el derecho a solicitar excedencia voluntaria, pues, como afirma el TS en la citada sentencia de 2 de marzo de 2021, la condición de indefinido no fijo no es una razón objetiva que justifique la negación de ese derecho recogido en convenio colectivo. Ahora bien, aclara el alto tribunal que la cobertura del puesto de trabajo ocupado por el trabajador INF debe seguir su curso, sin que pueda exigirse a la empresa que mantenga vacante el puesto de trabajo durante la situación de excedencia. De este modo, el contrato INF se mantendría hasta la cobertura definitiva de la vacante, momento en que deberá extinguirse con derecho a indemnización¹⁵⁶. En el caso del derecho a la funcionarización, puede deducirse su reconocimiento de la obligación de la Administración de proveer y convocar la plaza, reiterada por el TS en su jurisprudencia, y, particularmente en la STS de 2 de abril de 2018. También se ha reconocido a estos trabajadores la igualdad retributiva con los fijos de plantilla, el derecho al complemento de antigüedad, el derecho a la movilidad geográfica o acceder a los concursos de traslado¹⁵⁷.

Es importante destacar que, en ocasiones, es el inmovilismo de las Administraciones, en relación con el reconocimiento de derechos, tanto de promoción, como de movilidad, hacia estos trabajadores, lo que ha generado el alto grado de conflictividad social en relación con esta figura. Podemos decir que, muchos de estos trabajadores, sufren esta situación de “congelación” hasta que, o bien los puestos de trabajo que ocupan son amortizados, o bien se inicia el proceso selectivo reglamentario, que cumple con los principios de igualdad, mérito y capacidad, y que les permite albergar alguna expectativa de estabilidad laboral.

5.5.2. Especialidades en el caso del despido disciplinario ex artículo 96.2 EBEP; otro supuesto de discriminación, en principio, justificado

El artículo 96.2 del EBEP establece una especialidad en el derecho a optar por la readmisión del personal fijo, si “el despido, acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta grave, es declarado improcedente”. El precepto, limita, por tanto, la extensión de esta especialidad a la concurrencia de dos condiciones; la primera, que se trate de un despido disciplinario declarado improcedente y la segunda, que se trate de personal fijo. El objetivo del mismo es evitar la arbitrariedad de la administración, que permitiría despojar al trabajador de un contrato de carácter indefinido y fijo. No incluye, por tanto, ni a los trabajadores sujetos a la Administración con un contrato temporal, ni a los despidos, aun declarados improcedentes, por causas diferentes a la incoación de expedientes disciplinarios, por ejemplo, por causas objetivas.

155 Fundamento jurídico quinto de la STS de 2 de abril de 2018.

156 Aclara además el TS que si la vacante ha sido ocupada por otro interino, el INF mantendrá la expectativa de derecho de reingreso, “en tanto que no puede ocupar la única plaza desempeñada por otro interino que, desde luego, no podrá ser cesado salvo que se incorpore el titular o sustituido, en cuyo caso, no sólo cesa ese interino sino el excedente, o si el tercero causa baja voluntaria en esa interinidad, en cuyo momento podría el excedente interino ejercer ese derecho preferente de reingreso”.

157 Vid. Rodríguez Escanciano, S., “La jurisprudencia reciente...”, op. cit. p. 6.

Algunos autores han planteado la posibilidad de considerar inconstitucional esta exclusión de los trabajadores temporales y, por ende, de los trabajadores INF¹⁵⁸. Sin embargo, el TC tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema en su Auto 178/2011, de 13 de diciembre¹⁵⁹, de modo que, sin entrar a valorar la constitucionalidad del precepto, porque la cuestión de inconstitucional resultó inadmitida, considera que la regulación del artículo 96.2 EBEP se justifica por la necesidad de salvaguardar el régimen constitucional y legal de acceso al empleo público; así como de “responder a las expectativas de inamovilidad de aquéllos que superan las pruebas de acceso al empleo público”, razón por la que sólo se aplica a éstos.

También se pronunció sobre la materia el TJUE en su Sentencia de 25 de julio de 2018¹⁶⁰, aceptando la diferencia de trato y considerando esta diferencia compatible con la cláusula 4a de la Directiva 1999/70/CE. El Tribunal acepta esta diferencia de trato entre los fijos de plantilla y los indefinidos no fijos y temporales, afirmando que “el trato diferenciado al que tiene derecho el personal laboral fijo, que debe ser readmitido, está justificado por la garantía de permanencia en el puesto que, en virtud del Derecho de la función pública nacional, sólo puede ser invocada por este personal”¹⁶¹. Esta condición de fijo es, para el tribunal europeo, un elemento “preciso y concreto” que caracteriza sólo a la relación de naturaleza laboral fija en la administración; por lo que la diferencia de trato se realiza “con arreglo a criterios objetivos y transparentes”. Sin embargo, coincidimos con quienes consideran que, si el objetivo de este precepto es evitar la arbitrariedad de la Administración, pues debe velar por el interés general y no por un interés económico de naturaleza privada como el empresario, resulta muy incongruente que sólo se reconozca esta obligación de readmisión ante la relación laboral de naturaleza “fija”. De hecho, según la jurisprudencia del TJUE que hemos expuesto, la eficacia organizativa o la simple protección del interés público, no sería motivo suficiente para otorgar un trato discriminatorio a estos trabajadores¹⁶². Sería injusto que, siendo declarado un despido improcedente, por tanto, injustificado, la Administración pudiera “deshacerse” del trabajador con el simple pago de una indemnización, que, como ya hemos dicho anteriormente, no es una “sanción” disuasoria para la Administración, ya que no pone en juego su propio patrimonio empresarial, como en el caso del empresario privado. Esta solución tampoco satisface al trabajador que pierde sus posibilidades de empleo en una institución para la que la exigencia del cumplimiento de la legalidad debería ser mayor; dada su naturaleza pública.

5.6. La extensión de la doctrina del contrato indefinido no fijo a otras entidades de naturaleza o participación pública

Si bien, como ya hemos expuesto, el origen de la figura de los INF tiene lugar en la sanción impuesta al empresario (Administración Pública) por el uso abusivo o fraudulento de los contratos temporales, es posible comprobar, por la propia jurisprudencia, cómo la aplicación de esta

158 <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/02/mas-saga-de-diego-porras-una-nota-la.html>

159 Este Auto responde a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ de Castilla León mediante Auto de 16 de marzo de 2011. Vid. sobre el tema Gorelli Hernández, J., “La extinción de los contratos.”, op. cit. pp. 11 y ss.

160 Asunto Vernaza Ayovi, C-96/17.

161 Recordemos que la consideración de las condiciones de extinción del contrato de trabajo como “condiciones de trabajo”, en el sentido de la cláusula cuarta del Acuerdo Marco, fue aceptada por el TJUE en su Sentencia de 5 de junio de 2018, *Asunto Norte Facility*, C-574-16.

162 Vid. STJUE de 25 de julio de 2018, *Asunto Vernaza Ayovi*, C-96/17, ap. 46.

doctrina se ha extendido tanto a nuevos supuestos como a los diferentes entes que conforman lo que conocemos como sector público.

El Tribunal Supremo ha considerado que, “el hecho de que la Carta Magna solamente vincule el mérito y la capacidad con el acceso a la función pública no impide que normas con rango legal también puedan exigir el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a empleo público distinto de la función pública, como ha hecho la disposición adicional 1ª en relación con el art. 55.1 del EBEP, ampliando el ámbito de aplicación de dichos principios a fin de evitar que la contratación temporal irregular permita el acceso a la condición de trabajador fijo de estas empresas del sector público”¹⁶³; pues se trata de salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público en dichas entidades. Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los INF se ha venido extendiendo a las entidades de naturaleza pública, como las universidades públicas¹⁶⁴; siendo recientemente revisada y modificada para extenderla también a otras entidades de carácter público de muy diversa índole y naturaleza, pero especialmente a las sociedades mercantiles públicas, que, conforme al artículo 2º del EBEP, dice el alto tribunal, deben ser consideradas dentro del ámbito de aplicación de éste¹⁶⁵; así como a entidades que, aunque no están mencionadas en el artículo 2º del EBEP, son de carácter privado, pero integran, de conformidad a este mismo precepto, el sector público institucional¹⁶⁶.

En esta línea, es posible encontrar ejemplos de su extensión a entidades de derecho público, como el Servicio Andaluz de empleo¹⁶⁷; y a las entidades públicas mercantiles¹⁶⁸, es decir, sociedades públicas o con capital mayoritariamente público, como AENA¹⁶⁹, TRAGSA, RTVE¹⁷⁰, Radio Televisión del principado de Asturias¹⁷¹, Empresa Pública de Servicios Agrarios Gallegos¹⁷² y Sociedad Estatal Correos y Telégrafos¹⁷³.

Como vemos, la extensión tanto de las causas de acceso a la condición de INF como de los entes públicos afectados por estas declaraciones judiciales, hace que el grueso de trabajadores que se encuentran en esta situación aumente cada vez más. Sin duda, es preciso, por ello, la intervención del legislador para, por un lado, poner fin a las situaciones de fraude en el sector público; pero también, por otro, para regular el estatuto jurídico de estos trabajadores.

163 STS de 18 de mayo de 2021 (rcud. 868/2019) y 19 de octubre de 2021 (rcud. 2940/2020).

164 STS de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013).

165 Este criterio puede observarse en las Sentencias del TS de la Sala IV de 18 de junio de 2020 (rcud. 1911/2018, 2005/2018 2811/2018) y de 2 de julio de 2020 (rcud. 1906/2018).

166 STS de 19 de octubre de 2021 (rcud. 2940/2020).

167 Respecto de trabajadores provenientes de los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLT), STS 30 de septiembre de 2020 (RJ 2020/5197).

168 SSTs de 18 de junio de 2020 (rcud. 2811/2018), 2 de julio de 2020 (rcud. 1906/2018), 10 de septiembre de 2020 (rcud. 3678/2017) y 17 de septiembre de 2020 (rcud. 1408/2018).

169 STS de 25 de mayo de 2021 (RJ 2021/2476), de 1 de junio de 2021 (rec. 397/2018) (JUR 2021/2803), 17 de septiembre de 2020 (RJ 2020/3895) y 18 de junio de 2020 (rec. 2811/2018).

170 STS de 18 de mayo de 2021 (rcud. 868/2019), por ejemplo, rectificando la doctrina emanada de los TSJ que negaban la aplicación de esta doctrina sobre los INF, en este caso, la STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2018.

171 STS de 30 de junio de 2021 (rcud. 4327/2019).

172 STS de 20 de abril de 2021 (rcud. 618/2020).

173 STS de 29 de abril de 2021 (rcud. 2386/2018) y STSJ Andalucía de 17 de noviembre de 2020 (AS 2001/484).

6. CONCLUSIONES

La situación de incertidumbre e inseguridad en que se encuentran los trabajadores indefinidos no fijos reclama una intervención del legislador mayor de la que ha tenido lugar con ocasión de la Ley 20/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. En la actualidad, el futuro del trabajador indefinido no fijo, queda condicionado a la decisión que, de forma responsable y conforme a la normativa, adopte la Administración¹⁷⁴. Pero no siempre podemos esperar un comportamiento responsable de una Administración o ente público que no ha cumplido la normativa laboral relativa a la contratación de trabajadores y ha generado el problema. Es posible que esta situación se produzca por una actuación abusiva de la Administración o ente público en perjuicio del trabajador; o, como muchos autores han puesto de manifiesto, por una situación en la que exista una cierta connivencia o colaboración entre el empleador público y los propios trabajadores, con el objetivo de eludir ciertos principios constitucionales. Una y otra situación no merecerían, desde el punto de vista de la justicia, el mismo tratamiento.

Es preciso, por ello, reforzar el sistema de responsabilidades, incluso penales, de las Administraciones Públicas y sus dirigentes, que son quienes han de tomar las decisiones para impedir el uso abusivo y fraudulento de la temporalidad. No es nueva la propuesta de reforzar la responsabilidad penal, pues, a pesar de que, tras la reforma del Código Penal en 2015, se incrementó la pena de los delitos de “nombramiento ilegal” (art. 405 CP), lo cierto es que las limitaciones en el tipo penal reformado llevan a que, en la mayoría de los casos, se haya acudido al delito de prevaricación¹⁷⁵. La Ley 20/2021 nos ofrece un sistema de responsabilidades que pretende ser clave, pues así lo expresa su exposición de motivos; sin embargo, se redacta de modo que dichas responsabilidades se aplicarán de conformidad con las normas vigentes en cada Administración Pública. Lo que nos hace pensar que, si es la propia Administración la que establece las normas de exigencia de responsabilidad, éstas pueden no ser muy rigurosas, al menos en sus consecuencias¹⁷⁶.

Por otro lado, el establecimiento de indemnizaciones para los trabajadores que venían disfrutando de la condición de INF y no logran consolidar sus plazas, puede ser una forma de resarcimiento económico tras el padecimiento de la situación fraudulenta, en cuyo caso, algunos autores abogan por aumentar dichas indemnizaciones, por encima de los 20 días que establece la norma; pero tampoco consideramos que vaya a tener efecto disuasorio de la actuación de la Administración a la hora de repetir la conducta fraudulenta, pues el montante de dicha indemnización proviene del erario público, y no del patrimonio personal de quienes dirigen las Administraciones. El desarrollo jurisprudencial es una búsqueda por parte del Tribunal de una solución justa para la situación de los trabajadores INF, separándoles de los trabajadores temporales y acercando su régimen jurídico a los fijos, siempre con la barrera infranqueable de considerar el carácter fijo de plantilla, que, como hemos visto, vulneraría los principios constitucionales de acceso a la Administración Pública, por mandato de la Ley. Precisamente, en un intento por salvaguardar la imparcialidad e independencia,

174 Vid. Rodríguez Escanciano, S., “La jurisprudencia reciente sobre el trabajador indefinido no fijo.”, op. cit. p. 13.

175 Vid. Fernández Ramos, S., “Acceso al empleo público.”, op. cit. p. 74.

176 Vid. la disposición adicional decimoséptima sobre medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público: “las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”.

así como la eficacia, que debe presidir la actuación de los funcionarios y empleados públicos, lo que justifica, en cierta medida, la estabilidad de los mismos en sus puestos de trabajo.

Sin embargo, esto no puede justificar que la Administración deje a los INF abandonados a su suerte, o restrinja de forma continuada el acceso a determinados derechos que naturalmente deberían ir unidos al progreso y promoción profesional y económica de cualquier trabajador. Es por ello que el Acuerdo entre el Gobierno y sindicatos por la estabilidad del personal temporal, firmado en julio de 2021, no pretendía, en ningún caso, dejar fuera a ningún personal que no tuviera una relación estable con la Administración. Debe incluirse, por tanto, en los procesos de funcionarización o estabilización a los INF, pues así lo han puesto de manifiesto los sindicatos; dejar fuera a estos trabajadores sería un error y conllevaría la prolongación de la situación de inseguridad jurídica por mucho tiempo.

La adquisición (más bien confirmación) de la condición de fijos por determinación de una norma tiene evidentes problemas de cumplimiento de los principios legales de acceso al empleo público, que emanan directamente de los mandatos constitucionales de garantizar los principios de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad. Sin embargo, también debemos reflexionar sobre la utilidad de mantener esta figura en el tiempo.

Coincidimos con quienes consideran que los problemas de la existencia de “indefinidos no fijos” y las injusticias que su inseguro régimen jurídico genera deben ser solucionados actuando desde su origen. El comportamiento responsable y conforme a la norma constitucional de las Administraciones y entes públicos no puede ser una cuestión “posible” sino obligatoria, por lo que la exigencia de responsabilidades de los dirigentes es un factor clave, a nuestro entender, para poner fin a las actuaciones fraudulentas en la contratación.

También coincidimos con quienes afirman que el exceso de temporalidad en las Administraciones Públicas es fruto de la falta de una cultura de planificación de los recursos humanos¹⁷⁷, por lo que es preciso elaborar normas que permitan una adecuada planificación de las plantillas de los entes públicos.

Finalmente, debemos explorar las consecuencias de la Sentencia del TJUE en el Asunto *MV y otros*, pues, salvo que el Tribunal matice su doctrina en futuras sentencias, los jueces de los Estados Miembros están obligados a aplicar el derecho comunitario y a interpretar la norma interna conforme a éste, incluso cuando existan obstáculos que procedan de mandatos constitucionales, como es nuestro caso.

177 Vid. Suárez Corujo, B., “El fraude en el trabajo de duración determinada.”, op. cit. p. 3 y Rodríguez Escanciano, S., “La jurisprudencia reciente.”, op. cit. p. 13.

PONENCIA DE CLAUSURA
CONTRATACIÓN LABORAL Y DIGNIDAD EN EL TRABAJO:
RETOS Y PERSPECTIVAS DE MEJORA A LA LUZ
DE LAS EXIGENCIAS INTERNACIONALES

LUIS JIMENA QUESADA
Universitat de València

1. Consideraciones preliminares: trabajo digno como exigencia axiológica fundamental de orden constitucional e internacional
2. Consideraciones específicas sobre la dignidad en el marco de la relación laboral
 - 2.1. Una oferta laboral digna
 - 2.2. Un disfrute digno del derecho al trabajo
 - 2.3. Una terminación digna de la relación contractual
3. Consideraciones particulares sobre el impacto positivo de la aceptación de la Carta Social Europea revisada en materia de dignidad en el mundo laboral
4. Consideraciones finales: nuevos desafíos para las relaciones laborales y carácter irrenunciable de la dignidad

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: TRABAJO DIGNO COMO EXIGENCIA AXIOLÓGICA FUNDAMENTAL DE ORDEN CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Es cierto que la apelación explícita a la dignidad de la persona como núcleo axiológico de los derechos humanos y elemento fundante del orden constitucional e internacional de nuestros días se sitúa en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial y en los albores de la posguerra de dicho conflicto bélico. Así, en el ámbito constitucional, suele destacarse el reconocimiento autónomo de la dignidad como derecho fundamental en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (artículo 1.1)¹; por su lado, en el terreno internacional, la dignidad apareció por vez primera explícitamente consignada en la Declaración de Filadelfia de 1944 de la OIT y, por tanto, asociada significativamente a los derechos socio-laborales², erigiéndose en el instrumento internacional de derechos humanos vanguardista en tal sentido³.

Por otra parte, en la estela evolutiva marcada por la Declaración de Filadelfia, es preciso traer a colación otras significativas Declaraciones que la han secundado: así, descuella la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998⁴; una década más tarde, la Declaración de la OIT sobre una globalización equitativa basada en la justicia social de 2008⁵; y debe añadirse la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo de 2019, en donde la Conferencia Internacional del Trabajo

1 Véase OEHLING DE LOS REYES, Alberto: “El concepto constitucional de dignidad de la persona: Forma de comprensión y modelos predominantes en la Europa continental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 91, 2011, p. 144. Más ampliamente, del mismo autor, su obra *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2010.

2 Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia), adoptada el 10 de mayo de 1944 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en Filadelfia en su vigésima sexta reunión. A tenor de su apartado II: “La Conferencia, convencida de que la experiencia ha demostrado plenamente cuán verídica es la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, según la cual la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social afirma que: (a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y *dignidad*, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades; (...)”.

3 Al albur de la Declaración de Filadelfia de 1944 y de las otras Declaraciones de la OIT que la han secundado, se ha podido sostener que el gran esfuerzo del Derecho del Trabajo garantista contemporáneo ha sido evitar que el trabajador sea tratado como una simple mercancía; de ahí que se haya buscado (y establecido una regulación para ello) la “desmercantilización relativa del trabajo” como uno de los fines prioritarios del Derecho del Trabajo: MONEREO PÉREZ, José Luis: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, especialmente el capítulo II: “La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social en el capitalismo avanzado: El trabajo y su ordenación jurídica”, pp. 45 y ss.

4 Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86ª reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998.

5 Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 97ª reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008. En ella, la Conferencia Internacional se muestra “convencida de que en un contexto mundial de interdependencia y complejidad crecientes, así como de internacionalización de la producción: - los valores fundamentales de libertad, *dignidad humana*, justicia social, seguridad y no discriminación son esenciales para un desarrollo y una eficacia sostenibles en materia económica y social”.

declaraba que “la OIT conmemora su centenario en un momento en que el mundo del trabajo se está transformando radicalmente impulsado por las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos, el cambio medioambiental y climático y la globalización, así como en un momento de desigualdades persistentes, que tienen profundas repercusiones en la naturaleza y el futuro del trabajo y en el lugar y la dignidad de las personas que se encuentran en dicho contexto”⁶.

Ahora bien, al margen de esas apelaciones expresas y emblemáticas a la dignidad, resulta todavía más significativo resaltar que la igual dignidad (proclamada y reconocida por la Declaración Universal de 1948 en su Preámbulo y en su artículo 1) ya contaba con precedentes constitucionales e internacionales que la asociaban a los derechos laborales y al trabajo como pilares articuladores de la comunidad estatal e internacional.

En concreto, ya cien años antes, en los debates constituyentes franceses de 1848 se postuló el reconocimiento del derecho al trabajo como el derecho contra el hambre y, consecuentemente, debía prevalecer sobre todos los demás derechos por sus implicaciones en clave de fraternidad⁷. Sobre esto último, con respecto a la Constitución de 1848 se ha subrayado su “inspiración solidaria” y “su filosofía mucho menos individualista que la de 1789”⁸; de hecho, cabe observar que la fraternidad se ha legado con plenitud (en términos de solidaridad) en el contexto del constitucionalismo del siglo XX⁹ y de la teoría constitucional, que llega incluso a manifestarse como *teoría de la solidaridad*¹⁰. Sobre la proyección del constitucionalismo revolucionario francés, acertadamente se ha recordado que “la dignidad de la persona se inserta en el discurso que ha presidido el proceso histórico de emancipación del hombre, y en este contexto ha sido una de las categorías universales y omnicomprensivas que comprenden, por excelencia, las exigencias

6 Adoptada en la 108ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (10-21 de junio de 2019).

7 La Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848 efectivamente proclama de forma explícita por vez primera, en el apartado IV de su Preámbulo, que la República “tiene como principio la Libertad, la Igualdad y la Fraternidad”, para a renglón seguido proclamar el respeto mutuo con relación a “las nacionalidades extranjeras” (apartado V), los deberes recíprocos que obligan a los ciudadanos y a la República (apartado VI), otros deberes ciudadanos (de defensa, tributarios, y laborales para ayudarse “fraternamente” los unos y los otros; apartado VII) y también de la República (entre otros, la de asegurar la existencia de los ciudadanos necesitados mediante una “asistencia fraternal” o la de proporcionar “trabajo dentro de los límites de sus recursos”, e instrucción pública; apartado VIII). Esta dimensión social se concreta en el catálogo de los “derechos de los ciudadanos garantizados por la Constitución” (capítulo II) en materia de educación y enseñanza (art. 9), de libertad de trabajar, de formación profesional y de asistencia social (art. 13). En todo caso se ha destacado que la consagración del derecho al trabajo, sobre la base de los antecedentes de las Constituciones de 1791 y 1793, fue objeto de las discusiones constituyentes de 1848 más encendidas, poniendo precisamente el énfasis sus defensores (frente a los detractores que propugnaban la supresión del texto constitucional) en la fraternidad, o extrayendo “su origen y su legitimidad de las cláusulas fundamentales e implícitas del pacto social”, o declarando que el derecho al trabajo era “el derecho del hambre” y debía prevalecer sobre todos los demás: una síntesis de ese interesante debate constituyente puede leerse en GODECHOT, Jacques: *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, particularmente pp. 255-259.

8 DUVERGER, Maurice: *Les Constitutions de la France*, Paris, Presses Universitaires de France, 11ª ed., 1987 (1ª ed. de 1944), pp. 66-67.

9 Puede verse JIMENA QUESADA, Luis: “El tríptico liberal en el constitucionalista social”, *Revista General de Derecho Público Comparado* (Monográfico sobre *Liberté, Égalité, Fraternité*), n° 20, 2017, pp. 1-33.

10 Insigne teorizador constitucionalista de la solidaridad fue el jurista francés DUGUIT, Léon: *Manual de Derecho Constitucional* (1921), Granada, Comares (edición preparada por MONEREO PÉREZ, José Luis, y CALVO GONZÁLEZ, José), 2005, pp. 6-7.

de la triada de libertad, igualdad y solidaridad o fraternidad entre los hombres. Esos tres valores proclamados por la Revolución francesa de 1789 ('Libertad, igualdad y fraternidad'), integran el proyecto inacabado de la modernidad (Habermas), los cuales se vinculan a la idea de la dignidad humana"¹¹.

El caso es que los discursos constituyentes de 1848 en Francia ya barajaron, entre otros argumentos, que era más digno trabajar para vivir que acudir a la asistencia social, así como que el derecho al trabajo no era el socialismo, sino "la República aplicada"¹². Esto último, por cierto, conduce rápidamente a pensar, un siglo después, en la proclamación contenida en el artículo 1 de la Constitución italiana de 1947, o sea, Italia como "una República democrática fundada en el trabajo".

En consecuencia, si el trabajo digno ya se erige en elemento fundante de un Estado a través de su constitución como "pacto o contrato social" para dotar de estabilidad y paz social (de forma meridiana en estas constituciones de la segunda posguerra mundial, pero sin olvidar la emergencia del constitucionalismo social en el contexto de la primera guerra mundial -Constitución mexicana de Querétaro de 1917-y en la fase posterior- Constitución alemana de Weimar, o las austríaca y checoslovaca de 1920-), no cabe obviar un claro paralelismo en el terreno internacional, en donde los instrumentos de derechos humanos de Naciones Unidas ya contaban con el precedente del "pacto o contrato social" universal asentado en la OIT para salvaguardar la seguridad (incluida la seguridad social) y la paz mundiales¹³.

Vale la pena advertir que la Constitución española de 1931 se vio impregnada en su elaboración y desarrollo, tanto de esas dosis de constitucionalismo social que incidió en el carácter esencial del trabajo, como de las aportaciones de los estándares internacionales socio-laborales¹⁴. A decir verdad, la "digna calidad de vida" a que se refiere el Preámbulo de nuestra Constitución vigente de 1978 entronca con el valor axiológico de todos los derechos fundamentales (la dignidad de la persona), sean civiles, sociales o de cualquier otra categoría, de acuerdo con el principio de indivisibilidad. En realidad, la dignidad articula el conjunto de derechos para evitar separaciones y jerarquizaciones artificiales que conduzcan a la sinrazón de aceptar que no todos

11 MONEREO PÉREZ, José Luis: La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales, Murcia, Ediciones Laborum, 2020, p. 7.

12 Intervención de Ledru-Rollin en la Asamblea Nacional francesa en la sesión de 11 de septiembre de 1848 ("Le droit au travail"): "le droit au travail pour les valides et le droit à l'assistance pour les infirmes, pour ceux qui ne peuvent pas travailler. (...) Quand un homme travaille, il s'anoblit; vous sentez que, malgré le salaire que vous lui donnez et malgré son infériorité dans l'échelle de l'éducation, il est homme comme vous. Mais quant à celui qui tend la main pour recevoir l'aumône... Oh! j'en suis convaincu, vous la lui donnez! mais vous ne pensez pas, au fond de l'âme, qu'il est votre égal. (...) Je me résume: On a dit, le droit au travail, c'est le socialisme. Je réponds: Non, le droit au travail, c'est la République appliquée" ([https://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/histoire/grands-discours-parlementaires/\(offset\)/60](https://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/histoire/grands-discours-parlementaires/(offset)/60)).

13 JIMENA QUESADA, Luis: "El derecho humano a la Seguridad Social en el Sistema Universal de los Derechos Humanos y el papel central de la OIT", en AA.VV.: *La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad*, Murcia, Laborum, 2021, pp. 95-121.

14 Véase JIMENA QUESADA, Luis: "Los derechos y deberes de los españoles. Familia, economía y cultura (Título III, capítulo segundo: arts. 43-50)", en OLIVER ARAUJO, Joan y RUIZ ROBLEDO, Agustín (Dirs.): *Comentarios a la Constitución española de 1931 en su 90 aniversario*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, pp. 143-158.

ellos estarían en pie de igualdad porque no garantizarían en todas sus vertientes la dignidad de la persona ni su autonomía personal¹⁵. Por tal motivo, son insoslayables las vías de conexión entre las diversas categorías de derechos, compartiendo así contenido y exigibilidad, vías favorecidas asimismo por las cláusulas del Estado social (artículo 1.1) y de progreso (artículo 9.2) de la Constitución española de 1978¹⁶.

Cabalmente, podría decirse que el “orden económico y social justo” del Preámbulo está indisolublemente conectado con la idea “del orden político y de la paz social” del apartado 1 del artículo 10 de la Constitución. Por otro lado, no está de más recalcar que el apartado 2 del citado artículo 10 inserta el orden constitucional español en el contexto del sistema global de derechos humanos, con remisión explícita a la Declaración Universal de 1948 y a los tratados sobre derechos humanos ratificados por España¹⁷, adquiriendo lógicamente gran relevancia los tratados de la OIT como agencia especializada de la ONU y otros instrumentos relativos al derechos al trabajo. Recordemos y critiquemos en este ambiente que España tiene varias asignaturas pendientes fundamentales: de un lado, el Convenio n° 189 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos de 16 de junio de 2011¹⁸; de otro lado, el Convenio n° 190 de la OIT sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo de 21 de junio de 2019 (si bien ya se han iniciado en septiembre de 2021 los trámites para la ratificación en España); y, en tercer lugar, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990 (un tratado no adoptado específicamente por la OIT, sino por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990)¹⁹.

15 Véase GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús: *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

16 CUBERO MARCOS, José Ignacio: “El reconocimiento de derechos sociales a través de la conexión con derechos fundamentales: hacia una progresiva superación de la doctrina clásica”, *Revista Catalana de Dret Públic*, n° 54, 2017, p. 121.

17 Esa indisoluble proyección de los apartados 1 y 2 del artículo 10 de la Constitución española ha sido excelentemente examinada y realizada en el terreno que nos ocupa por MONEREO PÉREZ, José Luis: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, op.cit., especialmente pp. 111 y ss.

18 En su Preámbulo se reafirma el “compromiso de la OIT de promover el trabajo decente para todos mediante el logro de las metas establecidas en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo [1998] y en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa [2008]”. Más precisamente, en su artículo 6 se establece que “todo Miembro deberá adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de *trabajo decente*, así como, si residen en el hogar para el que trabajan, de *condiciones de vida decentes* que respeten su privacidad”. El Convenio entró en vigor el 5 de septiembre de 2013 tras alcanzarse el mínimo número de ratificaciones (dos) previsto en su artículo 21.2.

19 De todos modos, dicha Convención (no ratificada por España, ni por ningún otro país de la UE) se basa en instrumentos vinculantes y no vinculantes previos de la OIT en dicho ámbito, como recuerda en su Preámbulo, en donde los Estados Partes en la Convención tienen en cuenta “los principios y normas establecidos en los instrumentos pertinentes elaborados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, en especial el Convenio relativo a los trabajadores migrantes (No. 97), el Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (No. 143), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No. 86), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No. 151), el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio (No. 29) y el Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso (No. 105)”.

Es cierto que la Constitución española de 1978, al margen del artículo 10.1, únicamente alude explícitamente a la dignidad, en lo que atañe a los derechos fundamentales, con respecto al derecho a la vivienda (artículo 47). Ello no es óbice para entender que la remuneración “suficiente” para satisfacer las necesidades de la persona trabajadora y las de su familia debe ser un salario digno. A tal efecto, el mandato constitucional interpretativo del artículo 10.2 facilita semejante entendimiento con tal solo reparar en que el apartado 3 del artículo 23 de la Declaración Universal de 1948 establece que “toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”²⁰.

Al hilo de esto último, conviene mencionar que con motivo de la celebración de la *Jornada internacional para la erradicación de la pobreza* el pasado 18 de octubre de 2021, coincidiendo con la conmemoración del 60º aniversario de la Carta Social Europea (CSE, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961), se organizó en Estrasburgo un seminario cuyo tema fue “La precariedad o la esclavitud, ¿no es un oficio! Un trabajo digno y libremente elegido para TODOS, ¿es posible?”. A este respecto, el trabajo digno es el que debe propiciar que sea innecesario ejercer el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social, construyendo un marco de relaciones laborales respetuoso con la dignidad, tanto en el momento de la oferta del trabajo como en el desempeño de las tareas y en la terminación de la relación contractual; estas cuestiones serán objeto de atención específica en el apartado II.

A continuación, en el apartado III se introducirán unas consideraciones particulares acerca de las consecuencias positivas para la dignidad en el mundo laboral derivadas de la ratificación por parte de España de la CSE revisada de 1996 (acompañada de la aceptación del procedimiento de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales - CEDS-). Téngase presente que la referencia a la dignidad se recoge en la CSE originaria de 1961 a través de otras nociones, como condiciones de trabajo “equitativas” (artículo 2)²¹ o remuneración “equitativa” y “suficiente”- que proporcione a la persona trabajadora y su familia un nivel de vida “decoroso” (artículo 4)²²; por su lado, el texto revisado de 1996 consagra explícitamente el “derecho a la dignidad en el trabajo” (artículo 26), recogiendo otra referencia expresa a la dignidad con respecto al derecho de las personas mayores a la protección social (artículo 23)²³. Y, en cualquier caso, otras

20 Como claramente ha esgrimido MONEREO PÉREZ, José Luis: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, *op.cit.*, p. 172: “la dignidad no puede sino tener también una eminente dimensión social, que conduce al derecho a la existencia digna de la persona. El artículo 23.3 de la Declaración Universal de los derechos del hombre de las ONU, hace referencia nítidamente a una existencia conforme a la dignidad humana”. Por otra parte, en el propio Preámbulo de la Declaración de 1948 se da cuenta de esa vertiente social cuando se afirma “que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.

21 La versión francesa dice “conditions de travail équitables”, mientras la inglesa dice “just conditions of work”.

22 La versión francesa de la CSE se refiere a “rémunération équitable” y “rémunération suffisante”, para asegurar “un niveau de vie décent”, mientras la versión inglesa alude a “fair remuneration sufficient for a decent standard of living”.

23 El artículo 23 dispone: “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas de edad avanzada a protección social, las Partes se comprometen a adoptar o a promover, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas apropiadas orientadas, en particular:

disposiciones de la CSE dan pie para hacer efectiva la dignidad (dada su naturaleza transversal) en el trabajo, como el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido (artículo 1.2 CSE, que comprende la prohibición del trabajo forzado u obligatorio²⁴), el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 3 CSE²⁵) o el derecho “a una “indemnización adecuada o a otra reparación apropiada” en caso de despido sin razón válida (artículo 24 CSE revisada²⁶).

Por lo demás, en el apartado IV se efectuarán unas consideraciones finales en torno a los nuevos desafíos que representan para la dignidad humana el hecho de que las relaciones laborales se desenvuelvan en una creciente influencia de la globalización económica y de las empresas multinacionales (tecnológicas y otras); todo ello acentuado en el escenario de la pandemia de COVID-19.

2. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS SOBRE LA DIGNIDAD EN EL MARCO DE LA RELACIÓN LABORAL

2.1. Una oferta laboral digna

De entrada, creo que podemos convenir en que una oferta laboral digna es aquella que se basa en una autonomía real de la voluntad de las partes contratantes, esto es, que cuando menos no conduzca a la persona trabajadora a adherirse inexorablemente a unas condiciones de contratación que sean humillantes cualitativa y cuantitativamente (en términos de las tareas a desempeñar y de la remuneración a percibir, respectivamente), o que le hagan pender una espada de Damocles durante un período prolongado en el que la flexibilidad sea excesiva en comparación con la seguridad en el empleo. Algunas ilustraciones de la praxis del Derecho europeo facilitarán nuestra reflexión.

Supongamos un país en donde la prostitución está reglamentada (por ejemplo, Países Bajos) y, consiguientemente, se ofrece un empleo como trabajadora sexual a una mujer cuya profesión es filósofa y se encuentra en situación de desempleo percibiendo prestaciones de protección social. Se adopta entonces una legislación según la cual verá reducidas sus prestaciones si rechaza la oferta de un empleo “generalmente aceptado”, previendo dicha legislación como única excepción que no sea generalmente aceptado en la sociedad o con respecto al cual quepa alegar objeción de conciencia. ¿Cabría entonces imponer la aceptación de la oferta como trabajadora sexual para no ver disminuidos los beneficios de la protección social, considerando que el hecho de estar reglamentada la prostitución la haría equivalente de un trabajo “generalmente aceptado”?

Este es telón de fondo de un asunto que se planteó ante el TEDH (*Schuitemaker c. Países Bajos*, demanda n° 15906/08), y que concluyó con la decisión de inadmisibilidad de 4 de mayo de 2010 tras entender la Corte de Estrasburgo que la demanda era manifiestamente infundada al impugnarse la aplicación de la legislación *in abstracto*, sin que la demandante acreditara que se le hubiera dirigido una oferta concreta basada en dicha legislación y que pudiera considerarse como trabajo

- a permitir que las personas de edad avanzada sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible, mediante:

a) recursos suficientes que les permitan llevar *una vida digna* y participar activamente en la vida pública, social y cultural (...).²⁴

24 Artículos 4 CEDH y 5 CDFUE.

25 Artículo 31 CDFUE.

26 Artículo 30 CDFUE.

forzado u obligatorio bajo el ángulo del artículo 4.2 CEDH; lo cual no deja de tener repercusiones bajo el ángulo del respeto del derecho a la seguridad social del artículo 12 CSE²⁷. La cuestión tiene aristas sumamente sensibles y de gran actualidad en España, en donde se está debatiendo acerca de la adopción de una legislación abolicionista de la prostitución (conocido como “modelo nórdico”, establecido por ejemplo en Suecia, Finlandia, Noruega y, desde 2016, en Francia).

Obviamente, la posición reglamentista descarta que el ejercicio de la prostitución como trabajo sexual sea contrario a la dignidad o, lo que vendría a ser lo mismo, que no sea un trabajo digno o decente, estimando paternalista el pretexto de la dignidad para adoptar una legislación prohibitiva o abolicionista. Por supuesto, a cualquiera de las tres posiciones (reglamentista, abolicionista o prohibicionista) repugna la trata de personas y la explotación sexual, en la línea de la Convención de 1949 (para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena) y otros tratados internacionales²⁸. Por el contrario, el ejercicio de prostitución supuestamente voluntaria no es objeto de consenso nacional ni internacional (tampoco en el seno de la OIT) y da lugar a un uso alternativo del valor de la dignidad humana.

En efecto, tenemos un sistema jurídico global complejo y un marco internacional laboral fragmentado en materia de prostitución que provoca inconsistencias jurídicas y que seguramente seguirán empujando al ejercicio de la prostitución y perpetuando la desigualdad de género. Valgan algunas cuestiones como ejemplo de esas posibles inconsistencias:

- En la estela del citado asunto *Schilemaker c. Países Bajos* del TEDH, si se reconoce la prostitución como trabajo sexual, ¿debería aceptarse por una mujer en paro si se le ofrece por el SEPE para no perder prestaciones?
- Si no está reconocido como trabajo sexual, ¿puede la Administración exigir impuestos por los beneficios obtenidos por ejercicio de la prostitución, avalando con ello un trabajo obligatorio o forzado que obligue a prostituirse para pagar esos impuestos en lugar de contribuir a la reinserción?
- ¿Puede considerarse libre prestación de servicios económicos cuando no está reconocida como actividad lícita en algunos países -el TJUE ha incurrido en ambigüedad, pues reconoce las asimetrías y, por ende, la posibilidad para los Estados abolicionistas de hacer valer la cláusula de orden público²⁹-?

27 Entre esas dificultades asociadas a la garantía del artículo 12 CSE, el CEDS ha tenido ocasión de poner reparos a Holanda (declarando la no conformidad de dicho país con la citada disposición --Conclusiones 2013-) al no despejar dudas sobre si, bajo el ángulo de la noción de trabajo o empleo “adecuado” (“suitable” job or employment) al menos se ofrece un período razonable inicial durante el cual una persona desempleada puede rechazar un trabajo o una oferta laboral, sin perder el subsidio de desempleo, por no corresponderse con su formación o cualificación, como ha advertido (al analizar específicamente “The Dutch case: a notion of suitable employment under a model evolving along the idea of flexicurity”) DE LE COURT, Alexandre: “The obligation of unemployed to accept ‘suitable’ employment. Continental Welfare States in a multilevel perspective”, en BAZZANI, Tania y SINGER, Reinhard (Eds.): *Dealing with Unemployment: Labour Market Policy Trends*, Berlin, Humboldt-Universität zu Berlin, 2018, p. 38.

28 Entre otros, por ejemplo, la Convención para la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer de 1979 (artículo 6). En ello abunda el conocido como Protocolo de “Palermo” para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (2000).

29 Véase STJUE de 16 de diciembre de 2010 (*Josemans y Burgemeester van Maastricht*, asunto C-137/09), apartado 77: “la comercialización de estupefacientes está prohibida en todos los Estados miembros, con arreglo al Derecho internacional y al de la Unión, a excepción de un comercio estrictamente vigilado de tales productos

– Del mismo modo, siendo que se trata de un fenómeno transnacional y transfronterizo, si la prostitución se considera violación de derechos humanos, un pretendido reconocimiento asimétrico (en algunos países sí, en otros no) como trabajo sexual difícilmente obtendrá el beneficio de exportabilidad y totalización de prestaciones sociales, debiendo apostarse por medidas socio-económicas de acompañamiento y reinserción.

Las otras dos ilustraciones de medidas difícilmente conciliables con la dignidad humana tienen que ver con la adhesión a una oferta laboral con una remuneración no equitativa o con una flexibilidad excesiva que comporta un régimen inaceptable del período de prueba. Ambos supuestos fueron sometidos al examen del CEDS a raíz de las medidas de austeridad restrictivas adoptadas en Grecia bajo la presión de la Troika en el escenario de la crisis económica y financiera mundial que estalló en 2008 y, en el caso de países como Grecia y otros, con una tasa elevadísima de desempleo juvenil.

La primera ilustración viene dada por la decisión de fondo del CEDS de 23 de mayo de 2012, de resolución de la reclamación colectiva n° 65/2011 (*Federación general de empleados de las compañías públicas de electricidad y Confederación de sindicatos de funcionarios públicos c. Grecia*), siendo el aspecto más relevante de ella la conclusión de violación del artículo 4.4 CSE, por cuanto la ley nacional que autorizaba el despido sin preaviso ni indemnización a las personas asalariadas con contrato de duración indefinida durante un período inicial de doce meses era incompatible con dicha disposición de la Carta. Es evidente que, sin perjuicio del cierto margen de discreción o apreciación nacional que brinda la jurisprudencia del CEDS en cuanto a la configuración del período de prueba, ese período de doce meses no se sostenía con arreglo a cánones de oferta laboral digna.

Es conocido que esa decisión frente a Grecia fue utilizada como estándar interpretativo por algunos órganos jurisdiccionales del orden social en España aplicando el control de convencionalidad (es decir, aplicando ese estándar más favorable de la CSE y descartando la aplicación de la legislación española “anticrisis” de 2012 de reforma del mercado de trabajo que introdujo una modalidad contractual similar bajo la presión de la Troika), suscitando una discusión nada desdeñable sobre la gestión del sistema de fuentes jurídicas en nuestro país, a la vista de una sentencia constitucional de 2014 que avaló la conformidad con nuestra Carta Magna de 1978³⁰, de una conclusión de enero de 2015 del CEDS que condenó explícitamente a España y del hecho de no haber aceptado todavía nuestro país en aquel momento el procedimiento de reclamaciones colectivas³¹. Sobre esto se volverá en el apartado III.

o sustancias para su uso con fines médicos y científicos. En cambio, el comportamiento objeto de la sentencia citada en el apartado anterior, a saber, la prostitución, exceptuando la trata de seres humanos, no está prohibida por el Derecho internacional o por el de la Unión. En efecto, se tolera o regula en varios Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de noviembre de 2001, *Jany y otros*, C- 268/99, Rec. p. I 8615, apartado 57)”. Véase asimismo STJUE de 8 de mayo de 2019 (*PI y Landespolizeidirektion Tirol*, asunto C-230/18), que tiene su origen en la cuestión prejudicial planteada por el Landesverwaltungsgericht Tirol (Tribunal Regional de lo Contencioso- Administrativo de Tirol, Austria), en el contexto de un litigio entre PI y la Landespolizeidirektion Tirol (Dirección Regional de la Policía de Tirol) en relación con la legalidad del cierre de un establecimiento comercial gestionado por PI (PI, nacional búlgara, ofrecía servicios de masajes en virtud de una licencia de actividad económica expedida el 9 de febrero de 2011 por la Administración municipal de Innsbruck.

30 STC 119/2014, de 16 de julio.

31 En la conclusión frente a España (en el marco del sistema de informes) hecha pública en enero de 2015, precisamente con apoyo en la decisión sobre la Reclamación n° 65/2011 contra Grecia, declaró el CEDS explícitamente que “el artículo 4, párrafo 3, de la Ley 3/2012 no es conforme al artículo 4.4 de la Carta de 1961”.

La segunda ilustración viene suministrada por la decisión de fondo de idéntica fecha (23 de mayo de 2012) de resolución de la reclamación colectiva (n° 66/2011) formulada por los dos mismos sindicatos griegos. En ella, el CEDS declaró la vulneración de diversas disposiciones de la CSE (artículos 4.1, 7.7, 10.2 y 12.3) al enjuiciar las disposiciones restrictivas sobre vacaciones anuales, sistemas de aprendizaje y formación, y cobertura de la seguridad social en los llamados “contratos de aprendizaje especiales” para personas asalariadas de entre 15 a 18 años, así como las disposiciones referentes a la irrisoria remuneración (un pequeño porcentaje del salario mínimo nacional) susceptible de ser percibida por trabajadoras y trabajadores de reciente incorporación al mercado laboral menores de 25 años. Con respecto a esta última cuestión, el CEDS toma nota de la reducción del 32% con respecto al salario mínimo (prevista por el decreto n° 6 de 28 de febrero de 2012) que se aplicaba a todas las personas trabajadoras menores de 25 años, concluyendo entonces que dicha legislación constituía una violación del artículo 4.1 CSE, en la medida en que prevé el abono de “un salario mínimo a todos los trabajadores de menos de 25 años que se sitúa por debajo del umbral de pobreza” (párrafos 64 y 65 de la decisión del CEDS).

A mayor abundamiento, esa oferta laboral (de adhesión a un salario no digno o equitativo) a la población juvenil demandante de empleo fue considerada asimismo como discriminatoria por razón de edad por parte del CEDS (párrafos 68 a 70 de la decisión del CEDS), con vulneración del citado artículo 4.1 en combinación con la cláusula de no discriminación contenida en el Preámbulo de la CSE de 1961 (que era en aquel momento la versión ratificada por Grecia³²). Tras considerar que se trataba de una diferencia de trato basada en la edad y que a un Estado le sería dado eventualmente justificar de manera objetiva el pago de ese salario menos elevado a personas trabajadoras jóvenes si el fin legítimo perseguido (política de empleo para integración de la juventud en el mercado de trabajo en período de grave crisis económica) se alcanza de manera proporcionada, el CEDS entiende no obstante que esa proporcionalidad no se respetaba ni siquiera en el marco de las críticas circunstancias económicas.

Ambas decisiones sobre Grecia revisten un indudable interés, acentuado en el contexto de la crisis provocada por la pandemia del coronavirus. Ese interés cabe cifrarlo, cuando menos, en dos aspectos: de un lado, el CEDS aborda el alcance de esas medidas limitativas “anticrisis” tomando en consideración otros estándares internacionales, primordialmente de la OIT; y, de otro lado, el CEDS apuntala su propia jurisprudencia sobre el impacto de las restricciones en tiempos de crisis, estableciendo una ponderación entre flexibilidad y seguridad que, en cualquier caso, atiende a la salvaguardia prioritaria de la dignidad en el trabajo³³.

2.2. Un disfrute digno del derecho al trabajo

El primer elemento que tendemos a apreciar para considerar el disfrute del derecho al trabajo es lógicamente la remuneración y, por lo mismo, constituye el aspecto más atractivo *a priori* para la ponderación de una oferta laboral digna. No extraña por ello que, de las tres disposiciones que reconocen los derechos laborales en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de 1966 (artículos 6, 7 y 8), sea la relativa al salario la que menciona explícitamente la dignidad (artículo 7). Concretamente, el artículo 6 reconoce el derecho a trabajar (“que

32 Grecia había ratificado la CSE de 1961 el 6 de junio de 1984, mientras que la ratificación de la versión revisada de 1996 se produjo en fecha 18 de marzo de 2016.

33 Véanse los párrafos 16-18 de la decisión sobre la Reclamación n° 65/2011 y equivalentes párrafos 12-14 de la decisión sobre la Reclamación n° 66/2011).

comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”), mientras el artículo 8 consagra los derechos de acción colectiva (incluida la huelga); de otro lado, el artículo 7, cuya redacción específica se inspiró básicamente en los Convenios de la OIT según los Trabajos Preparatorios³⁴, reconoce “el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) *Condiciones de existencia dignas* para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.

Tanto el artículo 6 como el 7 han sido objeto de desarrollo mediante sendas Observaciones Generales del Comité DESC. En la Observación General n° 18 de 2005 sobre “El derecho al trabajo (artículo 6)” declaró que “*El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana*. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder *vivir con dignidad*. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad” (apartado 1)³⁵.

Por su parte, la Observación General n° 23 de 2016 sobre el “Derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7)” establece cuáles son “los criterios mínimos de la remuneración”, que como primera aproximación cifra en “un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie, garantizándose en particular a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual” (apartado 9). Seguidamente, concreta en los apartados 18 a 24 cuáles son las condiciones de existencia dignas para las personas trabajadoras y sus familias, incidiendo en el apartado 65.c) en que, para garantizar la efectividad de esos derechos, los Estados Partes deben establecer “en la legislación y en consulta con los trabajadores y los empleadores”, “salarios mínimos que no sean discriminatorios y que no puedan ser derogados, fijados teniendo en cuenta los factores económicos pertinentes e indexados al costo de la vida, de manera *que se garantice una vida digna para los trabajadores y sus familias*”³⁶.

34 RAMCHARAN, Bertrand: “The Travaux Préparatoires of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en RAMCHARAN, Bertrand (Ed.): *Judicial Protection of Economic, Social and Cultural Rights: Cases and Materials*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 17.

35 En la misma Observación General n° 18, el Comité DESC subrayó que “los artículos 6, 7 y 8 del Pacto son interdependientes. La calificación de un trabajo como *digno* presupone que respeta los derechos fundamentales del trabajador. Aunque los artículos 7 y 8 están estrechamente vinculados al artículo 6, serán abordados en observaciones generales independientes. Por lo tanto, se hará referencia a los artículos 7 y 8 solamente cuando la indivisibilidad de estos derechos así lo requiera” (apartado 8).

36 Para un detallado análisis del artículo 7 Pacto DESC con referencias a la interpretación del Comité DESC (incluida la Observación General n° 23 de 2016) en conexión con otros instrumentos universales y regionales, puede leerse JIMENA QUESADA, Luis, y DE SCHUTTER, Olivier: “Article 7”, en

Reseñado lo anterior, es indudable que el paradigma de vulneración de la dignidad en el marco de las relaciones laborales es el trabajo forzado. Desde esta perspectiva, sin perjuicio del régimen jurídico establecido en cada Estado con relación a la prostitución (prohibicionista, abolicionista o reglamentista, *supra*), es evidente que la prostitución forzada constituye en todo caso una violación grave de los humanos. Con tal espíritu, el TEDH así lo ha concluido en el caso de una nacional nigeriana forzada a prostituirse en territorio griego omitiendo la justicia nacional actuar dentro de un plazo razonable, con violación de los artículos 4, 6 y 13 CEDH (*L.E. c. Grecia* de 21 de enero de 2016), así como cuando la víctima era una nacional (croata) del propio Estado demandado sometida a prostitución forzada (violación del artículo 4 CEDH) sin perjuicio de que ello se produjera o no en un contexto específico de trata de seres humanos (*S.M. c. Croacia* de 25 de junio de 2020).

La Corte de Estrasburgo ha fijado asimismo criterios delimitadores de las obligaciones positivas de las autoridades públicas en el tráfico transfronterizo de seres humanos en el ámbito de la explotación y los abusos sexuales, incluyendo no únicamente las medidas de protección a favor de las víctimas, sino asimismo el reproche por no investigar la identidad de los verdugos propiciando que los traficantes conciban al ser humano como un bien que se negocia y afecta a trabajos forzados (*STEDH Rantsev c. Chipre y Rusia* de 7 de enero de 2010). En cambio, en otros supuestos, el TEDH no ha asumido las pretensiones impugnatorias de las partes (Decisiones de inadmisibilidad *Videmugia c. Francia* de 27 de marzo de 2012, o *M. y otras c. Italia y Bulgaria* de 31 de julio de 2012).

Así pues, el mismo mecanismo convencional europeo tiene sus limitaciones bajo el ángulo de la cognición sustancial de los supuestos de hecho, como sucedió con la denuncia de tres jóvenes filipinas que habían ido a trabajar como empleadas de hogar o en régimen “au pair” a Emiratos Árabes Unidos, en donde los empleadores les habrían incautado sus pasaportes y les habrían explotado, explotación que habría continuado en una breve estancia en Viena (a donde viajaron las denunciadas con sus empleadores); las autoridades austríacas se consideraron incompetentes para conocer de las infracciones cometidas en el extranjero y archivaron las denuncias (por trabajo forzado y trata de seres humanos) supuestamente producidas en Austria formuladas por las tres mujeres en Viena tras conseguir escapar de sus empleadores, teniendo en cuenta además que no existía acuerdo de cooperación judicial entre Austria y Emiratos y las denunciadas se dirigieron a la policía alrededor de un año después de los hechos cuando los empleadores ya habían abandonado hacía tiempo el territorio austríaco, declarándose la no violación de los artículos 3 y 4 CEDH (*J. y otras c. Austria* de 17 de enero de 2017). En parecida línea, la Corte de Estrasburgo se ha decantado por la inadmisibilidad *ratione loci* para supuestos en los que se alegue la vulneración de los derechos y libertades reconocidos en el CEDS en caso de expulsión susceptible de comportar el reclutamiento en una red de prostitución en el país de origen (Decisión de inadmisibilidad de 29 de noviembre de 2011 en el caso *V.F. c. Francia*)³⁷.

Más centrados en el disfrute de un trabajo digno frente a explotación laboral, la vulnerabilidad de las personas trabajadoras migrantes ha sido acometida por el TEDH acentuando una vez más las cualificadas obligaciones positivas que pesan sobre los Estados, tanto en supuestos individuales como en otros que afectan a un cierto número de personas. De lo primero constituye una ilustración paradigmática la protección contra las nuevas formas de esclavitud moderna

DECAUX, Emmanuel y DE SCHUTTER, Olivier (Dirs.): *Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels - Commentaire article par article*, Paris, Éditions Economica, 2019, pp. 206-234.

³⁷ En parecida línea restrictiva, cabe mencionar la Decisión de inadmisibilidad de 10 de septiembre de 2013 (*F.A. c. Reino Unido*).

a la luz de la STEDH *Siliadin c. Francia* de 26 de julio de 2005³⁸. Indudablemente, ese apunte jurisprudencial en vía de reacción y reparación individual se revelará insuficiente si no va acompañado de medidas de mayor calado y alcance en el plano legislativo y en la implementación de las correspondientes políticas públicas, para que se produzca una verdadera “transformación constitucional” proyectada por las sentencias del TEDH³⁹ (o de su homóloga la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin olvidar las aportaciones de la más reciente Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁴⁰). Y esas medidas son susceptibles de forjarse y combatir las situaciones de vulnerabilidad a través de estándares internacionales como la Convención n° 189 de la OIT sobre trabajo doméstico de 2011.

De lo segundo ofrece un ejemplo merecedor de atención la STEDH *Chowdury y otros c. Grecia* de 30 de marzo de 2017⁴¹. De nuevo, el impacto general, más allá del caso concreto, habrá de venir de la mano de medidas normativas y ejecutivas de alcance general, las cuales podrán encauzarse a través de la asunción de parámetros internacionales como la citada Convención internacional de trabajadores migrantes y miembros de sus familias de 1990, que lamentablemente constituye -como también se anticipó- otra asignatura pendiente para España y los demás países de la UE.

Naturalmente, la aceptación de esos estándares normativos internacionales está en función de la voluntad política y soberana de cada Estado, pudiendo en principio los organismos internacionales promover su asunción y, en consecuencia, resultando siempre controvertida una condena imponiendo directamente dicha aceptación. Me explico, ni el TEDH ni el CEDS han llegado a asumir una posición tan resuelta como la de la CorteIDH consistente en, como parte del fallo de una sentencia condenatoria, imponer la aceptación de un instrumento internacional⁴².

Ahora bien, tanto el TEDH como el CEDS podrían efectuar una condena indirecta si, al evaluar una demanda individual (en el caso del TEDH) o una situación nacional a través del sistema de informes o del procedimiento de reclamaciones colectivas (en el supuesto del CEDS), toman en consideración explícitamente las sinergias con esos instrumentos no aceptados por el Estado sometido a examen: un ejemplo claro en el caso del TEDH es la sentencia dictada en el caso *Demir y Baykara c. Turquía* de 12 de noviembre de 2008; si bien, en este caso, esa

38 Vulneración del artículo 4 CEDH: la demandante era una nacional de Togo que llegó a Francia en 1994 para estudiar y, por el contrario, fue forzada a trabajar como empleada de hogar en un domicilio privado en París durante quince horas diarias sin remuneración y sin permisos a lo largo de varios años, además de haberle confiscado su pasaporte los empleadores. Véanse asimismo, con conclusión de vulneración total o parcial, del artículo 4 CEDH, la STEDH *C.N. y V c. Francia* de 11 de octubre de 2012 (trabajos domésticos no remunerados en casa de sus tíos por parte de dos hermanas burundesas huérfanas de diez y dieciséis años) y la STEDH *C.N. c. Reino Unido* de 13 de noviembre de 2012 (esclavitud doméstica de nacional ugandesa).

39 GARCÍA ROCA, Javier: La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2019, p. 215.

40 BURGORGUE-LARSEN, Laurence: Les 3 Cours régionales des droits de l’homme in context. La Justice qui n’allait pas de soi, París, Pedone, 2020, p. 21.

41 Vulneración asimismo del artículo 4 CEDH: se acogieron las demandas de cuarenta y dos nacionales de Bangladés que fueron reclutados sin permiso de trabajo (en Atenas y otras partes de Grecia) entre octubre de 2012 y febrero de 2013 para trabajar en una gran explotación de fresas. Se alegaba que el trabajo desarrollado en dichos campos de fresas había sido forzado u obligatorio, de suerte que las autoridades griegas habían incumplido sus obligaciones positivas de impedir que sean sometidos a una situación de trata de seres humanos obviando la adopción de medidas preventivas y de sanciones a sus empleadores.

42 Véase la sentencia de reparaciones y costas de la CorteIDH de 30 de noviembre de 2001, caso *Barrios Altos c. Perú*.

interpretación evolutiva y sistemática operada por el TEDH podría jugar como un arma de doble filo, es decir, tanto para animar a Turquía a aceptar los artículos 5 y 6 CSE (recuérdese que dicho país no había aceptado ambas disposiciones de la CSE, siendo no obstante tenidas en cuenta por el TEDH para interpretar y concluir la violación del artículo 11 CEDH), como para rechazarlos. Por su lado, en el supuesto del CEDS, utiliza en ocasiones como *ratio decidendi* para concluir la conformidad o no, la violación o no de la CSE, esa misma dinámica hermenéutica evolutiva y sistemática teniendo en cuenta si el Estado concernido ha ratificado o no un tratado internacional en una concreta materia cubierta por la Carta (por ejemplo, la Convención de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 2011⁴³), lo que indirectamente debe empujar a dicho Estado a asumir tal compromiso pendiente.

Por otra parte, para completar la aproximación a los estándares internacionales relativos a las condiciones dignas de trabajo, me parece pertinente traer a colación tres ámbitos en los que la CSE contiene disposiciones nada desdeñables y, consiguientemente, la jurisprudencia del CEDS resulta igualmente apreciable, en particular: la justa consideración del tiempo de descanso (artículo 2.1), una salud laboral indisociable de la preservación de la dignidad frente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (artículo 11 CSE) y el propio respeto de la dignidad en el puesto de trabajo frente a toda actitud de acoso (artículo 26 CSEr).

En cuanto al primer ámbito, la interpretación efectuada por el CEDS sobre el descanso y el alcance del derecho a una duración razonable del tiempo trabajo a la luz del artículo 2.1 CSE (derecho a unas condiciones de trabajo equitativas) conduce a concluir que una legislación que asimile íntegramente los periodos de guardia localizada con tiempo de descanso conculca dicha disposición. Esa jurisprudencia del CEDS ha discurrido en paralelo a la posterior del TJUE⁴⁴, si bien la convergencia no ha sido absoluta, como lo acredita la reciente Decisión de fondo del CEDS de 19 de mayo de 2021 (Reclamación colectiva n° 149/2017, *Confédération générale du travail (CGT) et Confédération française de l'encadrement-CGC (CFE-CGC) c. Francia*), en donde se da cuenta de las sentencias más significativas del TJUE en la materia (párrafo 28) observando, no obstante, esa ausencia absoluta de coincidencia. Por tal motivo, el CEDS concluye que la Ley francesa objeto del litigio (Ley n° 2016-1088 de 8 de agosto de 2016, relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y al aseguramiento de las carreras profesionales)⁴⁵ es contraria al citado art. 2.1 CSE, tanto por la reseñada asimilación de guardia localizada y tiempo de descanso en su integridad, como

43 Véanse Conclusiones 2015 (Hungría - Artículo 16), Conclusiones 2017 (Moldavia - Artículo 16).

44 Esos contenciosos paralelos entre el CEDS y el TJUE traen su causa del análisis de la duración del tiempo legal de trabajo y la noción de trabajo efectivo por referencia a la legislación francesa relativa a la no equiparación del tiempo de presencia que está el trabajador a disposición del empleador en el centro de trabajo ("régime d'astreinte" o "guardia localizada") y del tiempo de trabajo con actividad laboral ordinaria. El CEDS determinó sobre esta cuestión, en su Decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004 sobre la Reclamación colectiva n° 22/2003 (*Confédération General del Trabajo c. Francia*), que la asimilación de los periodos de presencia con los periodos de descanso constituye una violación del artículo 2 (apartados 1 y 5) de la CSE revisada (derecho a unas condiciones de trabajo equitativas). Afortunadamente, a similar conclusión llegó un año después la STJUE *Abdelkader Dellas, Confédération générale du travail y otros contra Premier ministre, Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité* (de 1 de diciembre de 2005, asunto C-14/04), pero sin mencionar en absoluto la decisión del CEDS, basándose exclusivamente en el Derecho de la Unión vigente a la sazón (Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo).

45 Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, á la modernisation du dialogue social et á la sécurisation des parcours professionnels (Journal Officiel de la République française du 9 août 2016), conocida como « loi Travail ».

por el régimen de tanto alzado por días (se reprocha a este respecto, la ausencia de límites legales de la duración máxima semanal de trabajo autorizada, la ausencia de garantías adecuadas para garantizar una duración razonable de trabajo y el período de referencia de 12 meses)⁴⁶.

Como cabe suponer fácilmente, las divergencias en Estrasburgo (CEDS) y en Luxemburgo (CEDS) no son descartables, razón por la cual debe seguir apostándose por la adhesión de la UE a la CSE, además de otras soluciones (verbigracia, una especie de Protocolo n° 16 a la CSE que otorgue jurisdicción consultiva al CEDS como vía eventualmente alternativa a la cuestión prejudicial ante el TJUE, a cuyo efecto no sólo deberían evitarse o conciliarse las situaciones de doble prejudicialidad en la normativa procesal nacional, sino también en el plano del *self-restraint* e interacciones mutuas entre las instancias europeas llamadas a pronunciarse).

En lo atinente al segundo ámbito mencionado, el primer elemento que merece destacarse del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 3 CSE) consiste en su configuración como concreción del genérico derecho a la salud (artículo 11 CSE), que a tenor de la jurisprudencia del CEDS “completa los artículos 2 (derecho a la vida⁴⁷) y 3 (prohibición de tratos inhumanos y degradantes)” del CEDH⁴⁸, imponiendo una serie de obligaciones positivas en vista a garantizar el ejercicio efectivo de dicho derecho⁴⁸; y, en todo caso, los derechos proclamados en ambos tratados europeos en el terreno de la salud son indisolubles, pues “la dignidad humana representa un valor fundamental que se halla en el corazón del derecho positivo en materia de derechos humanos -tanto en la CSE como en el CEDS- y los cuidados de salud constituyen un presupuesto esencial para la preservación de la dignidad humana”⁴⁹.

Con respecto a la prevención de riesgos laborales para preservar la dignidad humana, en el sistema de informes el CEDS adoptó dos interesantes Observaciones interpretativas relativas al artículo 3 CSE en el marco de las conclusiones de 2013 (publicadas en 2014, cubrieron el difícil período inicial de la crisis económica y financiera mundial estallada en 2008 y mediante las que se pretendió desarrollar y clarificar la jurisprudencia con respecto al ámbito material o personal de protección del citado artículo 3 CSE): una Observación en la que se pondera el modo en que las evoluciones recientes en el mundo laboral (relacionadas con una competencia acentuada, las nuevas tecnologías, exigencias de orden organizativo, trabajo autónomo, externalización y empleo en las pequeñas y medianas empresas o el propio ritmo de trabajo) crean nuevas formas de empleo que favorecen la emergencia de factores de riesgo psicosociales, ciertamente complejos y multidimensionales, pero sobre todo nocivos para el disfrute del derecho a la salud laboral (riesgos susceptibles de originar estrés, agresiones, violencia o acoso en el trabajo, con fuertes repercusiones negativas para el rendimiento o con aumento de bajas por enfermedad, de las

46 A mayor abundamiento, se concluye asimismo unánimemente por parte del CEDS que hay violación del artículo 2.5 CSE por cuanto las guardias localizadas asimiladas a períodos de descanso pueden tener lugar en domingo, así como vulneración del artículo 4.2 CSE en la medida en que las personas trabajadoras sometidas a ese régimen de tanto alzado por días no pueden beneficiarse de la remuneración por horas extraordinarias.

47 Algunas otras disposiciones específicas de la CSE se ocupan de la salud y la seguridad en el trabajo de menores (artículo 7), de trabajadoras con respecto a la protección de la maternidad (artículo 8) o de trabajadores migrantes (artículo 19).

48 Conclusiones 2005, Observación interpretativa del artículo 11.

49 Decisión de fondo de 3 de noviembre de 2004, *Federación internacional de ligas de derechos humanos (FIDH) c. Francia*, párrafo 31, Reclamación n° 14/2003.

tasas de absentismo, del número de accidentes, o de la rotación y movilidad del personal)⁵⁰; y otra Observación relacionada con el papel fundamental de la inspección de trabajo en dicho ámbito.

Sin perjuicio de esas dos Observaciones interpretativas, en esas mismas conclusiones de 2013 tuvo el CEDS presentes las sinergias con otros instrumentos internacionales de protección, como por ejemplo el “acervo comunitario” y, en tal sentido, declaró la contrariedad de Italia con el artículo 3 CSE tomando en consideración un pronunciamiento del TJUE de 25 de julio de 2008 (*Comisión/Italia*, asunto C-504/06) en el que se condena a dicho país por la no transposición o adaptación correcta al ordenamiento interno de la Directiva 92/57/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles.

Por otro lado, el procedimiento de reclamaciones colectivas ha dado lugar a interesantes líneas jurisprudenciales del CEDS relacionadas directa o indirectamente con la salud laboral y la salvaguarda de la dignidad. De hecho, el procedimiento quedó inaugurado mediante la Decisión de fondo de 9 de septiembre de 1999 sobre la Reclamación n° 1/1998 (*Comisión internacional de juristas c. Portugal*), en donde se declaró una violación del artículo 7.1 CSE (prohibición del trabajo infantil)⁵¹. Más tarde, en la Decisión de fondo de 17 de octubre de 2001 sobre la Reclamación n° 10/2000 (*Tehy ry y STTK ry c. Finlandia*) se declaró la vulneración del artículo 2.4 CSE, al no contemplarse el derecho a permisos pagados suplementarios o a una reducción de la jornada laboral en caso de ocupación en trabajos peligrosos o insalubres. Para el CEDS, las tareas que implican una exposición a radiaciones ionizantes (en el sector sanitario en Finlandia, en el caso de autos) quedan cubiertas por el artículo 2.4 CSE. En la misma línea que el caso anterior, pero con un alcance más amplio, en la Decisión de fondo de 6 de febrero de 2007 sobre la Reclamación n° 30/2005 (*Fundación Marangopoulos por los derechos humanos c. Grecia*) se determinó no sólo que hubo violación del artículo 2.4 CSE por no prever una compensación en tiempo de trabajo (reducción de la jornada laboral) a las personas empleadas en sectores peligrosos como el minero (explotación de lignito), sino asimismo una violación del artículo 3.2 (derecho a la seguridad e higiene en el trabajo por la no adopción de reglamentos en dicho ámbito) y del artículo 11 (derecho a la protección de la salud) en sus tres apartados, por el impacto de la explotación de lignito tanto para la salud y la seguridad

50 Al respecto, se ha observado con todo acierto sobre esos riesgos psicosociales causados por el uso de las nuevas tecnologías en el terreno laboral, incluido el trabajo a distancia, al que tampoco son ajenas situaciones de *burnout*, tecnoestrés, fatiga digital o violencia en el trabajo, todo lo cual comporta una serie de riesgos para la salud cuya toma en consideración debe incorporarse a la acción preventiva de la empresa: MIÑARRO YANINI, Margarita: “La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunidad en la seguridad y salud en el trabajo. Protección de datos y prevención de riesgos; violencia tecnológica en el trabajo; medios de prevención”, *Documentación Laboral*, n° 119, 2020, p. 17. De manera más específica sobre la relevancia del *burnout* en las profesiones asistenciales y ocupaciones en el ámbito sanitario hasta plantearse la consideración del *burnout* como accidente de trabajo, léase GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo: “Pandemia, personal sanitario y *burnout*: el síndrome de estar quemado como enfermedad del trabajo”, *Lex Social*, vol. 11, n° 2, 2021, pp.

51 Según el CEDS, el artículo 7 CSE “persigue asegurar la protección de los niños y adolescentes contra los riesgos que comporta la realización de trabajos susceptibles de tener repercusiones negativas sobre su salud, su moralidad, su desarrollo y su educación” (apartado 26). El caso es que las excepciones previstas por esta misma disposición (los llamados “trabajos ligeros”) fueron interpretadas restrictivamente por el CEDS, subrayando ya desde esa primera decisión que la CSE reconoce “derechos no teóricos, sino efectivos”, que se impone hacer realidad su “efecto útil” y que todo ello comporta unas “obligaciones positivas” para los Estados.

de las personas empleadas en las minas de tal sustancia como para el medio ambiente y la salud de la población que vive en las principales regiones de explotación del lignito.

Esta decisión sobre la Reclamación n° 30/2005 constituye un caso *estrella* en la materia, al menos desde un doble punto de vista: de un lado, por introducir la idea de “violación continua” (sin utilizar explícitamente dicha expresión, aunque sí otra similar -”hechos ilícitos continuos”-) al considerar que la obligación de prevenir los daños asociados a la contaminación puede considerarse “violada en tanto en cuanto la contaminación continúe e incluso agravarse progresivamente mientras no se adopten medidas suficientes para poner término a dicha violación” (párrafo 193); y, de otro lado, porque era la primera vez que el CEDS verificaba la conformidad o no de una situación nacional con el derecho a la protección de la salud del artículo 11 CSE por cuestiones medioambientales. Desde esta perspectiva, el CEDS aprovecha la ocasión para fijar su posición sobre el derecho a un medio ambiente sano con apoyo en el artículo 11 CSE y poniéndolo en estrecha conexión con el derecho a la vida del artículo 2 CEDH, entre los que percibe una “complementariedad evidente” (párrafo 202).

Merece la pena añadir que esa noción de violación continua desde el punto de vista sustancial o material se perfila más ambiciosa que la utilizada por el TEDH a través de la faceta procedimental o instrumental del derecho a la tutela judicial efectiva: en tal sentido, cabe mencionar la STEDH *Howald Moor y otros c. Suiza* de 11 de marzo de 2014, en donde si bien la Corte de Estrasburgo no acudió a esa noción de “violación continuada” de derechos fundamentales, sí que se consideró que la aplicación de los plazos de prescripción y de caducidad para ejercer las acciones indemnizatorias correspondientes frente al empleador y frente a las autoridades nacionales (por parte del demandante, un trabajador que había sufrido un tumor cancerígeno muy agresivo por su contacto con el amianto en su empleo) habían comportado una violación del artículo 6 CEDH; aunque el establecimiento de plazos sea trasunto lógico del principio de seguridad jurídica, ello debe conciliarse con circunstancias como la dificultad científica de demostrar la afección de algunas enfermedades como la de autos. Al margen de este supuesto, el TEDH se ha mostrado circunspecto a la hora de acometer ese contencioso referente a enfermedades profesionales con apoyo en el citado artículo 6 CEDH, haciendo prevalecer la solución mayoritaria de inadmisión de casos por defecto manifiesto de fundamento⁵².

En todo caso, sin perjuicio del impacto posible de las reglas procedimentales, el TEDH ha tenido presente el juego de las obligaciones positivas de las autoridades públicas, articuladas eventualmente a través de la inspección laboral. Como ilustración, la STEDH *I.B. c. Grecia*, de 3 de octubre de 2013, versó sobre el despido de un empleado seropositivo bajo la presión del resto de personal de la empresa: se concluyó que hubo violación del artículo 8 CEDH (respeto de la vida privada y familiar) y del artículo 14 CEDH (no discriminación), tras considerarse que las jurisdicciones internas habían motivado su decisión de avalar la legalidad del despido con apoyo

52 Sirvan para ilustrarlo dos ejemplos de inadmisión: de un lado, la decisión de 27 de marzo de 2012 en el caso *Eternit c. Francia* (litigio entre la administración de las seguridad social y una empresa por supuesta falta de comunicación a ésta por parte de aquélla de los documentos referentes al reconocimiento de la naturaleza de enfermedad profesional a un empleado de dicha empresa); de otro lado, la decisión de 17 de noviembre de 2015 en el caso *Dolopoulos c. Grecia* (se denunciaba por el demandante, director de una sucursal bancaria, que habría desarrollado una enfermedad psíquica y una depresión profunda como consecuencia de las tácticas de acoso por parte de la superior dirección de la entidad financiera, ante la pasividad de la inspección laboral).

en un dato manifiestamente inexacto, a saber, el carácter contagioso del demandante, habiéndose infligido a la víctima un trato discriminatorio basado en su estado de salud.

Otro punto de interés de la decisión de fondo sobre la Reclamación n° 30/2005 radica en que el CEDS, pese a valorar positivamente el nivel de asunción formal de compromisos internacionales (tanto de Naciones Unidas como de la UE) y el marco legislativo estatal, reprocha no obstante en el terreno práctico la falta de diligencia de las autoridades griegas en los procedimientos de autorización ambiental, la inejecución de diversas sentencias del Consejo de Estado griego, la inobservancia manifiesta de consultar e informar a las poblaciones expuestas a los riesgos ambientales o la ausencia de medidas suficientes para velar por los riesgos sanitarios sufridos por dichas poblaciones; en suma, pese al margen de apreciación reconocido a las autoridades nacionales en materia ambiental, el CEDS entiende que no ha habido un justo equilibrio entre los intereses de las personas residentes en las regiones de explotación de lignito y el interés general⁵³.

Por último, en lo relativo al alcance del derecho a la dignidad en el trabajo del artículo 26 CSE, de conformidad con sus apartados 1 y 2 los Estados deben tomar todas las medidas necesarias en materia de prevención y reparación para proteger a los trabajadores contra el acoso, sexual y moral. En particular, para el CEDS incurre en responsabilidad el empleador en caso de acoso que involucre a sus empleados o cuando dichas acciones se cometan en las instalaciones de las que es responsable, incluso por parte de terceros⁵⁴. Además, las víctimas de acoso deben poder apelar ante un organismo independiente para obtener una reparación, y la legislación debe prever una inversión de la carga de la prueba. Y, por lo demás, los recursos legales efectivos deben incluir una

53 En conexión con este pronunciamiento, léase asimismo la Decisión de fondo de 23 de enero de 2013 de resolución de la Reclamación n° 72/2011 (*Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos c. Grecia*) en la que el CEDS concluyó la violación del artículo 11 CSE (derecho a la salud) como consecuencia de la contaminación masiva y los efectos perniciosos para la salud de los habitantes cercanos al río Asopos y en los alrededores de la zona industrial de Inofyta, situada a 50 kilómetros al norte de Atenas; y ello especialmente por la ausencia de un programa de información sistemática y de sensibilización de la población afectada por la citada polución, contraviniendo de este modo las autoridades griegas sus obligaciones positivas en la materia.

54 Merece la pena subrayar la trascendencia del artículo 26 siguiendo una vez más a MONEREO PÉREZ, José Luis: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, op.cit., p. 112: “en el Derecho europeo se garantiza explícitamente el derecho a la dignidad en el trabajo (art. 26 de la Carta Social Europea Revisada en 1996). De este modo el fundamento primero de los derechos sociales fundamentales es la dignidad humana y ésta tiene complementariamente la consideración de un derecho en el trabajo (en el fondo en el mundo de las relaciones laborales) con el contenido esencial que se incorpora expresamente en el art. 26 CSE. En el marco de las relaciones laborales se opera el llamado ‘efecto horizontal’ de los derechos fundamentales, pues los derechos fundamentales de la persona que trabaja (generales y específicos) operan no sólo frente al Estado, sino también frente a los particulares, creando obligaciones y posiciones activas de ventaja. Los derechos fundamentales son *ex constitutione* exigibles frente a terceros (El TC admite la eficacia horizontal en las relaciones laborales, pero ‘han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en principio de la autonomía de la voluntad (SSTC 177/1988, de 10 de octubre, f.j.4; 171/1989, de 19 de octubre, f.j.1; 2/1998, de 12 de enero, f.j.2, entre otras...). Por ello se puede hablar de trabajo ‘decente’ entendiéndolo por tal el trabajo digno que incorpora un haz completo de derechos generales y específicos de la persona que trabaja. Y precisamente el trabajo ‘precario’ se contraponen al trabajo ‘decente’ -o trabajo digno- defendido por la OIT. El trabajo decente es un trabajo realizado en condiciones de seguridad, de libertad y equidad. Ello es, en gran medida, resultado de ser un trabajo protegido, en virtud del cual el trabajador goza de un estatuto jurídico-protector. Esta noción de trabajo decente -basada en el principio de solidaridad- puede permitir la introducción de límites a la mercantilización de las personas”.

compensación adecuada para cubrir daños materiales y morales y, cuando corresponda, la readmisión de las víctimas a su puesto, incluso cuando hayan renunciado debido al hostigamiento⁵⁵. Ni que decir tiene que, como prevé la actual Ley española de trabajo a distancia (Ley 10/2021, de 9 de julio), las empresas están obligadas a tener en cuenta las particularidades de dicho trabajo, “especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral” (artículo 4.4), lo que consecuentemente impone incorporar una protección específica en el entorno digital frente al ciberacoso⁵⁶.

En lo que concierne a los avances apreciados en este terreno por el CEDS en el examen del ciclo de control que dio lugar a las Conclusiones de 2018 (últimas, como se decía, en las que se abordó la garantía del derecho a la dignidad en el trabajo del artículo 26 CSE), se dan cuenta de los siguientes por referencia a estos países⁵⁷: en Andorra (con la creación de un servicio especializado que proporciona asistencia transversal -social, psicológica y legal- a las mujeres víctimas de acoso sexual, o la modificación en abril de 2015 del Código Penal para perfilar la definición de tal acoso sexual), en Lituania (con la introducción en el nuevo Código de Trabajo, con vigencia desde julio de 2017 de una disposición que prohíbe expresamente el acoso moral), en Moldavia (enmiendas legislativas en abril de 2016 para que los empleadores informen explícitamente a los empleados sobre la prohibición de todos los actos de discriminación y acoso en el trabajo, con la eventual obligación de informar a la policía), en Macedonia del Norte (nueva Ley de Protección contra el Acoso en el Lugar de Trabajo, aprobada en 2013, que refuerza el papel de la inspección de trabajo en este ámbito), en Turquía (con la adopción en 2014 de directrices sobre acoso moral en el trabajo por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o una definición más minuciosa del acoso psicológico y moral en el trabajo en la nueva legislación vigente a partir de abril de 2016) o en Ucrania (con la publicación en el período de referencia de una manual para empleadores titulado “Respeto del principio de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo en los sectores público y privado en Ucrania”, que incluye recomendaciones sobre qué hacer ante una queja).

2.3. Una terminación digna de la relación contractual

En el anterior apartado II.1 se ha subrayado que, especialmente con motivo de los casos *GE-NOP-DEI* y *AEDDY c. Grecia* (Reclamaciones n° 65/2011 y n° 66/2011, decisiones de fondo de 23 de mayo de 2012, apartados 16-18 y 12-14, respectivamente) relacionados con las medidas de flexibilidad laboral adoptadas en Grecia por influencia de la Troika, el CEDS estableció una especie de ponderación de esas medidas flexibilizadoras con la necesaria prioridad al respeto de la dignidad en el trabajo. Así, para el CEDS, al aceptar la CSE los Estados Partes han aceptado perseguir por “todos los medios útiles” la realización de condiciones aptas para asegurar el “ejercicio efectivo” de un cierto número de derechos, especialmente el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica, y el derecho a los servicios sociales. Por ello, la crisis económica y financiera de entonces y, por lo mismo, la crisis pandémica de ahora, no debe traducirse en una reducción de la protección, sobre todo en el momento en el que

55 Esta síntesis de su jurisprudencia puede leerse en las Conclusiones últimas (2018) en las que abordó el examen del artículo 26 CSEr.

56 MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: “Un nuevo tiempo para la salud psicosocial en el trabajo: fragmentos de Derecho vivo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n° 461-462, 2021, p. 169.

57 JIMENA QUESADA, Luis: “Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2018-2019”, *Lex Social*, vol. 2, n° 10, 2020, pp. 776-777.

la necesidad de protección se hace más acuciante; de modo que, si la crisis puede legítimamente conducir, en unos u otros ámbitos, a reorganizar los dispositivos normativos y las prácticas vigentes con vista a limitar algunos costes para los presupuestos públicos o a aligerar las cargas que pesan sobre las empresas, semejante reorganización no debería traducirse en una precarización de los beneficiarios de los derechos reconocidos por CSE⁵⁸.

Enlazando con la protección del derecho a la dignidad en el trabajo y siguiendo la lógica argumentativa, cabe esgrimir que el acoso de la persona trabajadora no debe tener como consecuencia una terminación indigna de la relación contractual. Lamentablemente, ese fue el fondo del litigio que dio lugar a la importante STJUE de 17 de julio de 2008 (*Coleman*, asunto C-303/06), la cual da acogida a la “discriminación por asociación” sufrida por personas que, sin tener ellas mismas discapacidad, están sometidas a discriminación directa o acoso en el empleo por estar vinculadas con persona con discapacidad⁵⁹(discriminación laboral de madre que cuidaba a hijo con discapacidad y se vio abocada a un supuesto “despido voluntario” que, realmente, encubría un “despido encubierto”, apartados 21 y 22). Es cierto que el TJUE no apela directamente a la dignidad, más allá de la cita de la Directiva antidiscriminatoria, lo que no es óbice para entender que sí tuvo peso en su razonamiento la argumentación más explícita invocando la dignidad avanzada por el Abogado General (apartados 8 a 15 y 22 de sus Conclusiones).

Abundando en esa línea, la más reciente STJUE de 15 de julio de 2021 (*Tartu Vangla*, asunto C-795/19) considera discriminatorio por razón de discapacidad despedir a un funcionario de prisiones por falta de agudeza auditiva según la normativa estonia cuando llevaba 15 años desempeñando el puesto, no habiendo cumplido el empleador público con la obligación de realizar los “ajustes razonables” correspondientes. De nuevo, es verdad que el TJUE no invoca explícitamente el respeto de la dignidad en la terminación de la relación laboral y, en esta ocasión, las conclusiones del Abogado General tampoco se hacen eco de ella; en cambio, la dignidad impregna de alguna manera el hilo conductor del razonamiento del TJUE al asentarse en el paradigma universal de la Convención de la ONU de 2006; la cual, por cierto, constituyó el primer tratado internacional con respecto al que la Unión Europea como tal decidió ser Parte Contratante⁶⁰. Y,

58 Acúdase a la reflexión de TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel: “¿Es posible la seguridad a la par que la flexibilidad en el despido?”, en LOPEZ GANDÍA, Juan, y BLASCO PELLICER, Angel (coords.): *Crisis de empresa y derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 457-482.

59 RIDAURA MARTÍNEZ, M^a Josefá: “La contribución del Tribunal Constitucional español a la deconstrucción de la discriminación por razón de sexo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 24, vol. 2, 2020, p. 356-357.

60 La UE ratificó la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad en enero de 2011, siendo el primer tratado internacional de derechos humanos que suscribió como Organización supranacional, convirtiéndose en la 97^a Parte Contratante. A tal efecto, la UE estableció el llamado “Marco de la UE relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. Este marco responde al mandato previsto en el artículo 33.2 de la Convención, que exige que los Estados Parte establezcan un marco para promover, proteger y supervisar su aplicación. Desde este punto de vista, como Parte de la Convención, la UE ha designado un marco propio en relación con los asuntos de su competencia, a saber: a) la legislación y la política de la UE: lucha contra la discriminación, derechos de los pasajeros, financiación de la UE, etc.; y b) administración pública de la UE: selección de personal, acceso a los documentos, etc. El Marco de la UE complementa los marcos nacionales de supervisión, que se encargan de promover, proteger y supervisar la aplicación de la CDPD en los Estados miembros de la UE. El Marco entró en vigor en 2013, sobre la base de una propuesta de la Comisión Europea que fue adoptada por el Consejo de la UE en 2012.

a este respecto, debe tenerse presente la distinción entre la general “accesibilidad” (se relaciona con grupos de personas) y los concretos “ajustes razonables” (para casos individuales); tal como se efectúa en la Observación General n° 2 (2014) sobre el alcance de la accesibilidad (apartados 25 y 26) prevista en el artículo 9 de la Convención⁶¹.

Y una ulterior reflexión se impone con análoga lógica argumentativa. Justamente, si la remuneración ha de ser equitativa para que el desempeño del trabajo pueda ser calificado de digno, la protección en caso de despido ha de guiarse igualmente por parecidos estándares de dignidad. Parámetros que no han sido considerados respetuosos por el CEDS cuando la legislación nacional impone una limitación autonómica desvinculada del perjuicio causado por la terminación de la relación laboral. Sobre este punto, resulta insoslayable aludir a un pronunciamiento de gran envergadura del CEDS, tanto en clave de análisis de las reformas laborales flexibilizadoras como de sinergias con otros estándares internacionales y constitucionales. Se trata de la decisión de fondo del CEDS de 11 de septiembre de 2019, sobre resolución de la Reclamación colectiva n° 158/2017 (*CGIL, Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italia*); en ella, el sindicato reclamante denunciaba la vulneración del derecho a la protección en caso de despido del artículo 24 CSE revisada, por cuanto el Decreto-ley n° 23/2015 relativo a la protección aplicable a los asalariados del sector privado en caso de despido ilegal prevé un mecanismo de cálculo de la indemnización que establecería un tope desvinculado del perjuicio real sufrido por el trabajador o trabajadora; norma corroborada por el posterior Decreto-ley n° 87 de 12 de julio de 2018 (pese a haber aumentado esta última norma los montantes mínimo y máximo de la indemnización prevista por la disposición precedente).

El caso es que el CEDS acogió la demanda colectiva, estimando efectivamente que hubo violación de la citada disposición, tras concluir que “ni las vías jurídicas alternativas que ofrecen al trabajador víctima de despido ilegal una posibilidad de reparación más allá del límite establecido por la ley vigente, ni el mecanismo de conciliación, tal como se prevén por las disposiciones litigiosas, permiten en todos los casos de despido sin motivo válido obtener una reparación adecuada, proporcional al perjuicio sufrido y susceptible de disuadir para recurrir a los despidos ilegales” (párrafos 104-105). Se trata de una conclusión que, de algún modo, contaba con el aval de la jurisprudencia del propio CEDS en el sistema de informes y en el mecanismo de reclamaciones colectivas, además de afortunadamente coincidir con la propia jurisprudencia constitucional italiana, como se pone de manifiesto en la misma decisión de fondo⁶².

Esta decisión de fondo de 11 de septiembre de 2019 sobre la Reclamación n° 158/2017 merece unos ulteriores comentarios. Es cierto que la Sentencia n° 194 de 25 de septiembre de 2018 de la Corte Constitucional italiana declaró la ilegitimidad constitucional de la limitación de la indemnización por despido establecida en el artículo 3, apartado 1, del Decreto-ley n° 87

61 Se incide en ello en la Observación General n° 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación.

62 Párrafo 96: “El Comité recuerda que cualquier tope o límite que pueda tener el efecto de que las indemnizaciones otorgadas no estén en relación con el perjuicio sufrido y no sean suficientemente disuasorias es, en principio, contrario a la Carta, como lo ha declarado también, en cierta medida, la Corte Constitucional italiana en su sentencia n° 194/2018. En caso de tope de las indemnizaciones otorgadas como compensación por el perjuicio material, la víctima debe poder pedir reparación por el perjuicio moral sufrido a través de otras vías jurídicas, y las jurisdicciones competentes para otorgar una indemnización por el perjuicio material y moral sufrido deben pronunciarse en un plazo razonable (*Finnish Society of Social Rights c. Finlandia*, Reclamación n° 106/2014, decisión de admisibilidad y de fondo de 8 de septiembre de 2016, § 46, Conclusiones 2012, Eslovenia y Finlandia)”.

de 12 de julio de 2018 sobre disposiciones urgentes para la dignidad de los trabajadores y de las empresas (*Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese*), norma conocida en Italia con el anglicismo “Jobs Act”. Es verdad igualmente que la Corte Constitucional tomó en consideración en su fundamento jurídico 14 “la idoneidad de la Carta Social Europea para integrar el parámetro del artículo 117, apartado primero, de la Constitución, y también ha reconocido la autoridad de las decisiones del Comité [Europeo de Derechos Sociales], aunque no vinculantes para los jueces nacionales (Sentencia n° 120 de 2018)”. Por consiguiente, la Corte Constitucional establece un delicado equilibrio, por un lado al declarar ese carácter no vinculante de las decisiones del CEDS y, por otro lado, al destacar en ese mismo fundamento jurídico 14 la relevancia interpretativa de la Carta Social Europea revisada, porque “evidentemente, el artículo 24 [de la Carta], que se inspira en la ya mencionada Convención n° 158 de 1982 de la OIT, especifica en el plano internacional, en armonía con el artículo 35, apartado tercero, de la Constitución, con respeto al despido injustificado, la obligación de garantizar la adecuación de la indemnización”.

Verdaderamente, es desafortunada e innecesaria esa manifestación de la Corte Constitucional italiana (que lógicamente rechazo) sobre la no vinculatoriedad de las resoluciones del CEDS, pues establece un artificial discernimiento entre fase de interpretación (de la norma constitucional a la luz de la norma internacional -de la CSE-) y fase de aplicación (de la resolución de la instancia internacional -el CEDS- habilitada por la propia norma internacional para llevar a cabo la interpretación auténtica de ella). Y es desafortunada e innecesaria porque ello puede tener el efecto de disuadir a las jurisdicciones nacionales a la hora de secundar la interpretación internacional, eventualmente ejerciendo el control de convencionalidad. A este respecto, ya sabemos que en otros países europeos como Francia, el control de convencionalidad cuenta con larga tradición y experiencia: en el ámbito particular que nos ocupa, y pese a la postura reticente de su corte suprema del orden social a la hora de asumir el parámetro de la CSE (Pleno de la Corte de Casación, dictámenes n° 15012 y 15013 de 17 de julio de 2019, procedentes respectivamente de los consejos de “prud’hommes” de Louviers y de Toulouse⁶³), los órganos jurisdiccionales sociales han asumido el canon internacional frente a la reforma introducida en 2017 en el Código de Trabajo (artículo L. 1235-3-1 del *Code du travail*) precisamente en esa materia de establecimiento de límite de las indemnizaciones por despido abusivo (*plafonnement des indemnités pour licenciement abusif*). En particular, desde finales de 2018 ha habido numerosos pronunciamientos de los *Conseils de Prud’hommes* mediante los que han decidido no aplicar la norma nacional controvertida por ser contraria al artículo 10 del Convenio n° 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo y al artículo 24 CSE revisada⁶⁴; lo cual cuenta ahora, no únicamente con el soporte de la jurisprudencia del CEDS en el sistema de informes, sino con este reciente espaldarazo de su decisión de fondo de 11 de septiembre de 2019 (*CGIL c. Italia*), sin perjuicio de las reclamaciones colectivas formuladas (alegando igualmente la violación del artículo 24 CSE revisada), en estado de litispendencia, ante el mismo CEDS frente a Francia con relación a esa controvertida reforma⁶⁵.

63 En la parte dispositiva de ambos dictámenes se declara: “Las disposiciones del art. 24 de la Carta social europea revisada no tienen efecto directo en Derecho interno en un litigio entre particulares” (“*Les dispositions de l’article 24 de la Charte sociale européenne révisée ne sont pas d’effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers*”).

64 Tales pronunciamientos han sido ilustrativamente percibidos en clave de “revuelta y «coherencia» de los *Conseils de prud’hommes* frente a la modificación de las indemnizaciones por despido injustificado: el Convenio núm. 158 de la OIT y la CSE revisada como trinchera de resistencia”: SALCEDO BELTRÁN, C.: “Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEJ*, n° 434, 2019, p. 184.

65 Entre ellas, la Reclamación n° 160/2018, *Confederación General del Trabajo-Fuerza Obrera, CGT-FO c. Francia* (registrada el 12 de marzo de 2018 y admitida el 11 de septiembre de 2018), Reclamación n° 171/2018,

3. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL IMPACTO POSITIVO DE LA ACEPTACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA EN MATERIA DE DIGNIDAD EN EL MUNDO LABORAL

De entrada, es obvio que la reciente ratificación de la CSE revisada (con vigencia desde el 1 de julio de 2021) y la aceptación del procedimiento de reclamaciones colectivas no puede sino tener un impacto positivo en el establecimiento de unas relaciones laborales acordes con los estándares del baluarte de la “Constitución social de Europa”⁶⁶ y pilar del “Modelo social europeo”⁶⁷. ¿En qué cabe cifrar dicho impacto positivo?⁶⁸

Primeramente, se produce un reforzamiento del catálogo de derechos sociales, puesto que a los reconocidos en la CSE originaria de 1961 y su Protocolo de 1988⁶⁹, se añaden otros, concretamente: protección en caso de despido (artículo 24), protección caso insolvencia empleador (artículo 25), dignidad en el trabajo (artículo 26), conciliación vida familiar y profesional (artículo 27), protección y facilidades representantes trabajadores (artículo 28), información y consulta en despidos colectivos (artículo 29), protección contra pobreza y exclusión social (artículo 30) y vivienda (artículo 31). Desde luego, en lo que atañe a la dignidad en el trabajo, comprobamos que, cuando menos, son dos las disposiciones de referencia que están dando juego a la optimización de la dignidad en la disciplina de las relaciones laborales, concretamente los artículos 24 y 26 CSE revisada que han sido objeto de atención en los apartados anteriores.

CGT c. Francia, registrada el 7 de septiembre de 2018 y admitida el 3 de julio de 2019), la Reclamación n° 175/2019, *Sindicato CFDT de la Metalurgia de la Meuse c. Francia* (registrada el 31 de enero de 2019 y admitida el 28 de enero de 2020), la Reclamación n° 176/2019, *Unión Sindical Solidarios SDIS c. Francia* (registrada el 5 de febrero de 2019 y admitida el 6 de diciembre de 2019), la Reclamación n° 181/2019, *Sindicato CFDT general de los transportes y del medio ambiente de l’Aube c. Francia* (registrada el 20 de mayo de 2019 y admitida el 13 de mayo de 2020) y la Reclamación n° 182/2019, *Sindicato CFDT de la Metalurgia de la Meuse c. Francia* (registrada el 20 de mayo de 2019 y admitida el 13 de mayo de 2020).

66 Véase DE SCHUTTER, Olivier (Coord.), *The European Social Charter: A Social Constitution for Europe/La Charte sociale européenne: Une constitution sociale pour l’Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010. Con este espíritu, en el Informe de 2015 del anterior Secretario General del Consejo de Europa, Thorbjørn Jagland, sobre el *Estado de la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho en Europa. Una responsabilidad compartida para la seguridad democrática en Europa* (presentado en la 125ª sesión del Comité de Ministros en Bruselas, el 19 de mayo de 2015), se subraya una vez más (p. 76) que la CSE “representa la *Constitución social de Europa* y es un componente esencial de la arquitectura de los derechos humanos del continente”.

67 MORENO FERNÁNDEZ, Luis: “El Modelo Social Europeo en la encrucijada”, en MASALA, P. (Ed.), *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, p. 47: para dicho autor, cabe identificar el paso de la dimensión nacional-estatal a la continental europea como el reto político más decisivo para el futuro del Modelo Social Europeo y de los Estados del bienestar europeos.

68 Tras analizar pormenorizadamente el impacto constitucional positivo que hasta ahora ha proyectado en España la CSE (incluso antes de aceptar nuestro país la versión revisada y el procedimiento de reclamaciones colectiva), ha concluido TERRÁDEZ SALOM, Daría: *La Carta Social Europea en el orden constitucional español*, Sevilla, Athenaica, 2018, pp. 311-312: “Tanto la CSE como la jurisprudencia del CEDS son pues, en la actualidad, instrumentos necesarios para contrarrestar las regresiones a épocas más oscuras donde la dignidad de los trabajadores, y en general de las personas, no quedaba en absoluto garantizada”.

69 España ratificó la CSE de 1961 el 6 de mayo de 1980 y el Protocolo adicional de 1988 el 24 de enero de 2000 (misma fecha en la que ratificó el Protocolo de enmienda de 1991).

En segundo lugar, como quiera que los derechos valen tanto como las garantías, ese nuevo “minicatálogo” adicional será sometido al control del sistema de fuentes (lo que hasta ahora no era posible *ratione materiae*) y, sobre todo, podrá ser objeto de garantía a través del procedimiento de reclamaciones colectivas. Como hemos visto, las situaciones relacionadas con el derecho consagrado en el artículo 24 CSE no son ajenas a controversia en España y, por tanto, la jurisprudencia previa del CEDS en la materia constituirá un insoslayable canon hermenéutico y aplicativo de referencia. E, indudablemente, el ámbito material y personal de aplicación del artículo 26 CSE en España brinda perspectivas de mejora a través de dicho procedimiento de monitoreo. Por añadidura, los otros derechos que ya estaban reconocidos en la CSE revisada y en el Protocolo de 1988 (ahora consolidados en la versión revisada de la CSE) serán asimismo susceptibles lógicamente de control directo a través de ese procedimiento de reclamaciones.

Pongamos como ejemplo, bajo este último prisma, la compleja regulación de las guardias localizadas en España. Ahora, se habrá de tener presente con menos vacilaciones la jurisprudencia del CEDS en lo que respecta a la no asimilación de dichas guardias con períodos de descanso y, por ende, la obligatoriedad de compensar equitativamente la puesta a disposición del empleador y de remunerar de manera igualmente digna los períodos de efectiva prestación, así como la necesidad de un justo cómputo de esas guardias localizadas como parte del tiempo de trabajo; aspecto, este segundo, que todavía no cuenta con perfiles totalmente definidos en la jurisprudencia del CEDS, pese a decisiones que viene consolidando su línea interpretativa como la Decisión de fondo de 19 de mayo de 2021 anteriormente examinada (Reclamación colectiva n° 149/2017, *CGT y CFE-CGC c. Francia*). Deberá procederse a una disciplina más clara y acorde con la seguridad jurídica del régimen de las guardias localizadas tomando en consideración ambos indicadores (su compensación económica y su cómputo como tiempo de trabajo), evitando igualmente que los pluses ya existentes de disponibilidad y el solapamiento con el régimen de horas extraordinarias jueguen un papel distorsionador.

En tercer término, se propiciará un reforzamiento del diseño constitucional multinivel interno de protección de los derechos socio-laborales. Una manifestación meridiana de ello se proyectará en la mayor visibilidad de la CSE y de las resoluciones del CEDS a la hora de asegurar su ejecución, implementación y efectividad por parte de todas las autoridades públicas y de los interlocutores sociales, así como a todos los niveles territoriales⁷⁰. En todo caso, una de las concreciones más significativas vendrá de la mano de la mayor visibilidad y seguridad jurídica en el modo de articular en España el ejercicio del control de convencionalidad por parte de las jurisdicciones nacionales⁷¹. Una ilustración reciente contribuirá a aprehender el alcance de la asunción de la CSE revisada y del procedimiento de reclamaciones colectivas. En efecto, del mismo modo que hubo órganos jurisdiccionales españoles de lo social que inaplicaron la legislación de 2012 sobre reforma del mercado de trabajo en lo referente al polémico período de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores por entenderla contraria al parámetro de la CSE según la interpretación del CEDS en casos sobre

70 JIMENA QUESADA, Luis: “La efectividad de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (Coord.): *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 125167

71 SALCEDO BELTRÁN, Carmen: “Derechos sociales y su garantía: la incluíble aprehensión, disposición e implementación de la Carta Social Europea (Constitución Social de Europa)”, *Revista de Derecho Social*, n° 83, 2018, p. 73: “es más que patente la relevancia que tiene la jurisprudencia del CEDS como parámetro de protección más elevado y su legítima y necesaria implementación por los órganos jurisdiccionales nacionales”.

Grecia con análoga modalidad contractual, y ello tanto con anterioridad como con posterioridad a la STC 119/2014, de 16 de julio, que avaló su constitucionalidad en España (luego, el CEDS declaró explícitamente la contrariedad a la CSE de la normativa española en el marco del sistema de informes), más recientemente ha habido un similar ejercicio de control de convencionalidad por jurisdicciones del orden social en relación con la disposición de Estatuto de los Trabajadores (ET) que validada el despido por absentismo laboral cuando mediaran bajas médicas reiteradas, aunque estuvieran justificadas y, nuevamente, pese a ser declarada constitucional dicha previsión (artículo 52.d ET) mediante la STC 118/2019, de 16 de octubre.

Lo ilustra la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1a) nº 274 de fecha 17 de enero de 2020 (recurso de suplicación nº 5532/2019), en donde se inaplicaba el citado precepto del ET (después derogado mediante Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero) por contrariedad con el artículo 24 CSE revisada, interpretado conjuntamente con el Convenio nº 158 de la OIT y el artículo 3 CSE. Es cierto que el artículo 24 CSE revisada no podía operar de manera autónoma al no estar ratificado el texto revisado del tratado por España en el momento de autos; sin embargo, la técnica de la conexión de derechos (articulada a través del artículo 3 CSE de 1961, que sí formaba parte del ordenamiento interno en virtud del artículo 96 de la Constitución) facilitó la conclusión alcanzada por el TSJ de Cataluña. Pese a la corrección de esa técnica hermenéutica, parece evidente que, ya incorporada al ordenamiento español la CSE revisada, reflejaría mayor contundencia la aplicación directa, en vez de indirecta, del artículo 24 CSE revisada. Con carácter añadido, una eventual reclamación colectiva ante el CEDS poniendo en entredicho directamente la normativa litigiosa de haber sido acogida (en caso de no haber sido derogada), reconfortaría aún más al intérprete y aplicador doméstico, de tal suerte que la divergencia entre el canon constitucional restrictivo y el estándar convencional (de la CSE) más favorable habría de saldarse en beneficio del segundo (artículo 32 CSE de 1961 y artículo H CSE revisada). Ni que decir tiene que, en el supuesto de no haber sido atendida la reclamación, ello habría reconfortado al “guardián” de la Constitución y proyectará igualmente seguridad jurídica. Si acaso, la eventualidad de contenciosos paralelos y tal vez convergentes podría evitarse mediante el establecimiento de la jurisdicción consultiva del CEDS a través de un Protocolo de reforma de la CSE análogo al Protocolo nº 16 al CEDH.

En cuarto lugar, otro efecto positivo de la asunción de la CSE revisada y del procedimiento de reclamaciones colectivas por parte de España tiene que ver con la ampliación del abanico de ámbitos socio-laborales sometidos a la supervisión del CEDS (incluidos los mencionados que engarzan con la dignidad en el trabajo) y, consecuentemente, susceptibles de beneficiarse de una solución europea que dote de tanta más legitimidad cuanto mayor dificultad de consenso social haya existido en la negociación y adopción de determinadas normas laborales. Y ello, en la actualidad, no solamente en el contexto del más lento mecanismo de informes, sino especialmente del más expeditivo procedimiento de reclamaciones colectivas.

La operatividad de dicho procedimiento puede forjar un mayor dinamismo en la delimitación del modelo de relaciones laborales por parte de los interlocutores sociales, auténticos protagonistas de la activación del mecanismo junto con las organizaciones de la sociedad civil⁷². Acostumbro a sostener que, si hay buenas decisiones de fondo del CEDS es porque se formulan

⁷² De los tres actores legitimados, la acción sindical, junto con la acción de la sociedad civil, es la principal fuente de reclamaciones colectivas y, consiguientemente, de decisiones del CEDS forjadoras de jurisprudencia con impacto en las personas como destinatarias últimas. Algunas cifras sobre la práctica del CEDS: el número de reclamaciones hasta la fecha es de 202), habiendo sido formuladas 101 por ONG, 95

buenas reclamaciones colectivas, sin perjuicio de la entrada en escena del principio *jura novit curia* cuando esas denuncias no denoten tanta calidad. Por otra parte, el papel de las organizaciones legitimadas no se limita a la formulación de las reclamaciones, sino que se prolonga a la fase de seguimiento de la decisión a efectos de su cumplimiento, ejecución o implementación.

Finalmente, otro efecto beneficioso de la aceptación de la CSE revisada y del procedimiento de reclamaciones colectivos se proyecta sobre la Academia, la cual se verá interpelada a reforzar su implicación e interés en la difusión, promoción y defensa de la dignidad humana en el marco de las relaciones laborales. La aceptación de ambos elementos del sistema europeo de derechos sociales (texto revisado y procedimiento de reclamaciones) debe servir como acicate para que, desde la Universidad, se repare en que con ellos se hace más realidad y se guarda mayor coherencia con la indivisibilidad de los derechos humanos (en el reconocimiento y en las garantías), se reconduzca a su justa medida la “obsesión convencional” (por el CEDH y por el TEDH) en materias socio-laborales, quede más circunscrita la “exageración comunitaria” (por la CDFUE y por el TJUE) al ponderar el alcance del Derecho social comunitario europeo y, en definitiva, se centren los esfuerzos en la optimización de los vectores socio-laborales de nuestro sistema constitucional de derechos y libertades.

En todo caso, no debe olvidarse que ese Derecho social de la UE, ahora emblemáticamente ubicado en la Carta de los Derechos Fundamentales tras la vigencia del Tratado de Lisboa, tiene como fuente de inspiración primordial la CSE del Consejo de Europa (tanto la originaria de 1961, como la revisada de 1996), figurando explícitamente destacadas en el Preámbulo y en las Explicaciones anejas de la propia Carta de la UE: ésta, además de los derechos relativos a la dignidad humana (artículo 1), la vida (artículo 2) o la integridad de la persona (artículos 3, 4 y 5, este último sobre prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado) recogidos en el Título I (“Dignidad”), reconoce otros derechos agrupados bajo la rúbrica de solidaridad que se refieren a la prohibición del trabajo infantil y protección de la juventud en el trabajo (artículo 32) o a la más amplia protección de la salud (art. 35), siendo la disposición más explícita en el ámbito que nos ocupa el artículo 31 (condiciones de trabajo justas y equitativas)⁷³; la elaboración de esta disposición se ha basado no sólo en la Directiva marco sobre salud y seguridad en el trabajo y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (ambas de 1989), sino asimismo en la CSE del Consejo de Europa⁷⁴, en un positivo juego de sinergias⁷⁵.

por sindicatos, 4 por organizaciones empresariales y 2 han sido inadmitidas por no entrar en ninguna de las tres categorías de organizaciones habilitadas.

73 A tenor del artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: “1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad. 2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”.

74 Según la explicación aneja relativa a artículo 31 de la Carta de la UE: “1. El apartado 1 de este artículo se basa en la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Se inspira igualmente en el artículo 3 de la Carta Social Europea y en el punto 19 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores así como, en lo que se refiere al derecho a la dignidad en el trabajo, en el artículo 26 de la Carta Social Europea revisada. La expresión «condiciones laborales» debe entenderse según el sentido del artículo 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2. El apartado 2 se basa en la Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, así como en el artículo 2 de la Carta Social Europea y en el punto 8 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores”.

75 FLAUSS, Jean-François: “Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales”, en JIMENA QUESADA, Luis (coord.): *Escritos sobre Derecho europeo*

4. CONSIDERACIONES FINALES: NUEVOS DESAFÍOS PARA LAS RELACIONES LABORALES Y CARÁCTER IRRENUNCIABLE DE LA DIGNIDAD

Llegados a este punto, cabe comprobar que el respeto de la dignidad en las relaciones laborales está en la misma raíz del reconocimiento constitucional e internacional del derecho al trabajo. Ya se mencionó que en los debates constituyentes franceses de 1848 se habló del derecho al trabajo como derecho para no padecer hambre y, de la misma manera, la protección social sustitutoria debía ser igualmente suficiente para satisfacer las necesidades básicas. La historia se repite en el escenario actual de una robotización (digitalización, inteligencia artificial) que se ha extendido no sólo a ámbitos que se prestan fácilmente a ello por el desarrollo de nuevas herramientas de algoritmos predictivos basados en el *machine learning* (las operaciones y transacciones del sistema bancario), sino también a amplios sectores laborales acarreado la paulatina desaparición de puestos de trabajo rutinarios; un aumento del desempleo que se ha multiplicado a causa de la pandemia sin poder verse atajado significativamente mediante el recurso al teletrabajo (con la complejidad añadida de su regulación laboral), pero sí compensado mínimamente con una renta de ciudadanía⁷⁶. Sea como fuere, siempre debe resultar más atractivo económicamente ejercer el derecho al trabajo que disfrutar del derecho a la asistencia social pero, en ambos casos, tanto el salario como el mínimo social garantizado deben ser dignos⁷⁷.

Por otra parte, esa dignidad debe manifestarse tanto desde una perspectiva cuantitativa como desde un punto de vista cualitativo, pues la remuneración o el subsidio financieros se revelan insuficientes si el trabajo o la atención asistencial no van acompañados de un trato humano y ennoblecedor. Este doble enfoque cualitativo está presente, por ejemplo, en el artículo 13 CSE cuando, al reconocer el derecho a la asistencia social y médica, manda velar por el derecho de toda persona que no disponga de recursos suficientes (dimensión cuantitativa) a obtener una asistencia adecuada (apartado 1) y, al tiempo, a velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia “no sufran por este motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales” (apartado 2, dimensión cualitativa). Además, el apartado 3 del artículo 13 (derecho de todas las personas a “obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para

de los derechos sociales. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 25-54.

76 MORENO, Luis y JIMÉNEZ, Raúl: *De fuera hacia dentro. Reflexiones de cambio en tiempos de pandemia, 2019-21*, Amazon, 2021, p. 58. De los mismos coautores, véase su libro *Democracias robotizadas. Escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2018 (publicado con otras variantes e implicaciones, como el ingreso básico universal o la renta de ciudadanía, igualmente en 2018 en italiano - *Democrazie robotizzate. USA e UE: neofeudalesimo e reddito di cittadinanza?*- y en inglés - *Robotized democracies. US and EU: neo-feudalism and citizenship income?*-). Por otra parte, en lo que atañe a la complejidad de la regulación laboral del teletrabajo, piénsese en aspectos como la extensión de determinados beneficios (por ejemplo, vales de comida), puestos a disposición por la empresa en sus instalaciones, a las personas empleadas en régimen de trabajo a distancia, como de manera pertinente ha esgrimido MOLINA NAVARRERE, Cristóbal: “«Nueva ley» de protección frente al riesgo de COVID-19 en el entorno laboral: más poder de empresa, pero sin noticias de vacunación obligatoria. (A propósito de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* n° 458, 2021, p. 97.

77 Con semejante filosofía, han afirmado MONEREO PÉREZ, José Luis, RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo y TRILLO GARCÍA, Andrés Ramón: *El Ingreso Mínimo Vital*, Murcia, Laborum, 2021, p. 202: la instauración de una renta básica o ingreso universal no debe ser (en la lógica del reformismo democrático-social) una pretendida alternativa al objetivo irrenunciable del pleno empleo de calidad y a la lucha por el trabajo garantizado, pues se trata de dos objetivos plena y necesariamente compatibles en una perspectiva de profundización en la mejor tradición del constitucionalismo democrático-social con Estado Social Activo”.

prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar”) significa, según la jurisprudencia del CEDS, que se les debe dotar de medios para hacer valer sus argumentos y acudir a una instancia independiente “cuando aleguen discriminación o un atentado a su dignidad humana”⁷⁸.

Pudiera parecer que hablar de contratación laboral y dignidad en el trabajo resulta exagerado en el momento actual, a la luz de los avances en el Derecho constitucional y en el internacional de los derechos humanos, así como de la mayor sofisticación o adecuación de las relaciones laborales al progreso tecnológico. Ahora bien, si hemos constatado que no hemos erradicado todavía, tampoco en Europa, formas de esclavitud moderna o de trabajo forzado, ello nos interpela más, si cabe, a estar vigilantes en la consideración de las relaciones contractuales que se desenvuelven en condiciones aparentemente menos vejatorias, pero irrespetuosas, con la dignidad humana.

Como ilustración de esa evolución, reparemos en la importancia que tiene para la dignidad en el trabajo evitar la invasión digital en la empresa (a través de una videovigilancia desproporcionada -STEDH *Barbulescu c. Rumania* de 5 de septiembre de 2017, cuya jurisprudencia ha sido reafirmada en la STEDH *López Ribalda y otros c. España* de 17 de octubre de 2019⁷⁹-), pero también en casa en el contexto cada vez más acentuado de recurso al teletrabajo (y la necesidad de asegurar la desconexión digital)⁸⁰. Sobre esta cuestión, como acertadamente se ha observado, “en el caso del trabajo a distancia, el centro de trabajo lo configura en muchas ocasiones el domicilio de la persona trabajadora, por lo que la normativa sobre prevención de riesgos puede chocar con derechos como la inviolabilidad del domicilio o el respeto a la intimidad personal y familiar. En la normativa española, el hecho de que el desempeño de la prestación de servicios se realice en el domicilio no excluye, sino que, por el contrario, refuerza la necesidad de fomentar la información, consulta y participación de la persona trabajadora en la adopción de las medidas de protección; derecho que, por otra parte, reconoce el artículo 18 de la LPRL”⁸¹.

78 Conclusiones 2005, Observación interpretativa del artículo 14.1 CSE, cuyo alcance converge en parte con el ámbito material de aplicación del artículo 13.3 CSE.

79 Efectivamente, pese a que la Gran Sala del TEDH declaró por 14 votos contra 3 que no hubo violación del art. 8 CEDH (en contraste con la previa Sentencia de la Sala de 9 de enero de 2018, que había concluido la violación de dicha disposición convencional por 6 votos contra 1), en los párrafos 87 a 91 de su Sentencia de 17 de octubre de 2019 reafirma los principios jurisprudenciales sentados en la previa STEDH *Barbulescu c. Rumania* de 5 de septiembre de 2017. Para contextualizar dichas sentencias, con pinceladas de Derecho internacional y comparado (comparando el modelo de la “privacy” americana y el de la protección de datos europea), véase MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, Mónica: “La vigilancia electrónica en el contexto laboral europeo y estadounidense: perfilando el derecho a la protección de datos en el trabajo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 47, 2017.

80 Véase GUTIÉRREZ, Hugo y PÉREZ, Gorka: “El teletrabajo no ha venido para quedarse”, *El País*, 7 noviembre 2021 (<https://elpais.com/economia/2021-11-07/el-teletrabajo-no-ha-venido-para-que-darse.html>): ambos autores apoyan además sus reflexiones en los testimonios y opiniones transmitidos por actores implicados en la praxis del trabajo a distancia y, a tal efecto, comentan que el artículo 7 de la Ley 10/2021 “estipula que dentro del contenido mínimo obligatorio del acuerdo entre empresa y empleado se ha de definir el lugar de trabajo elegido por la persona trabajadora, y este deberá superar una evaluación de riesgos. Así, la introducción del domicilio en la ecuación provoca una nueva complicación para su control, esta vez en la autoridad laboral. ‘La Constitución recoge la inviolabilidad del domicilio [artículo 18], por lo que nosotros no podemos presentarnos en casa de nadie y entrar aunque no nos dejen, como sí pasaría en una empresa’, reconoce Eva Olivares, presidenta del Sindicato Estatal de Subinspectores Laborales de Empleo y Seguridad Social (SESLAESS). ‘Se dan casos en los que hay una persona que está en ERTE, pero teletrabaja. Y para poder demostrarlo es más complicado’, se suma Ana Ercoreca, inspectora y presidenta del Sindicato de Inspectores de Trabajo (SITSS)”.

81 DE LAS HERAS GARCÍA, Aránzazu: Trabajo a distancia y teletrabajo. Análisis crítico de normas y prácticas convencionales, Madrid, Ediciones CEF, 2021, p. 153.

No es extraño, por ello mismo, que ya en 2002 los interlocutores sociales a escala continental negociaran y suscribieran un Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, revisado en 2009 y que ha inspirado la adopción de legislaciones nacionales al albur de la actual crisis pandémica, como en España la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. Con tal espíritu, el artículo 22 de dicha ley, al delimitar el alcance de las facultades de control empresarial, dispone que “la empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su *dignidad* y teniendo en cuenta, en su caso, sus circunstancias personales, como la concurrencia de una discapacidad”. Al hilo de este último inciso, no es en absoluto impertinente la referencia a la discapacidad al ponderar el respeto de la dignidad en el trabajo (como, además, ha quedado acreditado por las dos sentencias del TJUE anteriormente reseñadas), tanto más cuanto que en el contexto de la pandemia han aflorado nuevas situaciones de vulnerabilidad y discriminación múltiple⁸².

En los supuestos en que la afectación a la dignidad humana tenga que ver con semejantes situaciones de vulnerabilidad, además del juego de la inversión de la carga de la prueba, deben tenerse presentes determinados principios hermenéuticos básicos que, sin menoscabo de la seguridad jurídica, compensen el rigorismo de una exégesis exclusivamente literal de la normativa aplicable; unas pautas que, en última instancia, se encuentran presididas por el principio de los principios, esto es, el *pro personae* o *favor libertatis* o, en el mundo laboral, su eventual traducción *pro operario* o *pro laboratoris*⁸³. Entre dichas reglas interpretativas fundamentales me limitaré a resaltar dos de ellas: por una parte, la irrenunciabilidad de derechos fundamentales en la contratación laboral, no dando por bueno cualquier ejercicio supuestamente libre (basado en la autonomía de la voluntad de las partes contratantes) para suscribir condiciones de trabajo indignas; y, por otra parte, la puesta en práctica de las obligaciones positivas que pesan sobre las autoridades públicas para que intervengan en esa relación contractual *inter privatos* cuando la parte más débil se vea abocada a una inaceptable renuncia de derechos fundamentales.

En este orden de ideas, caería por su propio peso aceptar un acto jurídico presuntamente consentido que comportara para el individuo privarle del libre ejercicio de un derecho fundamental⁸⁴, tanto más cuanto que no cabría cercenar tampoco la libre revocación de dicho

82 Véase RIQUELME SALDIVIA, Kirian: “Derechos humanos de mujeres y niñas con discapacidad. El impacto de la pandemia de COVID-19”, *Lex Social*, vol. 11, n° 2, 2021, p. 215: el citado autor examina, entre otras cuestiones, el alcance de específicas disposiciones de la Convención de Naciones Unidas de 2006 que apuntan a garantizar la dignidad humana de las mujeres y niñas con discapacidad frente a múltiples formas de discriminación, aseguran su accesibilidad en los ámbitos laboral, social o informativo, o las protegen en situaciones de emergencia.

83 CASAS BAAMONDE, M^a Emilia: “La trascendencia constitucional de los principios de ordenación de las fuentes jurídico-laborales,” *Derecho Privado y Constitución*, n° 17, 2003, pp. 95-96: la “finalidad tutelar y compensadora de los principios de aplicación del Derecho del Trabajo ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a depararles fundamento último en alguno de ellos —el principio *pro operario* en su acepción amplia; el de irrenunciabilidad de derechos; o el más general de *favor laboratoris*, si se entendiese no coincidente con éste el principio *pro operario* por limitarse su acción a la vertiente interpretativa —, del que los restantes no serían más que medios, modalidades o variantes, bajo la veste de una idea igualadora, de justicia material o de equidad”.

84 ARROYO, Julie: *La renonciation aux droit fondamentaux. Étude de droit français*, Paris, Pedone, 2016, p. 154.

consentimiento⁸⁵. Es cierto que, en el ámbito laboral, más allá de la discusión en torno a si la renuncia puede ser un acto abdicativo unilateral o también convencional, existen normalmente (y, en todo caso, cuando entre claramente en escena la dignidad) disposiciones imperativas y de orden público que se oponen a aceptar una renuncia en cualquier momento de la relación laboral. Por consiguiente, la dignidad en el trabajo implica que un eventual acto de renuncia deberá examinarse rigurosamente⁸⁶ para evitar que los factores a tener en cuenta (condiciones de validez del acto jurídico abdicativo, capacidad, causa y objeto) sean ilícitos⁸⁷.

Sobre este último aspecto, resulta crucial la articulación de las mencionadas obligaciones positivas a través de una sólida inspección laboral (artículo 20.5 CSE de 1961 y artículo A.4 CSE revisada de 1996), que asumirá un protagonismo nada desdeñable en el caso de infracciones y sanciones del orden social atinente a supuesto que pongan en entredicho de manera más acentuada el respeto de la dignidad en el trabajo. Pensemos en la contratación irregular de personas inmigrantes. Las sanciones deben ser lo suficientemente disuasorias para evitar que la persona empleadora infractora se lucre a cuenta de ese ejercicio inaceptable de renuncia a condiciones laborales dignas de la parte más débil⁸⁸. Y, al tiempo, la tipificación de las correspondientes infracciones y sanciones no debe estar reñida con un análisis ponderado de la culpabilidad, la cual puede ser inexistente cuando medie buena fe en la observancia de la normativa, confianza legítima en la propia actuación de las autoridades públicas e incluso motivaciones de índole social y humanitaria⁸⁹.

85 *Ibidem*, p. 162.

86 Con ese mismo rigor deberá examinarse, *mutatis mutandis*, una eventual renuncia al derecho al ingreso mínimo vital previsto en el artículo 15 (extinción del derecho) del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo. A este respecto, han señalado MONEREO PÉREZ, José Luis, RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo y TRILLO GARCÍA, Andrés Ramón: *op.cit.*, p. 108: “e) Renuncia al derecho. Esta causa supone otra nueva excepción al principio de irrenunciabilidad de derechos de Seguridad Social establecido en el artículo 3 LGSS, que se une a otras excepciones, previstas en el ordenamiento jurídico como es el caso, de la renuncia a la prestación de incapacidad temporal por rechazo o abandono del tratamiento indicado (artículo 175.2 LGSS), la renuncia al derecho a la prestación por desempleo (artículo 272.g LGSS), o del subsidio por desempleo (artículo 279.1 LGSS). La renuncia a la prestación tiene dos vertientes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.2 del Código Civil, por un lado, la renuncia a la aplicación de la ley lo que supondría no solicitar el derecho al que se podría ser acreedor, y por otro lado, la renuncia al derecho reconocido”.

87 KÉFER, Fabienne: “La renonciation, l’abdication et la rupture du contrat de travail”, en AA.VV.: *La rupture du contrat de travail: entre harmonisation et discrimination*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2015, p. 351; con anterioridad, de la misma autora, “Un travailleur peut-il renoncer aux droits issus de son contrat de travail ?”, *Revue de la faculté de droit de l’Université de Liège*, n° 1, 2013, pp. 53-63. Por ejemplo, al interpretar el derecho a condiciones de trabajo equitativas del artículo 2 CSE (y, concretamente, el derecho a vacaciones anuales pagadas de cuatro semanas como mínimo” del apartado 3), el CEDS sentó hace décadas que esas vacaciones anuales no pueden ser sustituidas por una indemnización, ni tampoco la persona asalariada debe tener la opción de renunciar a dichas vacaciones (Conclusiones 1969, Irlanda, artículo 2.3 CSE), misma jurisprudencia que se establece para el derecho al descanso semanal del apartado 5 del propio artículo 2 CSE. De la misma manera, en la jurisprudencia del CEDS no se admite que la persona trabajadora renuncie a su derecho a no permitir retenciones sobre los salarios (“sino en las condiciones y con los límites establecidos por las leyes o reglamentos nacionales, o fijados por convenios colectivos o laudos arbitrales”, artículo 4.5 CSE), ni tampoco que ello quede a disposición únicamente de las partes contratantes en la relación laboral (Conclusiones 2005, Noruega, artículo 4.5 CSE).

88 Como ejemplo, véase la Sentencia n° 363 de 2 de abril de 2007 del TSJ de la Comunitat Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), dictada en el rollo de apelación n° 2/233/2006 sobre infracción y sanción del orden social por contratación ilegal de personas extranjeras.

89 Como ilustración, véase la Sentencia n° 176 de 4 de febrero de 2000 del TSJ de la Comunitat Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3a), dictada en recurso n° 3375/1996.

Por lo demás, si la cuestión de la contratación irregular de personas inmigrantes ya es susceptible de afectar a la dignidad en casos aparentemente menos graves de supuesta connivencia de la persona trabajadora con la persona empleadora y ve acentuada su gravedad en supuestos de esclavitud moderna o trabajo forzado como los planteados ante las instancias europeas de protección de derechos humanos por producirse esas graves violaciones bajo la jurisdicción europea, Europa tampoco puede dar la espalda a situaciones exteriores todavía más ultrajantes por más que se antojen inverosímiles en la actualidad. En esta última preocupación se inscribe la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020, sobre el trabajo forzoso y la situación de los uigures en la Región Autónoma Uigur de Xinjiang⁹⁰, la cual es acorde -como en ella misma se expresa- “con el compromiso de la Unión de respetar estos valores en su acción exterior”; se refiere a los valores del “fomento y respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho”, que son asimismo los tres pilares esenciales del Consejo de Europa, y con respecto a los cuales debe haber efectivamente una acción coherente en el interior de Europa y hacia el exterior. Por tal motivo, es loable que en la Eurocámara reproche a China esos atentados a la dignidad en el trabajo⁹¹, trayendo a colación estándares vinculantes y no vinculantes en la materia y compromisos que todavía no ha asumido el gigante asiático⁹²; pero el Parlamento Europeo debe ser igualmente activo recordando a los países miembros de la UE las correspondientes obligaciones internacionales todavía no asumidas en la materia.

La reseñada Resolución de la Eurocámara presenta como punto adicional de interés el poner de manifiesto las propias insuficiencias de la UE en dicho terreno, subrayando que “con

90 2020/2913(RSP), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 29 de octubre de 2021 (2021/C 445/14).

91 Entre otros atentados graves a la dignidad que tiene que ver con básicos derechos civiles y políticos y que el Parlamento Europeo califica de “los peores crímenes contra la humanidad”, en lo que nos concierne más directamente, se recuerda asimismo a China que “todavía no ha ratificado cuatro de los ocho Convenios fundamentales de la OIT, a saber, el Convenio n.º 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; el Convenio n.º 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; el Convenio n.º 29 sobre el trabajo forzoso; y el Convenio n.º 105, sobre la abolición del trabajo forzoso; que China ha ratificado el Convenio n.º 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación); y el Convenio n.º 100, sobre igualdad de remuneración; que los acuerdos de la OMC permiten la adopción de medidas comerciales en relación con los productos fabricados en prisión”; y que “se han difundido distintas informaciones veraces en relación con el trabajo forzoso realizado por la población uigur en las cadenas de producción en los sectores de la confección, la tecnología y el automóvil, en particular un informe de marzo de 2020 de la ASPI, que identificó 27 fábricas en nueve provincias chinas que utilizan el trabajo de al menos 80.000 uigures transferidos de Xinjiang entre 2017 y 2019; que estas fábricas suministran al menos a 82 marcas mundiales, incluidas las que son propiedad de numerosas empresas multinacionales europeas”.

92 Entre esos estándares que toma en consideración el Parlamento Europeo, se citan en su Resolución, “la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que «nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre» y que «nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio»; “los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos de 2011”; “el Marco Estratégico y el Plan de Acción de la Unión para los Derechos Humanos y la Democracia, de 25 de junio de 2012, que coloca la protección y la vigilancia de los derechos humanos en el centro de todas las políticas de la Unión”, o las “Conclusiones del Consejo, de 1 de diciembre de 2020, sobre derechos humanos y trabajo digno en las cadenas de suministro mundiales”. Y se recuerda a China, entre sus asignaturas pendientes, “el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, que China firmó en 1998 pero que no ha ratificado jamás”, o “el Protocolo de 2014 al Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 1930, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que no ha sido firmado por China”.

arreglo a la legislación vigente de la Unión (ya sea a escala nacional o de la Unión), en las empresas no recae jurídicamente ningún tipo de responsabilidad que las obligue a adoptar medidas para evitar que contribuyan a las violaciones de los derechos humanos en sus cadenas de suministro; que la Directiva de la Unión sobre divulgación de información no financiera impone una obligación de información a las empresas pero no les obliga a adoptar medidas para evitar daños en sus cadenas de suministro ni permite que se les considere responsables⁹³. En congruencia con ello, sin desmerecer el alcance de esa Directiva ya existente⁹³, toma nota de las iniciativas de la Comisión Europea y le insta a que adquieran la forma de actos legislativos lo antes posible, sin perjuicio igualmente de las normas susceptibles de ser adoptadas a escala nacional⁹⁴ para contribuir a ese respeto de la dignidad en el trabajo con proyección doméstica y extraterritorial (como ilustra la Ley francesa de 2017 sobre el deber de vigilancia sobre las multinacionales⁹⁵).

En fin, los desafíos actuales en materia de contratación y dignidad en el trabajo no son menos acuciantes que antes. La dignidad humana sigue siendo la exigencia axiológica de orden nacional e internacional en el mundo del trabajo; en puridad, del sistema global de derechos humanos en su conjunto. Y ni siquiera la crisis provocada por la pandemia debe abocarnos a una deshumanización de las relaciones laborales o, peor aún si cabe, a una exclusión del mercado laboral formal⁹⁶.

93 Directiva 2014/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

94 En el punto 15 de la parte final de la Resolución el Parlamento Europeo “acoge con satisfacción la inclusión en el programa de trabajo de la Comisión para 2021 de una iniciativa legislativa relativa a una normativa obligatoria sobre la diligencia debida en la cadena de suministro en materia de derechos humanos; pide a la Comisión que adopte en el segundo trimestre de 2021 a más tardar, y con arreglo a lo previsto, propuestas legislativas relevantes consistentes en tres propuestas distintas pero que se refuerzan mutuamente, a saber, sobre las obligaciones de los consejos de administración y la gobernanza empresarial sostenible, sobre la diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos y medio ambiente, y sobre la reforma de la Directiva sobre divulgación de información no financiera; opina que, a fin de abordar eficazmente la cuestión del trabajo forzoso y otras violaciones de los derechos humanos en las cadenas de suministro de las empresas, dicha legislación debe incluir también la prohibición de introducir en el mercado de la Unión los bienes pertinentes; recuerda, a ese respecto, su posición expuesta en su reciente Resolución sobre la revisión de la política comercial, en la que pedía medidas complementarias, como la prohibición de importar productos vinculados a violaciones graves de los derechos humanos, como el trabajo forzoso o el trabajo infantil”.

95 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés meres et des entreprises donneuses d’ordre.

96 MORENO, Luis y JIMÉNEZ, Raúl: *De fuera hacia dentro. Reflexiones de cambio en tiempos de pandemia, 2019-21, op.cit.* Los citados autores se aproximan a la problemática planteada por los “señores tecnológicos e industria 4.0” en relación con los nuevos enfoques y desarrollos referentes a la textura económica de nuestras sociedades y a la naturaleza transformadora del capitalismo a escala mundial. Y lamentan la aparición de una “nueva clase social inútil” en el contexto de la crisis pandémica del Covid-19, es decir, de una nueva clase social al margen del mercado laboral formal, que ya no configuran un grupo de empleados precarios temporales que esperan volver a la “vieja normalidad” del lugar del trabajo. El problema es complejo y, no acometerlo, conllevará condenar “esta nueva clase inútil al ostracismo, la pobreza extrema e incluso a su desaparición física como penosamente nos ha mostrado la eugenesia inducida por el Coronavirus en nuestras residencias de mayores” (p. 137).

**PONENCIA ESPECÍFICA PREMIADA:
LA FORMACIÓN DUAL PARA LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD EN EL EMPLEO ORDINARIO**

FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA
Profesora Ayudante Doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

1. Planteamiento de la cuestión
2. Las bases del contrato para la formación en alternancia
 - 2.1. Concepto y generalidades del contrato
 - 2.2. Aspectos laborales y de Seguridad social
3. La formación profesional en clave integradora: la exigencia de la igualdad y de la no discriminación
4. El contrato de formación dual de las personas con discapacidad
 - 4.1. Primeras manifestaciones e iniciativas en el panorama español
 - 4.2. El fracaso enunciado de los centros especiales de empleo como pasarela a la integración en el mercado ordinario
 - 4.3. La formación profesional en el mercado ordinario de trabajo como reflexión final

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El art. 11.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) enuncia el concepto y las reglas del contrato para la formación y el aprendizaje, en la actualidad, contrato de formación en alternancia, siendo un precepto sobre el que han operado una serie de reformas laborales de diverso calado¹. Como se verá, el marco normativo de este contrato es el Real Decreto 1529/2012 de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual².

El motivo de estudio de esta figura contractual surge en el momento en el que no especifica ni los sujetos, colectivos, ni los ámbitos donde se deba proyectar la formación dual. Desde la generalidad con la que está enunciada la norma, consideramos que la formación dual puede (es más, debe) tener como sujetos beneficiarios a las personas con discapacidad. De tal manera que la formación dual sea el instrumento o el medio que favorezca su inserción en el mercado ordinario de trabajo, y eso, además, fuera de las vías de acceso o de integración laboral del empleo protegido, esto es, que en futuras reformas se vaya diluyendo o excluyendo la mediación de los centros especiales de empleo (CEE) en la formación dual.

A tal fin en la ponencia específica se efectuará un repaso analítico del régimen jurídico de este contrato, su funcionalidad y sus ventajas, para reflexionar sobre su idoneidad para las personas con discapacidad o si por el contrario determinadas circunstancias aconsejaran la existencia de una modalidad concreta y específica de contrato de formación dual para las personas con discapacidad. Esta posibilidad tiene sentido si tenemos en consideración que la reforma de diciembre de 2021 encomienda un desarrollo reglamentario del contrato formativo para las personas con discapacidad.

Con tal objetivo, tomaremos como referencia iniciativas relevantes puestas en marcha en algunas Comunidades Autónomas (CCAA) a la hora de implantar un modelo de formación dual para el colectivo de personas con discapacidad. A pesar de lo loable de las iniciativas autonómicas, ponemos de manifiesto que lo más común es que los itinerarios formativos de estas personas pasen por los CEE que fueron planteados como la pasarela al mercado ordinario. En tal sentido,

1 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2015). Téngase presente la reforma de diciembre de 2021 con el Real Decreto Ley 32/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE núm. 313 de 30 de diciembre de 2021). Este Real Decreto Ley modifica el art. 11 del ET, y establece un contrato formativo con dos modalidades: el contrato de formación en alternancia y el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al correspondiente nivel de estudio. La reforma supone la desaparición de los contratos de formación y aprendizaje, prácticas y de formación dual universitaria. Por ende, a lo largo de las siguientes líneas, haremos la debida referencia al régimen de transitoriedades de los contratos que desaparecen. La entrada en vigor en relación al contrato formativo será a los tres meses de la publicación en el BOE, esto sería el 31 de marzo de 2022.

2 Real Decreto 1529/2012 de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual (BOE núm. 270 de 9 de noviembre de 2012). Este instrumento responde a la necesidad de desarrollar reglamentariamente el artículo 11.2 del ET y regular los aspectos de la formación profesional dual. Luego, aborda temas ya concretados en otras leyes y contiene aspectos novedosos en relación a la formación, a lo laboral y a la Seguridad Social. Léase a Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., “Contrato de aprendizaje y formación dual. El Real Decreto 1529/2012”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1 / 2013, pp. 1-20.

anotamos la ineficiencia del empleo protegido, y de forma concreta, de los CEE, para criticar su fracaso en la consecución del fin para el que fueron diseñados. Luego, la formación dual puede tener una clara funcionalidad de pasarela directa hacia el régimen ordinario para el colectivo de personas con discapacidad. De tal forma que se prescindiera de la intermediación de los CEE y se apueste por la figura del preparador laboral. En este trazo, se argumenta a favor de la funcionalidad de estos contratos para las personas con discapacidad, sin necesidad de una intermediación de los CEE, superando así los riesgos y los problemas que generan éstos desde el punto de vista de la inserción laboral de este colectivo, y ello para favorecer su empleabilidad en el entorno lo más inclusivo y real que sea posible.

A lo largo de las siguientes líneas estudiaremos las claves de la formación dual para las personas con discapacidad, y de forma particular, nos situaremos en el marco del contrato para la formación en alternancia. Esta metodología contractual surgió para hacer frente a la escasez formativa de los jóvenes sin estudios, de manera que se le pudiera dotar de una formación teórica-práctica. Así, el fin del contrato formativo ha sido y sigue siendo facilitar el acceso al mercado de trabajo a personas sin estudios.

La propuesta básica de este trabajo es contar con un contrato de formación dual específico para personas con discapacidad a través de la fórmula del contrato para la formación en alternancia. En la actualidad está en el candelero la futura ley de formación profesional. Por lo pronto, la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de formación profesional subraya el sesgo formativo de las personas con discapacidad y en su limitación en el progreso profesional y consiguientemente la privación de realizarse plenamente como personas. Así las cosas, esa privación supone una limitación al derecho de ciudadanía reconocido en la Constitución Española, en el Pilar Europeo de los Derechos Sociales y en la misma Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad. De hecho, habrá que prestar especial atención al futuro y al desarrollo de esta Ley Orgánica, pues muchos de sus preceptos se destinan a incorporar previsiones relacionadas con la discapacidad con aspectos como: la lucha contra la discriminación y los estereotipos de discapacidad, la promoción de la igualdad de oportunidades, las necesidades de apoyos específicos educativos, la accesibilidad universal de las personas con discapacidad, incluida la realización de los ajustes razonables. De hecho, dedica una Sección a las modalidades dirigidas a colectivos específicos, como es el colectivo de personas con necesidades educativas especiales. Un ejemplo es que el lanzamiento de ofertas formativas ajustadas a las características y al perfil de los destinatarios, con la promoción de estándares de competencia que sean compatibles con cada discapacidad, y garantizando el derecho a su formación en las empresas con las adaptaciones que sean precisas, sin que sufran discriminación en la asignación de las empresas.

Ante el panorama narrado, se espera desde distintos sectores que la aprobación de la ley sea inclusiva en equidad para las personas con discapacidad y atienda al mandato de la norma a la que luego haremos la debida referencia. Las demandas están centradas en que esta ley mejore su empleabilidad y garantice a las personas el acceso al sistema de formación profesional. Las aristas que proponen se basan en el principio de inclusión, la flexibilidad para el diseño de itinerarios propios, y, la generalización de la formación dual. Así, se podrá perfeccionar, incentivar y potenciar la acreditación de competencias de las personas con discapacidad tanto por vías de experiencia laboral, como por vías no formales. Se insta de este modo a que la nueva ley facilite

la acreditación parcial o total de competencias bajo el paraguas de “un sistema integrado e incremental con orientación al aprendizaje a lo largo de la vida”³.

2. LAS BASES DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN EN ALTERNANCIA

Uno de los aspectos más destacados de este contrato es que busca una mayor vinculación entre la formación y el trabajo con la puesta en marcha de acciones y de iniciativas formativas que tengan por objeto la cualificación profesional de las personas⁴. En tal aspecto, es conveniente subrayar que el pulso por la formación dual exige el compromiso de los sectores empresariales con este tipo de enseñanzas. De esta forma, se reclama el diseño del currículo, la ampliación y la flexibilidad de la formación dual, la calidad de las estancias formativas y la cobertura de puestos de trabajo ajustada a los perfiles formativos asociados. A la vez, se traduce en la implicación y en la colaboración para asegurar la modernización del sistema con la calidad del periodo formativo en la empresa⁵. Si lo enlazamos con las bases del contrato de formación dual, se anota que, desde las instancias europeas se han instado Estrategias con el fin de mejorar la calidad de la educación y de promover una formación inclusiva y de calidad, especialmente para los grupos más desfavorecidos o vulnerables. De hecho, en la actualidad se erige una serie de estrategias duales para favorecer la inclusión social y laboral de las personas con discapacidad con medidas concretas como las de asesoramiento y las de acompañamiento⁶. En esta sintonía, Europa trata de fomentar una inclusión activa y una integración social de personas en riesgo de exclusión y de pobreza como son las personas con discapacidad. A su vez, establece prioridades de inversión destinadas a promover la accesibilidad para las personas con discapacidad y para fomentar la igualdad de oportunidades y luchar contra la discriminación que padecen. En el marco de la programación del Fondo Social Europeo+ 2021-2027, se identifica como prioritario el colectivo de personas con discapacidad entre los destinatarios de las medidas y de las actuaciones de estos fondos europeos⁷. El desarrollo del modelo de la formación dual es un objetivo estratégico de la Unión. Por su parte, España para tratar de cumplir el mandato europeo, apuesta por líneas de acción como son: incorporar las empresas de cada sector a este modelo; regular un marco normativo básico del modelo; y revisar el módulo de formación en centros de trabajo en las enseñanzas de

3 <https://www.cocemfe.es/informate/noticias/cocemfe-espera-que-la-nueva-ley-de-formacion-profesional-sea-inclusiva-para-las-personas-con-discapacidad/> (Último acceso: 15 de nov. de 21).

4 Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2013 de España (Bruselas, 29/05/2013); Estrategia Educación y Formación 2020, Objetivos educativos europeos y españoles, 2013.

5 Para garantizar el éxito de la formación dual es adecuado analizar los resultados obtenidos por otros países, de forma particular, el éxito en Alemania, Austria, Finlandia o Suiza. Sobre ello Pérez Del Prado, D., “La formación dual en España: primeros datos”, *Revista de información laboral*, núm. 6/ 2015. Para conocer su evolución Aguilar González, M.C., “El sistema “alternativo” de formación profesional dual para el empleo en España”, *Revista internacional y comparada de Relaciones laborales y derecho del empleo*, Vol.3, núm. 4 / 2015.

6 El Proyecto de Ley Orgánica de Ordenación e integración de la Formación Profesional se marca retos como el desarrollo de un sistema de formación profesional a lo largo de la vida flexible, accesible, acumulable, acreditable y capitalizable, la ampliación de la presencia de la empresa en la formación, o la acreditación de la experiencia laboral de las personas activas que no tienen acreditación de sus competencias profesionales. La respuesta a los desafíos y a los retos encaja con la consolidación estructural del modelo de formación dual que garantice los derechos individuales y sociales recogidos en la Constitución Española y en el Pilar Europeo de los Derechos Sociales al que luego haremos referencia.

7 Ministerio de Trabajo y Economía Social, Documento Estrategia FSE+2021-2027.

formación profesional. Se abre el telón para consolidar la formación dual en las empresas con la implantación de proyectos tutelados por las CCAA que han ido desarrollando sus propios modelos, con sus propias fortalezas y sus debilidades. En líneas posteriores conoceremos algunas de las iniciativas que se han ido implantando con mayor o menor éxito en esa línea concreta.

No obstante, se echa en falta una Ley Orgánica de Educación que formule un marco reglamentario común para la Formación Profesional Dual. Además, se debe reforzar el atractivo de la formación dual para las organizaciones, por ejemplo, simplificando las fórmulas burocráticas que permitan una incorporación inmediata de las personas a este régimen dual de formación en España. No debe pasar inadvertido que el tejido empresarial español está compuesto por Pymes que demandan una mayor simplicidad a la hora de apostar por este régimen de contratación laboral. Se trata de tejer consorcios o redes con la participación activa de los representantes empresariales y sindicales y de las administraciones educativas. En definitiva, que la formación dual forme parte de la empresa en unos entornos productivos que sean reales⁸.

Con el panorama narrado, no se nos ocurre como el mejor de los escenarios que el destino de la formación dual tenga como público a las personas con discapacidad. El nuevo pasaje es imperioso para hacer realidad el mandato de las leyes, pues desde el ámbito internacional, al europeo y al nacional se proclama la inclusión socio laboral de este colectivo en contextos socio laborales que sean inclusivos.

2.1. Concepto y generalidades del contrato

La formación dual es un instrumento diseñado en favorecer la inserción laboral y la formación bajo el paraguas de un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa. Así, comprende un conjunto de acciones e iniciativas formativas orientadas a la cualificación profesional, en la que se combina enseñanza y aprendizaje en la empresa y en el centro de formación. La formación dual se enmarca pues en el sistema de formación profesional para el empleo o en el sistema educativo. De esta manera, la formación profesional dual puede ser tanto la actividad formativa propia de los contratos para la formación en alternancia (antes formación y aprendizaje), como los proyectos desarrollados en el ámbito del sistema educativo cuando no medie este tipo de contrato. Si bien, ambos sistemas tienen elementos comunes, principalmente la itinerancia entre centros (ya sea en el centro formativo o ya sea en el centro de trabajo), así como el protagonismo que adquieren o deben asumir las figuras de los tutores en el aprendizaje del “alumno”. En cualquiera de los casos, la formación dual se cimienta en un entorno de colaboración y de participación activa de las empresas en el proceso formativo del alumnado. La filosofía de la formación dual se enfoca en que las organizaciones pueden conocer de manera más cercana la formación del alumnado, y comprobar si se adapta a las demandas del sector productivo y a las propias necesidades específicas de cada organización. Es más, la propia Exposición de Motivos de la ley que desarrolla la formación dual expone su pretensión concretada en que la empresa y el centro de formación profesional estrechen sus vínculos, aúnen esfuerzos y favorezcan una mayor inserción del alumnado en el mundo laboral durante el periodo de formación. A lo largo de las siguientes páginas enfocaremos nuestro estudio en la primera de las fórmulas referidas, esto es, en el contrato para la formación en alternancia. Lo primero que se puede recordar es que el contrato de formación puede tener como destinatario una persona

⁸ Ministerio de Educación y Formación Profesional, Formación Profesional del Sistema Educativo, 2019-2022.

con discapacidad, si bien, cabría puntualizar que, a los efectos de esta contratación, la persona con discapacidad tiene que tener reconocida un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Además, la norma, erróneamente a juicio del Tribunal Supremo, incluye a los pensionistas de la Seguridad Social con pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, así como a los pensionistas de clases pasivas con pensión de jubilación o retiro por incapacidad para el servicio⁹.

2.2. Aspectos laborales y de Seguridad social

Como se anotó, se han sucedido diversas reformas operadas en el contrato formativo, algunas de las cuales han incidido en determinados aspectos laborales, formativos y de seguridad social¹⁰.

En lo que afecta al plano laboral¹¹, el contrato debe elevarse a la forma escrita en el modelo oficial, y tendrá que ser comunicado al Servicio de empleo, tanto su formalización como su finalización. Por su parte, los trabajadores contratados bajo la modalidad de este contrato no podrán realizar horas extraordinarias de carácter general, ni ya tampoco horas complementarias, así como tampoco trabajo a turnos ni nocturnos. Con la reforma de diciembre de 2021 no se puede concertar periodo de prueba en este tipo de contratos, siendo esta una novedad relevante. Otros elementos básicos son: el tiempo de trabajo que tendrá que ser compatible con la actividad formativa y sujeto al límite del 75% durante el primer año y del 85% durante el segundo y el tercer

9 Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE núm. 300 de 16 de diciembre de 2006). Se advierte que la Ley 51/2003 está derogada, por lo que se estará a lo dispuesto de la actual normativa reguladora para las personas con discapacidad. Por tanto, hay que acudir al art. 1 del RDL 1/2013 dispone que la acreditación del grado de discapacidad se realiza en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez para todo el territorio nacional. Este dato es importante para homogeneizar los requisitos de obtención del grado de discapacidad en cualquier parte del territorio español. No obstante, el Tribunal Supremo entiende que el Real Decreto Legislativo 1/2013, confunde los derechos de las personas con discapacidad con los de aquellas en situación de incapacidad laboral e interpreta que la norma excede en sus competencias y el reconocimiento de una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, no equivale automáticamente a la condición de discapacidad en su grado mínimo (es decir del 33%). SSTS 993/2018 de 29 de noviembre y 992/2018, de 29 de noviembre de 2018. <https://www.iberley.es/temas/contrato-formacion-aprendizaje-personas-discapacidad-3311>. Vid. Gutiérrez Colominas, D., ¿Es automática la asimilación entre la pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y la existencia de una discapacidad igual o superior al 33%?, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 436 / 2019, pp. 119-126.

10 Desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 32/2021 conviven el contrato para la formación y el aprendizaje con el nuevo contrato formativo en alternancia. Es decir, hasta el 30 de marzo se pueden seguir formalizando contratos con la regulación anterior, pues la norma permite una adaptación progresiva de las circunstancias. En este aspecto, se tiene en cuenta la Disposición transitoria primera que marca el régimen transitorio aplicable a los contratos formativos vigentes, y señala que “Los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje basados en lo previsto en el art. 11 del ET, según la redacción vigente antes de la entrada en vigor del apartado uno del art. primero, resultarán aplicables hasta su duración máxima, en los términos recogidos en el citado precepto”.

11 Los aspectos laborales aplicables a esta modalidad contractual se recogen en los art. 6 al 15 del Real Decreto 1529/2012. Sobre lo que se ha expuesto en esta sede de análisis, Sempere Navarro, A.V., “Cuestiones prácticas del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación dual”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8 / 2012.

año, la jornada máxima prevista se relaciona con la aplicada en el convenio o la jornada máxima legal, la duración máxima del contrato y de sus prórrogas que en ningún caso podrá ser superior a tres años, así como las presunciones de fijeza y de laboralidad expuestas cuando el contrato se celebre sin atender a las exigencias de la ley o en fraude de ley. No obstante, la reforma de diciembre de 2021 modifica estos parámetros de forma sustancial, por lo que, para los nuevos contratos resultaría aplicable un tiempo de trabajo efectivo no superior al 65% durante el primer año y del 85 % el segundo año. En relación a la duración ahora se prevé la relacionada en el plan o programa formativo con un mínimo de tres meses y un máximo de dos años.

En relación a la retribución tan solo apuntar que se acoge a lo establecido en los convenios colectivos con el límite proporcional del salario mínimo interprofesional. Además, se permite que las Empresas de Trabajo Temporal puedan celebrar este tipo de contratos. En la regulación actual se anota, además, que la retribución no podrá ser inferior al 60% el primer año y al 75 % el segundo año de la fijada en convenio para el grupo profesional y nivel retributivo. Este cambio suscitaría un aumento de costes para la empresa si el convenio aplicable no concreta la retribución para este tipo de contrato.

Por otro lado, y como luego se verá con mayor profundidad, un tema interesante es que cuando el contrato se celebra con una persona con discapacidad se elimina el requisito de límite máximo de edad, y también, con la reforma de diciembre de 2021 se elimina la duración máxima del contrato formativo. Sin duda, el primero de ellos es un elemento clave para la inserción laboral de este colectivo de trabajadores. Pues como se verá el recorrido vital de las personas con discapacidad se aleja de otras que no tienen esta situación, pues su formación académica puede ser mas lenta y estar cargada de obstáculos de todo tipo que dificultan el aprendizaje o lo hacen más pausado. En relación al segundo elemento, la eliminación de la duración máxima, supone un acierto del legislador, siempre que el contrato formativo en alternancia esté orientado a que la persona con discapacidad obtenga la formación teórica práctica que le permita tener un contrato indefinido. De hecho, debemos quedar a la espera del desarrollo reglamentario que rijan los límites para adecuarlos a los estudios, al plan o al programa formativo, y al grado de discapacidad y características de estas personas.

En este apartado, obra señalar que la acción protectora del Sistema de Seguridad Social despliega toda su tutela en este tipo de contrato, pues comprende todas las contingencias, las situaciones a proteger y las prestaciones del mismo teniendo en cuenta el régimen transitorio en materia de cotización a la seguridad social aplicable al contrato en alternancia estipulado en la Disposición transitoria primera y segunda. Por su parte, como con la reforma de diciembre de 2021 el contrato en alternancia se puede celebrar a tiempo parcial, siéndole de aplicación¹², las normas de cotización indicadas en la Disposición adicional cuadragésima tercera del Real Decreto Ley 32/2021.

En relación al colectivo de discapacidad, la reforma de diciembre de 2021 modifica e introduce nuevas disposiciones adicionales relativas a los contratos formativos celebrados con estas personas, a las que iremos haciendo las debidas referencias.

¹² Con la nueva reforma se posibilita que el contrato formativo sea a tiempo parcial, pues la regulación anterior (en su art. 12.3 del ET) impedía la concertación de este contrato a tiempo parcial. Disposición Derogatoria única, apartado dos.

En el aspecto formativo, la primera obligación de la empresa es verificar que existe una actividad formativa relacionada con el trabajo a realizar por la persona trabajadora. De tal manera que la actividad formativa de que se trate debe corresponderse con un título de formación profesional de grado medio o superior o con un certificado de profesionalidad, que finalmente constituye la actividad formativa inherente a esta tipología de contrato. Así pues, la actividad formativa es la necesaria para la obtención del título o del certificado que corresponda. Una segunda obligación de la empresa es ofrecer a la persona trabajadora un trabajo efectivo relacionado con el perfil profesional del título o del certificado, y garantizar unas condiciones que permitan que asista a los programas formativos anexados al contrato.

En lo que atiene a las obligaciones de la persona contratada, debe prestar el trabajo efectivo y participar en la actividad formativa relacionada en el anexo. Después, la norma exonera al trabajador de realizar el módulo de formación práctica que contempla los certificados de profesionalidad, o en su caso, el módulo profesional de formación en centros de trabajos de los títulos de formación profesional. De hecho, los módulos referidos se entienden que son cumplimentados al realizar el trabajo en alternancia.

En relación al contenido de la formación teórica se estará a lo dispuesto a si existe o no título de formación profesional o certificado de profesionalidad vinculado al trabajo efectivo a realizar. En el caso que no exista, la actividad formativa será la constituida por los contenidos mínimos orientativos establecidos en el fichero de especialidades formativas, accesible para su consulta en la página web del Servicio Público de Empleo Estatal, y en las de los Servicios Públicos de Empleo correspondientes de las CCAA. La duración de la actividad formativa se adecuará a las características de la actividad laboral a desempeñar. Esta previsión es interesante en relación a la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

En cuanto a las modalidades de estas actividades se permite la forma tradicional en formato presencial, la teleformación y la mixta. En el ámbito educativo se contempla el régimen presencial y el de distancia. El espíritu de esta concreción responde a facilitar la adecuación del colectivo en régimen de alternancia con la actividad laboral en la empresa. Como se aprecia, se opta por dotar a la actividad formativa de una flexibilidad en relación a su modalidad y a la distribución temporal de la actividad, siempre que se garantice que el trabajador curse los correspondientes módulos profesionales del ciclo formativo o del certificado de profesionalidad.

Otro elemento interesante a resaltar es en relación al centro en el que se impartirá la formación. Esta podrá ser prestada de forma directa por un centro de formación profesional acreditado o también por el propio centro del sistema educativo que se trate. A su vez, se contempla que se pueda ofrecer en la propia empresa siempre que esté autorizada o acreditada para ello.

En este último caso, la empresa debe contar con las instalaciones adecuadas y con el personal formado en los aspectos técnicos y didácticos. Para lograr la formación de este personal se puede acudir a los servicios que ofrece la Red de centros de formación profesional¹³. En definitiva, como se observa, la formación se pueda realizar: en exclusiva en el centro formativo, con la participación de la empresa, entre la empresa y el centro de formación, compartida entre el centro y la empresa adscrita, o en exclusiva en la empresa acreditada.

13 Estos centros se registran en <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/formacion/centros-de-referencia-nacional/centros-referencia-nacional-contactos.html> (último acceso: 15 de nov. de 21).

Una figura particular es la del tutor del desarrollo de la actividad laboral del trabajador. Esta persona puede ser el titular de la empresa o una persona de la plantilla que cuente con la cualificación o la experiencia profesional adecuada para ejercer esta labor. En cualquier caso, tienen protagonismo dos tutores en esta tipología contractual. Por un lado, estaría el tutor de la empresa que se responsabilizará del seguimiento del acuerdo, de coordinar la actividad laboral con la actividad formativa, y de comunicarse con el centro de formación. Finalmente, cuando finaliza la actividad laboral, deberá elaborar un informe sobre el desempeño del puesto de trabajo del alumno trabajador. Por otro lado, el centro formativo designará a una persona que será la responsable de la programación y del seguimiento de la formación, de coordinar la evaluación con los profesores y tutores que intervienen, y será el interlocutor con la empresa para el correcto desarrollo de la actividad formativa y laboral que se recoja en el contrato de trabajo de formación dual. La duración de la formación se debe especificar en el acuerdo para la actividad formativa que está anexo al contrato de trabajo y se desarrollará durante la vigencia del mismo. El anexo es un acuerdo entre la empresa, el alumno trabajador; y en su caso, el centro de formación.

Por lo demás, la norma prevé un contenido mínimo del acuerdo relacionado con la identificación de las partes (la representación de la empresa que acoge al alumno trabajador y del centro formativo, y del propio trabajador); el tutor de la empresa y del centro formativo, el objeto del contrato (el título de la formación profesional, el certificado profesional o académico); la concreción de la formación complementaria en relación a las necesidades de la empresa o de la persona trabajadora; la selección de la modalidad de impartición; el contenido del programa de formación (actividades de la empresa y del centro formativo, profesorado, la forma y los criterios de evaluación); el calendario, la jornada, la programación y los horarios; y, por último, se anota los criterios para conciliar las vacaciones y los periodos no lectivos en el centro de formación. Junto a lo expuesto, se subraya que la empresa debe informar a la representación legal de los trabajadores de los acuerdos suscritos, y debe indicar las personas contratadas, el puesto a desempeñar y el contenido de la actividad formativa.

Por último, consideramos que un aspecto esencial es que las empresas y los propios trabajadores conozcan este tipo de contratación y que exista una sensibilización entre el tejido empresarial para derribar las barreras limitantes a la hora de contratar a las personas con discapacidad, dados los prejuicios que siguen existiendo en la sociedad actual. Para tal fin, los servicios públicos de empleo en colaboración con las administraciones educativas, deben informar y orientar a las empresas y a los trabajadores de las posibilidades de esta contratación y de la formación anudada. Nos parece interesante que deban orientar a la hora de facilitar un ajuste adecuado entre las características del puesto de trabajo que ofrece la empresa y la formación necesaria. No cabe duda, que esta orientación sobre los ajustes necesarios debe ser más intensa y precisa cuando la persona contratada tenga discapacidad.

2.3. La filosofía del contrato específico de formación dual para las personas con discapacidad

Ya se ha señalado que desde la Unión Europea se apuesta por la formación dual adaptada a la oferta del mercado de trabajo. Siguiendo con las recomendaciones de la Comisión Europea, se planteó la necesidad de favorecer la empleabilidad de ciertos colectivos de trabajadores, entre estos, los trabajadores con discapacidad. A continuación, anotamos unas breves referencias a

la batería normativa que se ha proyectado desde distintos ámbitos con el fin de apostar por la inclusión socio laboral de las personas con discapacidad¹⁴.

A nivel internacional destaca la promulgación de la Convención Internacional de las Naciones Unidas de las Personas con Discapacidad (Convención de discapacidad)¹⁵. Efectivamente, el art. 27 de la Convención de Discapacidad proclama que las personas con discapacidad adquieran experiencia en el mercado laboral abierto, inclusivo y accesible, en igualdad de condiciones que las personas que no tienen esta condición. Además, de forma particular, enuncia que se debe permitir a las personas con discapacidad el acceso efectivo a los servicios de formación profesional y continua, y a la promoción profesional. De manera concreta, el art. 24.5 de la Convención de discapacidad señala que los Estados deberán asegurar que estas personas tengan acceso general a la formación profesional sin discriminación y en igualdad de condiciones que las demás personas. A tal fin, se debe asegurar que los Estados realicen los ajustes razonables que sean necesarios¹⁶. Luego, la Convención de discapacidad señala en el art. 32.1 b) que se debe facilitar y apoyar el fomento de la capacidad mediante programas de formación y de prácticas remuneradas. En la actualidad habría que hacer referencia a los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) en el entorno de la Agenda 2030, que incluyen a las personas con discapacidad. Pues bien, la Agenda 2030 trata de fomentar los derechos de las personas con discapacidad, y en esa tarea apuesta por la inclusión en varios de estos ODS, y se alerta que aún se precisan de esfuerzos para lograr una sociedad plenamente inclusiva que garantice un empleo pleno y productivo¹⁷.

En el plano europeo, es de obligado acudir al estudio del Pilar Europeo de los Derechos Sociales (Pilar Europeo)¹⁸. El Pilar Europeo se estructura en tres capítulos (la igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo; las condiciones de trabajo justas; y la protección e inclusión social), a su vez ordenados en 20 principios y derechos esenciales. La filosofía del Pilar Europeo es lograr un funcionamiento correcto y justo de los mercados laborales y de los sistemas de protección social de la Europa del siglo XXI. El principio de “inclusión de las personas con discapacidad” se incluye en el capítulo III sobre protección e inclusión social. En este principio se reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho a una renta que garantice una vida digna, a unos servicios que les permitan participar en el mercado laboral y en la sociedad y a un entorno de trabajo adaptado a sus necesidades. Pues bien, la acción concreta de la Comisión en esta materia es la Estrategia sobre los Derechos de las Personas

14 Un recorrido por las políticas de empleo emprendidas por De Fuentes García Romero De Tejada, C., “Cincuenta años de la política de empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad: Balance y retos de futuro”, *Comunicación al III Congreso Derecho de la discapacidad organizado por la Fundación Derecho y Discapacidad*, Granada / 2021.

15 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008).

16 Sobre los ajustes razonables Gutiérrez Colominas, D., “La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extra 6/ 2017; Bernal Santamaría, F., “Personas con discapacidad: la necesidad de los ajustes razonables para la igualdad y la no discriminación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 59/ 2021.

17 Se debe acudir a <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/education/> (último acceso: 15 de nov. de 21).

18 El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron el Pilar Europeo de Derechos Sociales en 2017 en la Cumbre de Gotemburgo.

con Discapacidad para 2021-2030 (la Estrategia)¹⁹. El contexto de la Estrategia se presenta o nace con una clara vocación dispuestas en dos líneas de acción: promover la igualdad y luchar contra la discriminación como pilar de las políticas europeas y en consonancia con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La Estrategia se marca un objetivo transversal relacionado con lograr un avance significativo en la aplicación de la Convención de discapacidad en todos los ámbitos (social, laboral, personal, etc.), en una sociedad que limita a las personas con discapacidad, en consonancia con el modelo social (y derechos humanos) de discapacidad. Por lo demás, la Estrategia se articula en tres ejes relacionados con: (-) el disfrute de los derechos para las personas con discapacidad en las mismas condiciones que las personas que no tienen esta condición; (-) el desarrollo de una vida independiente que se vincula con tener un empleo de calidad, gozar de una protección social adecuada o participar en el aprendizaje permanente. Un aspecto básico para lograr una vida independiente es la formación para acceder al empleo; y (-) la protección frente a cualquier forma de discriminación (y violencia) y la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida (por ejemplo, el acceso y el mantenimiento del empleo, y la protección social y asistencia sanitaria).

Como se narra, un eje cardinal es la garantía de una educación inclusiva y de calidad para las personas con discapacidad. En este sentido, es fundamental destinar más esfuerzos en forma de recursos financieros a la gestión de la diversidad en las aulas, a la atención de las necesidades educativas, a la accesibilidad y a los ajustes razonables en el sistema formativo, por ejemplo, adaptando los planes de estudio a las necesidades del alumnado con discapacidad o formando al profesorado en el ámbito de la educación inclusiva²⁰. Por tanto, la Unión Europea se ha marcado en sus distintos planes estratégicos como línea maestra el objetivo de aumentar los niveles de empleo para las personas con discapacidad, considerando la especial vulnerabilidad a las fluctuaciones del mercado laboral y la sub-representación de éstas en cualquier faceta de la vida pública. En la filosofía de la Unión Europea, el empleo es un elemento esencial para lograr la inserción en la sociedad de las personas con discapacidad, y una forma de promoción de su independencia y dignidad. Así, la integración social se logra con la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Además, la Unión destaca, por un lado, las bajas cifras de empleabilidad de las personas con discapacidad, y, por otro lado, subraya los buenos resultados de la formación profesional dual para los trabajadores jóvenes y para conseguir reducir las altas tasas de desempleo de este colectivo. De hecho, la mayoría de los países europeos adoptan este sistema dual para determinados colectivos²¹.

Con todo lo expuesto, entendemos que el sistema de formación dual es vía de integración útil y necesaria para el logro de los objetivos marcados a nivel internacional y europeo a la hora de garantizar la inclusión socio- laboral de las personas con discapacidad.

19 Sobre lo apuntado <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8376&furtherPubs=yes> (último acceso: 15 de nov. de 21).

20 <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/estrategia-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-para-2021-2030/> (último acceso: 15 de nov. de 21).

21 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-7-2013-013368_ES.html?redirect (último acceso: 15 de nov. de 21).

3. LA FORMACIÓN PROFESIONAL EN CLAVE INTEGRADORA: LA EXIGENCIA DE LA IGUALDAD Y DE LA NO DISCRIMINACIÓN

La Ley Orgánica 5/2012 de Cualificaciones y formación profesional encomienda a la administración pública la obligación de adaptar las ofertas formativas a las necesidades de los colectivos con dificultades de integración laboral, como las personas con discapacidad. El fin es facilitar su integración social y su incorporación al mercado laboral como grupo desfavorecido en el mercado de trabajo²². Las ofertas formativas deben favorecer la adquisición de competencias y capacidades en el proceso de formación a lo largo de la vida. Además, se incluye módulos asociados al Catálogo Nacional de Cualificaciones con contenido apropiado y adoptado a las necesidades concretas y específicas del colectivo beneficiario, en lo que nos ocupa de las personas con discapacidad (art. 12). Al mismo tiempo, se admite que puedan realizar ofertas formativas, aunque no estén vinculadas al Catálogo Nacional de Cualificaciones profesionales con el fin de adaptarse al máximo a las necesidades específicas de formación del colectivo beneficiario (art. 13). El mandato enunciado se dirige de forma especial a la administración local en el ámbito de sus respectivas competencias. Esta Ley se inspira en el art. 27 y 40 de la Carta Magna a la hora de reconocer que todas las personas tienen el derecho a la educación para alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad humana y la hora de exigir a los poderes públicos el fomento de la formación y readaptación profesional como instrumentos para hacer realidad el derecho al trabajo, la libre profesión de oficio o profesión y la promoción laboral.

La formación profesional para las personas con discapacidad forma parte del subsistema de formación para el empleo que encuentra su regulación legal en la Ley reguladora del subsistema de formación profesional y su normativa de desarrollo²³. De hecho, proclama la accesibilidad y participación de las personas con discapacidad o especialmente vulnerables en las acciones del sistema de formación profesional para el empleo, mediante la adopción de las disposiciones y de las medidas que resulten necesarias (art. 3.k de la Ley 30/2015). En atención a este mandato, las administraciones públicas tomarán las medidas que sean necesarias con el fin de favorecer la accesibilidad y la participación de las personas con discapacidad (art. 5.2 *in fine* del Real Decreto 694/2017).

Pues bien, es primordial garantizar que el contrato de formación dual sea inclusivo para las personas con discapacidad, en relación a la equidad y a la calidad de la enseñanza, y en conexión con la normativa supranacional, especialmente, la Convención de Discapacidad y el Pilar Europeo. Con este fin, la ley debe mejorar la empleabilidad de las personas con discapacidad y ampliar las posibilidades de acceso al sistema de formación profesional. Ambos propósitos se deben vincular con principios básicos relacionados con la inclusión, la flexibilidad a la hora de confeccionar itinerarios personalizados propios y específicos para las personas con discapacidad, especialmente, para el colectivo de personas con discapacidad intelectual. Con ello deseamos aclarar que el universo de la discapacidad es muy heterogéneo y, por tanto, que cada tipo de discapacidad precisa de unas políticas y unas medidas muy concretas y distintas. Es más hay que tener muy en cuenta que el colectivo de personas con discapacidad intelectual presenta mayores

²² Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional (BOE núm. 147 de 20 de junio de 2002).

²³ Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral (BOE núm. 217 de 10 de septiembre de 2015); Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral (BOE núm. 159 de 05 de julio de 2017).

dificultades para lograr una formación mínima y básica que le permita acceder al mercado (ordinario), es decir, que le permita conseguir así, una integración plena. Por tanto, el pilar formativo “adaptado y flexible” es el instrumento más adecuado para superar las dificultades y las carencias formativas del colectivo referido, esto es, del de personas con discapacidad intelectual.

Sobre la base anotada se persigue generalizar la formación dual mejorando, incentivando y potenciando la adquisición y la acreditación de las competencias por parte del colectivo de personas con discapacidad. La adquisición de competencias profesionales es un elemento de relieve para mejorar el nivel educativo actual de forma que las personas con discapacidad estén mejor posicionadas en el mercado de trabajo. El contexto narrado se orienta a garantizar un empleo inclusivo, de calidad y garantista con el derecho a la igualdad de oportunidades y la lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad. En relación a las necesidades educativas es necesario subrayar que las personas con discapacidad (de forma particular, quienes tienen discapacidad intelectual) precisan de una formación específica y se les debe garantizar su derecho de acceso a toda la oferta formativa, asegurando la equidad y la igualdad de oportunidades, y evitando cualquier tipo de discriminación por su discapacidad. En este aspecto, cobra una importancia trascendental que se les garantice los apoyos necesarios para garantizar el derecho a una sociedad inclusiva en todas las facetas²⁴.

En la misma línea se posicionan los ODS a los que ya hicimos la debida referencia *supra*. En efecto, de forma específica el objetivo número 4 promueve las oportunidades de aprendizaje equitativas e inclusiva, el número 8 que aboga por el empleo pleno y productivo, por el trabajo decente para todos, lo que se traduce en garantizar una inclusión laboral para todas las personas con discapacidad, y por reducir las desigualdades en todos los ámbitos (objetivo número 10).

Por su parte, desde instancias nacionales también se ha manifestado que la formación dual es un mecanismo que se adapta de forma satisfactoria al colectivo de personas con discapacidad y se alinea con el fin de lograr una integración de estas personas²⁵. En esta línea, recuérdese que se reclama que la nueva ley de formación profesional mejore la posición de las personas con discapacidad en el mercado laboral elevando su nivel educativo. En definitiva, que la ley sea inclusiva, y apueste por la calidad y por la equidad, con un margen de flexibilidad que sea garantista con la igualdad de oportunidades y la no discriminación de las personas con discapacidad. Así las cosas, se han realizado diversas aportaciones destinadas a que la nueva ley tenga en cuenta las necesidades educativas especiales de las personas con discapacidad en toda la oferta formativa, para asegurar su accesibilidad, la equidad y la igualdad de oportunidades, evitando cualquier tipo de discriminación por motivo de discapacidad y ofreciendo los apoyos necesarios. Nuevamente se hace referencia a los ODS, pues un aspecto importante es que la promoción de la educación inclusiva, equitativa y de calidad. Ello se alinea con el ODS número 4 habida cuenta de garantizar el acceso igualitario a todos los niveles de la enseñanza y de la formación profesional para las personas vulnerables, lo que incluye a las personas con discapacidad²⁶.

24 Desde el tejido asociativo de la discapacidad se apuesta con mayor o menos énfasis por la promoción de una educación inclusiva y de calidad. Véase <https://www.cocemfe.es/informate/noticias/cocemfe-espera-que-la-nueva-ley-de-formacion-profesional-sea-inclusiva-para-las-personas-con-discapacidad/>

25 <https://sid.usal.es/noticias/discapacidad/61067/1-1/empleo-apunta-a-la-fp-dual-como-formula-clave-para-la-integrar-en-el-mercado-laboral-a-las-personas-con-discapacidad.aspx> (último acceso: 15 de nov. de 21).

26 El nuevo sistema de formación dual contará con el apoyo del movimiento asociativo de la discapacidad siempre que no deje de lado a este colectivo, tal y como ha venido sucediendo de forma histórica.

4. EL CONTRATO DE FORMACIÓN DUAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El modelo de formación dual para las personas con discapacidad se debe concebir como una iniciativa innovadora para superar los principales obstáculos en la integración socio laboral que presenta este colectivo en relación a: (-) la subrepresentación en el mercado laboral ordinario pues continúa siendo un grupo especialmente vulnerable a las fluctuaciones del mercado; (-) el bajo nivel de estudios (especialmente, de las personas con discapacidad intelectual); (-) el escaso porcentaje de contratos de formación dual que se conciertan con personas con discapacidad “sin estudios”; (-) la ausencia de una oferta formativa totalmente adaptada a las competencias profesionales exigidas en el mercado inclusivo; y (-) la falta de una continuidad en la oferta formativa que interrumpen la adquisición de competencias de las personas con discapacidad²⁷. Desde tal prisma, la formación dual para las personas con discapacidad constituiría la pasarela de las personas con discapacidad al mercado ordinario, y ello, con una combinación eficiente entre el aspecto formativo y el aspecto laboral. Con lo anotado, hay que tener en cuenta que la formación dual supone ventajas tanto para las personas destinatarias, como para las propias empresas que participan de esta iniciativa. Así, por ejemplo, para la persona con discapacidad conlleva: (-) el fomento de su experiencia laboral en un contexto real con la adquisición de competencias y de contactos profesionales que estimulan la integración socio laboral en conexión con los aspectos teóricos prácticos en un entorno de trabajo real e inclusivo; (-) el empoderamiento con la adquisición de responsabilidades en relación a la formación y a la ejecución de una actividad laboral; y (-) la mejora de su empleabilidad con la adquisición de experiencias y de formación profesional.

Por su parte, la empresa se beneficia al comprobar *in situ* la forma de trabajar del empleado y se asegura de una adaptación eficiente a las concretas necesidades que demanda. Además, de alguna forma, con la formación dual resulta más eficiente la inversión en formación del trabajador. Como la formación es continua, se entiende que las competencias se actualizan, siendo un mecanismo que permite a la empresa valorar si procede o no a la contratación por tiempo indefinido del trabajador. No cabe duda que es una fórmula competitiva que reduce los costes de adaptación del empleado a las tareas y a las funciones desarrolladas. En fin, permite formar a trabajadores en un entorno competitivo y de manera responsable.

Aquí consideramos que el rol de los Servicios Públicos de Empleo y de las agencias de colocación es importante a la hora de fomentar el protagonismo de la formación profesional de las personas con discapacidad, y consiguientemente, en garantizar su inclusión laboral. Se puede acudir a las previsiones del Real Decreto Legislativo 1/2013²⁸. Su art. 38 encomienda a estas instituciones las siguientes funciones: (-) La orientación y colocación en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad que se encuentren en situación de búsqueda de empleo o que estén en situación de desempleo; (-) La confección de un registro de trabajadores con discapacidad que son demandantes de empleo de forma que estén incluidos en el registro general de trabajadores

<https://www.cocemfe.es/informate/noticias/cocemfe-espera-que-la-nueva-ley-de-formacion-profesional-sea-inclusiva-para-las-personas-con-discapacidad/> (último acceso: 15 de nov. de 21).

27 Escuela Esment Profesional, Amadip Esment Fundación, Formación Profesional Dual para personas con discapacidad intelectual, Asociación Empresarial para la Discapacidad, 2016.

28 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (BOE núm. 289 de 03 de diciembre de 2013).

desempleados. Esta previsión sirve para que los trabajadores con discapacidad puedan acceder a los beneficios legales previstos, y que se repercuta consiguientemente en las empresas en forma de subvenciones. No obstante, y aunque la previsión exhorta a que se tenga el consentimiento previo de los trabajadores para ser incorporados al registro, se subraya las dificultades para las propias organizaciones a la hora de conocer si una persona tiene discapacidad por su confrontación con el derecho a la intimidad; (-) La aplicación de las dos previsiones anteriores será mas eficaz en el logro de la adecuación entre las condiciones personales de la persona con discapacidad y las características del puesto a desarrollar, si hay una coordinación entre las instituciones referidas y los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad.

Anudado a lo anterior, y con el objetivo de fondo de lograr la inclusión laboral de las personas con discapacidad es importante el fomento de las bonificaciones y ayudas. En este sentido, la reforma laboral de diciembre de 2021 prevé una bonificación de cuotas con cargo a los presupuestos del Servicio Público de Empleo Estatal del cincuenta por ciento de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a contingencias comunes²⁹. Por un lado, se debe tener en cuenta que se financia el coste la formación en las cotizaciones a la seguridad social. Por otro lado, el art. 39 del Real Decreto Legislativo 1/2013 dispone la necesidad de contar con ayudas destinadas a la generación de empleo de las personas con discapacidad. Por tanto, se fomenta el empleo de las personas con discapacidad mediante el establecimiento de ayudas que faciliten su inclusión laboral³⁰. Las ayudas pueden ser desde subvenciones o préstamos para la contratación, a la adaptación de los puestos de trabajo, a la eliminación de todo tipo de barreras que dificulten su acceso, movilidad, comunicación o comprensión en los centros de producción, a las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social. Un supuesto de financiación que incluye las personas con discapacidad son los incentivos por estar inscritas en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil (aplicables desde el 1 de enero de 2017), que actualmente está en fase de refuerzo desde las instancias europeas con el sistema de Garantía Juvenil Plus 2021-2027. En tal aspecto, el Plan de Acción Español recoge una batería de iniciativas dirigidas a orientar para el desarrollo de acciones integrales de empleo. Algunos ejemplos son: (-) Apoyo a la figura de la persona mediadora u orientadora sociolaboral: se incidirá especialmente en la necesaria formación y cualificación específica en este ámbito de las personas orientadoras; (-) Creación de otra línea de financiación de acciones de visibilidad e inclusión de la discapacidad en el marco del empleo: especialmente para favorecer políticas de Responsabilidad Social Corporativa; y (-) La realización de campañas de sensibilización en el ámbito empresarial sobre la situación de las personas con discapacidad: se realizarán a través de foros, ferias, eventos o encuentros entre empresas y personas jóvenes.

Por ende, se apuesta por la visibilidad, por la inclusión y por la sensibilización. De hecho, es importante subrayar que las iniciativas de esta acción contarán con una perspectiva de inclusión plena en todo el tejido productivo español, y no solo mediante la integración en el mercado laboral a través de CEE. Además, la acción gravita sobre el eje de incentivar la contratación, crear empleo o mantener el que exista para el colectivo de las personas con discapacidad. Por lo demás, se aboga por la integración del principio de igualdad y no discriminación en el

29 Disposición Adicional vigésima del Real Decreto Ley 32/2021.

30 Sobre la relevancia de los incentivos al empleo de las personas con discapacidad es imprescindible el trabajo de Esteban Legarreta, R., Gutiérrez Colominas, D., "La incentivar del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo, *Revista Española de Discapacidad*, núm. 2 (1) / 2014, pp. 7-32.

funcionamiento ordinario y transversal de Garantía Juvenil Plus, con el servicio puente personas con discapacidad³¹.

Por último, también se consideran positivas la previsión de ayudas para promover la colocación de las personas con discapacidad, especialmente la promoción de cooperativas y otras entidades de la economía social, e incluso la posibilidad de establecerse como trabajadores autónomos.

4.1. Primeras manifestaciones e iniciativas en el panorama español

A nivel general se prevén las siguientes adaptaciones mínimas para la formación profesional de las personas con discapacidad:

- La duración máxima del contrato se puede alargar hasta cuatro años, es decir, un año más del plazo anunciado para el “antiguo” contrato para la formación y el aprendizaje. En el proceder de esta ampliación se valora que el trabajador con discapacidad no haya podido alcanzar el nivel de conocimiento adecuado para el desempeño del puesto de trabajo debido al tipo o al grado de discapacidad, a las características de la formación recibida, o a otro tipo de circunstancia individual o profesional. Para esta ampliación es necesaria un informe favorable del Servicio público de empleo tras haber recabado la información precisa de los equipos de valoración y orientación. Sin embargo, sorprende, tal y como se expone luego, que las iniciativas de formación dual para las personas con discapacidad no aprovechen esta adaptación, pues de forma general limitan la duración del contrato a tres años e incluso a una duración menor. Por último, recuérdese que la reforma de diciembre de 2021 elimina la duración máxima del contrato en alternancia para las personas con discapacidad.
- Se permite contar con programas de duración variable en función de las demandas del colectivo al que va destinada la formación. De tal manera que en los programas formativos se reconoce la inclusión de una formación concreta y específica, que responda a las necesidades del colectivo, es decir, como una forma de complemento a la formación acreditable.
- No se aplica el límite de edad previsto para las personas que no tienen la condición de discapacidad (antes de la reforma laboral de diciembre, el límite de edad para el contrato formativo es de 25 años, y con la reforma se amplía a 30). Como señalamos antes se trata de un elemento clave en la integración socio laboral que permite dar a las personas con discapacidad nuevas oportunidades de cualificación profesional y que apuesta por garantizar su empleabilidad independientemente de la edad que tenga en ese momento. Como se indicó, esta adaptación responde a que las personas con discapacidad (especialmente, las personas con discapacidad intelectual) tienen un aprendizaje más lento durante toda su etapa educativa. En este sentido, se debe priorizar el proceso formativo de la persona y apostar por una cualificación que mejore sus competencias, a la vez, que tienda a las necesidades de adaptación bajo criterios de productividad y de competitividad.

31 Resolución de 24 de junio de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de junio de 2021, por el que se aprueba el Plan Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes (BOE núm. 151 de 25 de junio de 2021).

- Se prevé una singularidad específica para el trabajador que tenga una discapacidad intelectual relacionada con el tiempo de trabajo. En tal caso se contempla que el 25 % del tiempo de trabajo efectivo se destine a procedimientos de rehabilitación, habilitación o de ajuste personal o social.
- Si el fin de la formación es la obtención de un título de formación profesional o de un certificado de profesionalidad, se permite un margen de flexibilidad para que la oferta formativa se adapte a las necesidades concretas de las personas con discapacidad. Esta previsión sirve para combinar la formación que necesitan estas personas con la actividad laboral o con otras actividades derivadas de la situación de discapacidad. La adaptación anotada es una forma de responder a las necesidades e intereses personales de las personas con discapacidad³². En desarrollo de esta previsión se recoge que las administraciones públicas puedan lanzar ofertas formativas adaptadas a las necesidades de grupos con especiales dificultades de integración laboral, entre estos, se contempla a las personas con discapacidad. La oferta tendrá que incluir módulos asociados al Catálogo Nacional de cualificaciones profesionales con la incorporación de módulos apropiados para la adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad.
- Los centros de formación tendrían que estar adaptados al tránsito y a la comunicación de las personas con discapacidad, sin perjuicio de la realización de los ajustes razonables a los que estén obligados realizar. Como se aprecia, no se enuncia como una obligación, sino como una simple recomendación. Si los módulos formativos no son a distancia se permite que la formación se realice en el puesto de trabajo o en formato presencial.

Teniendo en cuenta el panorama que se ha expuesto, desde algunas CCAA y con el apoyo del tejido asociativo de las personas con discapacidad, han optado por diversas fórmulas o modelos de inserción laboral recurriendo a la formación profesional dual. Las iniciativas que citaremos revisten la fórmula de políticas activas de empleo y suelen promocionarlas las CCAA en asunción de las funciones transferidas por la Administración del Estado relativa a gestión en el ámbito del trabajo, del empleo y de la formación³³. Como primer apunte sobre las iniciativas autonómicas es que diseñan un instrumento híbrido que combina formación y empleo en el itinerario personalizado para las personas con discapacidad. Estas prácticas se dirigen sobre todo para las personas con discapacidad intelectual, como grupo especialmente vulnerable y falto de formación y competencias para su inserción a medio plazo. El fin de las iniciativas autonómicas es la formación profesional de la persona con discapacidad a través de un proceso de acreditación de cualificaciones y desarrollo de sus competencias sociales y personales. De hecho, como se ha ido adelantando, compartimos la idea de ser la fórmula más adecuada para lograr la inclusión laboral de estas personas. No cabe duda que los programas de formación dual a través del contrato de formación permiten aprovechar las metodologías de un sistema que combina la formación (tan necesaria para este colectivo) con el aprendizaje en un entorno real. Al mismo tiempo, como se ha visto, se admite la adaptación a las necesidades específicas y a la situación de la persona y un margen de flexibilidad en ciertos aspectos de la normativa aplicable.

32 Así lo detalla el art. 41.3 del Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo (BOE núm. 182 de 30 de julio de 2011).

33 Nos parece interesante analizar la formación dual desde un prisma de política activa de empleo. Véase el trabajo de Nieto Rojas, P., “La formación dual como política activa de empleo. La escasa empleabilidad de los jóvenes sin cualificación como telón de fondo: dual training as an active employment policy. The low employability rate of unskilled young people as backdrop”, *Revista de información laboral*, núm. 2/2014, pp. 43-66.

A continuación, señalamos algunas de las propuestas de formación dual más emblemáticas que hemos encontrado. El anuncio de estas propuestas nos permitirá conocer las características y los elementos en las que se basan:

Esta iniciativa recoge el diseño de una formación dual basado en una serie de fases³⁴:

- El inicio debe ser la formación pre-laboral previa para que la persona con discapacidad obtenga las habilidades laborales, personales y sociales que precisa el sector o actividad laboral. Aquí se diseñan perfiles profesionales considerando la vocación de la persona, su edad y su formación previa. Luego, conceden una importancia vital a la adaptación de los programas de formación profesional básica y las plazas ocupacionales como parte del contrato de formación.
- Luego prevén, un sistema modular con programas formativos en ciclos de tres años, con la posibilidad de ampliarlo hasta cuatro años. La estructura es flexible para que la persona adquiera el nivel de cualificación preciso que mejore su empleabilidad. La base es la adaptación tanto en la duración como en el grado de dificultad, para adaptarlo a las necesidades formativas de la persona trabajadora, pero también, del sector. En el proceso de adaptación, algunas iniciativas optan por no acortar la duración del periodo lectivo, sino todo lo contrario, amplían las horas para desarrollar la actividad en unas condiciones que sean lo más parecidas a las empresas ordinarias. Cuando la empresa formadora es un centro especial de empleo se aprovecha que la práctica formativa sea en el propio centro. La ampliación del año más se destina a que el trabajador, previa petición, requiera trabajar competencias técnicas junto a una formación transversal adaptada con contenidos base en materias como la lingüística, la lógica-matemática y la tecnología digital, y en competencias que fomentan su desarrollo personal en aspectos como el social, la autonomía, la iniciativa, los hábitos laborales, etc. Desde nuestro punto de vista, consideramos que es necesaria la adaptación del tiempo de duración de la formación. Lo que deseamos expresar, y recordar, es que las personas con discapacidad (intelectual) suelen precisar de una adaptación curricular significativa que necesita de mayores horas formativas para que adquiera las competencias que requiere la titulación de que se trate. En esta adaptación es importante reiterar las pautas en el propio centro de trabajo, individualizar el itinerario formativo con una organización de tareas y programas para que la persona con discapacidad adquiera las competencias a su propio y debido ritmo.
- También contemplan una distribución adaptada, tanto del periodo de formación, como de la ejecución laboral. Así, es habitual que los programas de las entidades que facilitan la formación dual apuesten porque el total de horas del contrato como tiempo de aprendizaje y de trabajo. En esta etapa tiene un protagonismo intenso la figura del formador (ya sea el tutor profesional o el tutor “orientador”). Con esta opción, la frontera entre tiempo de formación y tiempo de trabajo se diluye (e incluso se derrumba), pues la persona entrena y se forma durante todo el tiempo. Si bien, se apuesta por una mayor presencia del trabajador en el centro de trabajo, como, por ejemplo, un 80% de aprendizaje en el puesto de trabajo frente a un 20% de aprendizaje en el aula. De esta forma, se evita aprender en un contexto que no sea real y el exceso de contenidos teóricos y de contextos simulados. Otras iniciativas valoran que oscile el periodo de aprendizaje en el lugar de trabajo entre un 50% y un 80% en atención al tipo de discapacidad de la persona

³⁴ Escuela Esment Profesional. AMAPIP Esment Fundación, Formación Dual para personas con discapacidad intelectual, Asociación Empresarial para la discapacidad, 2016.

trabajadora. Como se ha expuesto es común que las personas con discapacidad intelectual se formen el propio centro de trabajo un 80% de la duración total del contrato³⁵.

– Nos resulta ilustrativo que se opte por una formación técnica acreditable, pero solo en ciertos niveles de cualificación. Nos explicamos, las iniciativas que hemos encontrado se centran en los niveles más bajos, es decir, aquellos que capacitan para el desarrollo de perfiles profesionales relacionados con los puestos de ayudante o de auxiliar, estamos hablando de los certificados profesionales de nivel 1. La explicación a este hecho se centra en que son las salidas profesionales más demandadas laboralmente y en que son los niveles formativos que “pueden” alcanzar con más facilidad las personas con discapacidad (sobre todo, quienes tienen discapacidad intelectual). Así, es muy común que se descarten los niveles “más altos” para puestos de trabajo más autónomos, como son responsables en coordinación, supervisión de tareas o equipos de trabajo, es decir, los certificados profesionales de nivel 3. En relación al nivel de que se trate, se suele adaptar la duración del programa formativo ampliando el número de horas necesarias para la obtención del nivel 1 con especialidades formativas técnicas, con un contenido más amplio y ajustado, que permite el trabajo retirado de las competencias hasta que el trabajador las adquiera. Desde luego, es imperioso subrayar que lo importante es que el trabajador supere las unidades de competencias del certificado y que obtenga la acreditación final.

– Se respalda una formación integral y transversal, esto es, se prefiere complementar la formación técnica con aspectos personales y sociales. Es decir, en el desarrollo de la formación, se trabajan aspectos relacionados con la autonomía, la gestión de las emociones, la actitud, el compromiso y la integración en un contexto socio laboral. Se trata de una evaluación por competencias en el que se adquiera un aprendizaje constante e individualizado en el contexto de trabajo real. En el sentido relatado, se pone de manifiesto que el fin no es tanto aprobar un examen concreto que, de acceso a la titulación, sino mejorar la capacidad en un contexto socio laboral que sea real.

– Se parte del axioma “un trabajo que se aprende haciendo” como fundamento metodológico de la formación, y la metodología se basa en el aprendizaje con situaciones reales, que, no simuladas. Se orienta por un aprendizaje en un contexto directo en el que se le dota de las estrategias y de las herramientas para que el trabajador detecte los problemas diarios y para que sea capaz de resolverlos con cierto margen de autonomía, pero sujeto a supervisión. Junto a ello, y de forma previa, es clave analizar el puesto de trabajo que vaya a desarrollar la persona con discapacidad. Este análisis sirve para programar las unidades de competencias que la persona tiene que adquirir.

– La formación se diseña bajo la guía de un equipo formador compuesto por: el formador del perfil profesional que enseña su propio oficio; el orientador tutor que puede ser una persona con experiencia en formación, titulada y acreditada como docente, que acompaña al alumno durante todo el proceso formativo, que lo evalúa y que propone los ajustes que sean necesarios; otros profesionales de apoyo para la prestación de servicios de ajuste personal y social.

35 En consonancia con la Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2018, que señala que “una parte sustancial de la formación de aprendiz, es decir al menos la mitad ella, debería realizarse en el lugar de trabajo con, si fuera posible, la oportunidad de adquirir parte de esa experiencia profesional en el extranjero. Teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales, el objetivo es avanzar gradualmente para que esa parte de la formación de aprendiz se haga en un entorno profesional”.

Al mismo tiempo, se ha tenido en cuenta desde las iniciativas que la fórmula de contratación dual para las personas con discapacidad permite que se puedan formar en sectores emergentes que demanden mano de obra cualificada, que adquieran y mejoren en las competencias profesionales en ciertos sectores, por ejemplo, a los cambios del sistema productivo y a la transformación digital. Algunos sectores por los que se han apostado son por los “hoteles escuela” o las empresas del Tercer Sector. Además, desde estas iniciativas se recogen programas formativos en los que suelen formar las personas con discapacidad, la duración, el contenido formativo (certificado de profesionalidad, especialidades formativas), así como las familias profesionales. La iniciativa es importante por tres ejes, relacionados con: (-) Dar cobertura y financiar los costes asociados a los tres años de contrato de formación dual; (-) Financiar el programa con los fondos transferidos por el Estado asignados en el marco de la Conferencia Sectorial de Empleo; y (-) Unificar en una única convocatoria tres políticas de empleo (la de formación, la financiación del coste salarial de las personas trabajadoras con discapacidad contratados por el centro especial de empleo como aprendices y la financiación de profesionales que conforman las unidades de apoyo), la cual cosa además de ser un ejemplo simplificación administrativa dota a las entidades de la seguridad necesaria para la ejecución del proyecto dado que la financiación cubre toda la duración del contrato³⁶.

Luego, se han formulado programas de formación dual en sectores estratégicos dirigidos a grupos vulnerables, entre ellos, las personas con discapacidad, como son: el sector de la agricultura ecológica, industriales (náutica, calzado, mueble, energías renovables y eficiencia energética, etc.), de TIC, de construcción, comercio, turismo y hostelería (cocina, recepción y alojamiento). Se trata de programas de formación dual titulado SOIB Dual Sectores Estratégicos, en el que se suscribe un contrato de formación y aprendizaje con personas con discapacidad con una duración de 6 meses a un año³⁷. Otros modelos de formación dual se despliegan en el sector industrial con operaciones auxiliares de fabricación mecánica, en el que se dedica un tiempo de trabajo del 75% de la jornada, y un 25% a la formación³⁸.

Otras iniciativas son los proyectos pilotos desarrollados por el tejido asociativo asumiendo el compromiso de una inclusión educativa y laboral con una formación profesional dual inclusiva en el marco de la Alianza para la formación dual. Con este proyecto se facilita las estancias formativas en centros de trabajo con el apoyo tutelado de la asociación y con un itinerario específico en coordinación con el centro educativo. Así, la empresa y el centro educativo se corresponsabilizan en la formación del “aprendiz”³⁹.

También destacan los programas formativos que se dirigen en aumentar la empleabilidad y el crecimiento inteligente. Esta línea la cimientan en la promoción de la economía social como fórmula que genera empleo y que contribuye al desarrollo económico de las regiones. A mismo

36 Modelo de formación dual en el ámbito de la comunidad autónoma de las Illes Balears, acordado en el marco del convenio colectivo de atención a las personas con discapacidad entre FOQUA, CCOO, UGT, CAEB y PIMEB y el Govern de les Illes Balears, 2021.

37 Ver el programa que se suscribe con personas con discapacidad y con personas en riesgos de exclusión social <https://soib.es/es/formacion-dual/> (último acceso: 15 de nov. de 21).

38 <https://www.gureak.com/es/comunicacion/noticias/76-modelo-de-formacion-dual-adaptado-a-personas-con-discapacidad-psiquica-harrobi> (último acceso: 15 de nov. de 21).

39 <https://www.discapnet.es/actualidad/2019/01/primera-experiencia-fp-dual-inclusiva> (último acceso: 15 de nov. de 21).

tiempo es un instrumento idóneo para disminuir la tasa de desempleo de las personas con discapacidad. De tal modo que la formación y la adquisición de la experiencia profesional favorece la inserción laboral de este colectivo. No obstante, nos parece criticable que es habitual que la ejecución de estas iniciativas se dirija de forma específica a los CEE. De esta manera, se emplaza a estos centros a participar en régimen de competencia competitiva y que se podrán beneficiar de las ayudas para asumir los costes salariales de los participantes, para el desarrollo de las actividades formativas y para la contratación de personal de apoyo y acompañamiento de las personas con discapacidad en su puesto de trabajo⁴⁰.

Como se aprecia la realización de los programas de formación dual se dirige de forma exclusiva a los CEE, en detrimento de la empresa ordinaria. Nos parece que la exclusión de la empresa ordinaria en este tipo de convocatorias no está justificada. Con estos cimientos, se establecen ayudas para realizar programas de formación dual en convocatorias plurianuales en el marco de la Estrategia europea para el empleo, de la Estrategia española de activación para el empleo 2017-2020 y del respectivo Plan anual de política de empleo (PAPE 2019).

Las ayudas se dirigen al impulso de la formación dual de las personas con discapacidad intelectual con el fin de obtener las certificaciones de profesionalidad con itinerarios formativos adaptados y estables de tres años de duración. Las ayudas sirven para complementar la financiación estatal de forma que se costee la formación asociada al contrato formativo, y se pueda financiar, al menos parcialmente, los costes laborales de los alumnos y del personal de apoyo y acampamiento necesario. En esa línea, se asume que la formación y la capacitación de las personas con discapacidad incrementa su cualificación, siendo, pues, el eje básico para su inserción laboral. Tanto es así que desde las CCAA se refuerzan los programas de creación de empleo dadas las ventajas que supone la formación dual en comparación con el método tradicional de formación para el empleo. Se valora de forma positiva un modo de inserción laboral que permita una metodología de aprendizaje flexible y que esté adaptado a las necesidades de las personas con discapacidad. Así las cosas, se concibe como un sistema innovador que facilita la calidad del aprendizaje sustentado en los aspectos teórico-prácticos en un ambiente real. En definitiva, se refuerza “la motivación, la responsabilidad, el hábito del esfuerzo y la tolerancia a la frustración, y también permite una evaluación continua y adaptada a la persona, y así favorece la integración sociolaboral, cuestión que adquiere especialmente importancia en el ámbito de la discapacidad”⁴¹.

Por último, otros programas señalan que una de las grandes barreras en la empleabilidad de las personas con discapacidad es la ausencia de perfiles cualificados, la falta de formación y de especialización de cara a conseguir la inserción en un entorno laboral normalizado. Esta carencia unida a los prejuicios de la sociedad en relación a su productividad hace necesario que se impulse la formación dual para las personas con discapacidad, como la herramienta clave de la empleabilidad para el colectivo de personas con discapacidad. La formación dual la visionan como un modo de que el tejido empresarial supere la creencia limitante a la hora de contratar a las personas con discapacidad. Desde este prisma, se plantea un itinerario formativo gestionado desde la fundación y que se complementa con una inmersión “tutorizada” en la empresa. Tras

40 <https://www.galiciapress.es/texto-diario/mostrar/1524936/programa-fp-dual-dotado-3-millon-fomentara-integracion-personas-discapacidad-intelectual> (último acceso: 15 de nov. de 21).

41 https://www.xunta.gal/dog/Publicados/2019/20191004/AnuncioG0424-260919-0003_cs.html (último acceso: 15 de nov. de 21).

esa primera fase, se continúa con su formación ya incorporado en la empresa con las competencias y las habilidades que sean necesarias⁴².

Las expuestas son las iniciativas emprendidas por CCAA y propulsadas por el tejido asociativo, pero hace falta que sean copiadas y mejoradas por otras. Se demanda el despliegue y la implantación en el territorio nacional de la formación profesional dual, y el desarrollo de una norma básica nacional que regule cómo se va a implantar esta formación tan específica. Dada la importancia del Tercer Sector como nicho de empleo, se aboga por permitir a estas entidades la implantación de la formación profesional con la homologación de los contenidos basados en el catálogo de cualificaciones profesionales⁴³.

Por su parte, el CERMI ha planteado que la ley de formación profesional active laboralmente a las personas con discapacidad⁴⁴. Así, propone luchar contra las bajas cifras de estudiantes que cursan esta modalidad (1.45%), y que en esta lucha es indispensable contar con las adaptaciones y los apoyos precisos en las distintas etapas educativas, lo que incluye a la formación profesional y en la organización y en el diseño curricular de la persona con discapacidad. Esta propuesta incorpora el mandato de la Organización de las Naciones Unidas en relación a una educación inclusiva que debe impregnar y regir la norma de formación profesional dual para las personas con discapacidad. Para el diseño de esta propuesta es necesario garantizar una oferta pública de ciclos formativos adecuada y suficiente, que cubra a las zonas rurales y que sea homogénea en todas las CCAA, además, un currículo de ciclos formativos que garanticen las competencias vinculadas a la inclusión. Al mismo tiempo, señala que la norma debe garantizar el acceso a la formación profesional dual para las personas con discapacidad con plazas reservadas de al menos el 7 %. Además, teniendo en consideración todas las adaptaciones, medidas organizativas, alternativas metodológicas y recursos de apoyo necesarias. Por último, y no menos importante, es ajustar la formación profesional a las necesidades de capacitación para el acceso al ámbito laboral. El CERMI pide que no se exija como requisito de acceso haber cursado el primer ciclo de ESO. Es más, que se amplíe el plazo máximo de permanencia; y que se disponga de una oferta de formación profesional básica sin límite máximo de edad, en régimen de adultos y oferta modular presencial.

4.2. El fracaso enunciado de los centros especiales de empleo como pasarela a la integración en el mercado ordinario

Las iniciativas que hemos apuntado se desarrollan de forma generalizada en el mercado protegido, es decir, el entorno de aprendizaje suelen ser los CEE. Con ello, el contrato de formación lo suscriben la persona con discapacidad con el centro especial de empleo de que se trate. Nada obsta, la participación de estos centros en las iniciativas laborales de las personas con discapacidad, pues la ley permite su colaboración en tan ardua tarea. Además, este entorno podría facilitar que el trabajador con discapacidad (aprendiz) adquiera las competencias y las habilidades con el apoyo que sea preciso a lo largo de todo su itinerario formativo. A pesar de lo anterior, consideramos

42 <https://dkvintegralia.org/blog/formacion-profesional-dual-personas-con-discapacidad/> (último acceso: 15 de nov. de 21).

43 <https://www.discapnet.es/actualidad/2021/03/plena-inclusion-demanda-isabel-celaa-mas-recursos> (último acceso: 15 de nov. de 21).

44 <https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/el-cermi-plantea-que-la-nueva-ley-de-formaci%C3%B3n-profesional-active-laboralmente> (último acceso: 15 de nov. de 21).

que, aunque los CEE desarrollen una serie de tareas relacionadas con el contrato de formación, no dejan de ser “simulaciones”. Este argumento se sustenta sobre todo cuando las personas con discapacidad no realizan su actividad en un entorno laboral real. En definitiva, si las personas con discapacidad no salen al mundo laboral ordinario, se sigue perpetuando los guetos, y se “pierden” la experiencia de ejecutar su actividad laboral en el mercado ordinario, *per se*, incluso. Con este argumento, planteamos un cambio de escenario en el que se destierre el protagonismo de los CEE en esta figura contractual, y que el tipo de empleo (protegido) quede para las personas con especiales dificultades, es decir, aquellas que no van a ser empleadas en el empleo ordinario. Sin ánimo de reiteración, queremos dejar claro que esta propuesta gira en torno a la idea de que los CEE no dejan de ser una simulación más, que no real, de la práctica profesional que requieren el contrato para la formación dual. Además, la doctrina ya ha declarado el fracaso de los CEE como ente facilitador de una inclusión laboral en entornos ordinarios⁴⁵. En definitiva, y en resumen de lo anterior, los CEE tienen su razón de ser a la hora de procurar al trabajador los aspectos relacionados con la rehabilitación, la terapia o el entrenamiento en actividades útiles durante una etapa muy concreta para algunas personas con discapacidad, o para otras personas con discapacidad que por razón a su situación no puedan desempeñar su actividad en entornos ordinarios. Y eso sí, el papel de los CEE para esas etapas y/o para determinadas personas puede ser fundamental. Pero, desde luego, los CEE no logran ejercer con eficiencia la función de integrar en entornos reales e inclusivos a las personas con discapacidad, es decir, no han llegado ser el puente o pasarela en el empleo ordinario.

En este marco, la formación dual debe concebirse como una política de empleo de las personas con discapacidad, ante la ineficiencia de las cuotas de reserva de empleo que “impone” la norma sobre discapacidad⁴⁶. Se sabe que las empresas incumplen este mandato o bien optan por las medidas alternativas que la norma de discapacidad contempla. En cualquiera de los dos casos, se deja en el limbo el logro de la igualdad de oportunidades en el empleo ordinario. No obstante, se valora positivamente que algunos CEE cuenten con la experiencia y la capacidad para el desarrollo de la formación dual, siempre que respondan al compromiso de la plena integración socio laboral de las personas con discapacidad en el mercado ordinario. Así, defendemos que su protagonismo se debe ir diluyendo para que sea el contrato de formación dual el tránsito al mercado ordinario.

4.3. La formación profesional en el mercado ordinario de trabajo como reflexión final

En esta sede de análisis se ha tratado el tema de la igualdad de oportunidades y de la inclusión socio laboral de las personas con discapacidad. Si se reta en el logro de ambos fines debe ser una

45 Garrido Pérez, E., “Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 51/ 1999.

46 El art. 42 del Real Decreto Legislativo impone el deber de las empresas que empleen a un número de 50 o más trabajadores a que de entre ellos, al menos, el 2 por ciento sean trabajadores con discapacidad. Si bien, de manera “excepcional” el mismo precepto allana el camino para que las empresas queden exentas de esta obligación. En la actualidad sigue vigente el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad (BOE núm. 94 de 20 de abril de 2005). Este Real Decreto es el desarrollo reglamentario de la obligación análoga que imponía el art. 38.1 de la hoy derogada Ley de Integración Social de Minusválidos.

propuesta de obligado cumplimiento que desde las administraciones públicas se abogue por una educación inclusiva y normalizada. Si posamos la mirada en la apuesta lanzada se debe valorar las opciones de inserción en el empleo ordinario, y se debe analizar los motivos por los que no resultan eficientes las medidas impuestas por la norma actual en esa vía laboral. Ya se ha estudiado las iniciativas impulsadas por los CEE y por el tejido asociativo. Sin embargo, hace falta que estas iniciativas se extiendan para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, el impulso de las medidas para promover esa igualdad e inclusión, toda vez que se deba revisar el marco normativo y se deba incoar a la inclusión en el empleo ordinario de las personas con discapacidad. De esta manera, son loables algunas iniciativas dirigidas desde las universidades para formar a jóvenes con discapacidad desde una vertiente interdisciplinar. El fin es asegurar el aprendizaje y potenciar la igualdad de oportunidades en un contexto educativo inclusivo y enmarcado en la metodología conocida como diseño universal del aprendizaje. La implantación de esta metodología se basa en un programa docente adaptado a la preparación laboral de los estudiantes con discapacidad. El fin es que estas personas puedan acceder al mercado laboral, en el ámbito público y privado, desde el entorno universitario. Se trata de un título propio adaptado al catálogo de estudios universitarios, con la impartición de acciones formativas para favorecer la inclusión de las personas con discapacidad en contextos ordinarios, para reducir los niveles de desempleo y para que el tejido empresarial pueda conocer los efectos positivos de la diversidad. Esta acción no es en sí misma un programa de formación dual, pero es un referente del modelo de educación inclusiva, que puede facilitar el tránsito a programas que mejoren la empleabilidad, la cualificación y la inserción profesional de las personas con discapacidad⁴⁷.

La adaptación de la formación profesional a las personas con discapacidad como grupo vulnerable requiere de apoyo y aprendizaje. El apoyo precisa de recursos financieros que sufragan los aspectos que hemos ido viendo. Las ayudas se destinan a sufragar la financiación de las cotizaciones por formación del contrato de formación dual, de los costes de accesibilidad en todos los aspectos que precisan las personas con discapacidad para que puedan acceder y permanecer en el mercado de trabajo. Hay que valorar los costes a la hora de contratar a la persona con discapacidad bajo la modalidad de contrato dual considerando que hay que sufragar el coste de su contratación (a razón del convenio colectivo que resulte aplicable), los costes salariales y de seguridad social, y los costes del programa de formación dual. En algunas CCAA, como, por ejemplo, Baleares, se ha optado porque los costes salariales del trabajador se incluyan en la convocatoria que financia la formación dual⁴⁸.

Sin embargo, como se ha anotado, aunque las ayudas sirvan para impulsar los programas de formación dual, es muy común que las convocatorias se dirijan a los CEE, en detrimento del empleo ordinario. Desde luego, no es una cuestión baladí donde se destinan estos recursos, pues no se debe perder de vista que el objetivo de la normativa vigente en todos los ámbitos es el

47 Se trata de un programa impulsado por el grupo de investigación de la UCLM “DISCAPU-BLIC” -Discapacidad y Políticas Públicas-, creado en la Facultad de Derecho de Albacete. Este programa está inspirado en las demandas sobre educación inclusiva por parte de institutos de educación secundaria, familias y asociaciones de personas con discapacidad en Castilla-La Mancha, con la pretensión de ser la respuesta educativa normalizada para el colectivo de personas con discapacidad intelectual, desde la construcción de una sólida relación entre UCLM y el colectivo de discapacidad intelectual. La información está disponible en <https://www.uclm.es/estudios/propios/curso-incluye-inserta-uclm-entomos-privados-4-formacion-dual-universitaria> (último acceso: 15 de nov. de 21).

48 <https://www.caib.es/seucaib/es/tramites/tramite/4371049> (último acceso: 15 de nov. de 21).

empleo en el mercado ordinario. Siendo así, los recursos se deben consignar de forma prioritaria al fomento de la formación dual en el empleo ordinario. Como se ha visto y dado que el Estado no financia la totalidad de los costes en diseñar y en ejecutar los programas duales de empleo para las personas con discapacidad, son las CCAA las encargadas de cumplimentar esta financiación⁴⁹. El tema de la financiación resulta muy atractivo para las empresas (especialmente, para los CEE), si resulta la concurrencia de varios tipos de subvenciones y bonificaciones, y teniendo en cuenta que se destinan millones de euros de cara favorecer la integración socio laboral de las personas con discapacidad. En síntesis, desde estas líneas se propone que el presupuesto se destine a programas de formación, de orientación y de contratación en el empleo ordinario a través de la formación dual. De esta manera, la contratación dual será el puente que transite hacia la empleabilidad del colectivo de personas con discapacidad, y que conduzca al esbozo de planes y de programas de formación específicos y adaptados a sus necesidades. Para ellas, como se ha visto es habitual que se formen en el propio puesto de trabajo hasta un 80% de la duración total. Lo interesante es que el puesto de trabajo sea en el mercado ordinario.

Ya se ha señalado que la necesidad de contar con ayudas y subvenciones tiene una importancia capital debido a los altos costes que supone la contratación de las personas con discapacidad. No son pocos si tenemos en cuenta los costes formativos, tanto en impartir la formación como en la figura del formador coordinador; los costes salariales, de adaptación, de orientación y de las unidades de apoyo, del tiempo dedicado a los tutores).

Otro fundamento interesante es que la empresa ordinaria facilita que el trabajador con discapacidad preste su actividad y obtenga experiencia bajo el requisito de la competitividad laboral y fomentando una integración total entre teoría y práctica formativa. La adquisición de competencias en unos entornos inclusivos mejora la empleabilidad y permite adquirir una experiencia laboral real y sólida, toda vez que siguen formándose.

Como se ha expuesto, en la modalidad contractual formativa la empresa tiene un protagonismo indiscutible pues debe asegurarse que el trabajador con discapacidad se capacita en las competencias profesionales que se traten. Así, la empresa tiene un papel más dinámico en el aspecto formativo, que puede estar más adaptado a sus propias necesidades, ya sea a las del sector o a las de la propia empresa. La responsabilidad que adquiere la empresa es intensa en diversos aspectos, pues debe ofrecer ese trabajo efectivo relacionado con la formación, debe garantizar la asistencia al programa formativo vinculado al contrato, y designar a la persona que ejerza la tutoría desde la propia organización.

Llegados a este punto, la propuesta sustancial es que el contrato formativo lo suscriban de forma prioritaria las personas con discapacidad intelectual. El eje vertebral del sistema de formación dual tiene plena virtualidad en el entorno inclusivo. Por tanto, se trata de revertir los recursos financieros que existan (y que puedan existir en un futuro, por ejemplo, los que provengan del Pilar Europeo) en garantizar la formación dual en empresas ordinarias, de tal manera, que sea el contrato de formación dual la auténtica pasarela para las personas con discapacidad intelectual.

⁴⁹ Véase el modelo de formación dual de las Islas Baleares, al que ya se ha hecho referencia. Esta CCAA impulsa desde el año 2015 la ejecución y financiación de la formación dual para las personas con discapacidad en el marco de una única convocatoria pública.

Con todo, la formación dual para las personas con discapacidad intelectual es el mecanismo apropiado y adecuado si se tiene en cuenta la poca formación que suelen tener, la baja tasa de la población activa con discapacidad, las diferencias porcentuales en la tasa de empleo y altas cifras de desempleo que padecen. Con los números rojos que exponen las estadísticas (las pocas que hay) en modo alguno se puede decir que lo que se ha hecho hasta la fecha sea suficiente.

El impulso a nivel nacional de la formación profesional dual inclusiva es importante para lograr la inserción en el mercado ordinario en condiciones de igualdad y para dar cumplimiento al mandato enunciado tanto en la Convención de Discapacidad, como en la norma europea y nacional. Desde luego, en España no está regulada una formación dual específica para personas con discapacidad, siendo una limitación en las políticas activas de empleo destinadas a este colectivo.

Por todo lo anterior, desde estas líneas se propone la regulación de un contrato laboral dual para las personas con discapacidad. A lo largo de las líneas anteriores, se han tratado diversas iniciativas puestas en marcha por las CCAA y lideradas por el tejido asociativo y los CEE. En la actualidad, y aprovechando la sinergia o el pulso europeo y los fondos que destinan para las personas con discapacidad como grupo sub-representado y vulnerable a las fluctuaciones del mercado, es el momento de importar el modelo de formación dual que han liderado los CEE al mercado ordinario. Con este fin, y con el análisis que se ha realizado del contrato de formación, habría que apostar por una modalidad concreta y específica de contrato para la formación dual para las personas con discapacidad, de cara a garantizar una completa inclusión en el empleo ordinario. En la tipología contractual propuesta debe tener un protagonismo significativo la figura del preparador laboral. En efecto, apostamos porque la formación dual quede complementada con la intervención de un preparador laboral como recurso clave en el itinerario para la inserción laboral del trabajador con discapacidad en formación. El preparador laboral será una figura de apoyo en el fomento de las competencias y de las habilidades formativas y en la adaptación a los requerimientos del puesto de trabajo.

PONENCIA ESPECÍFICA PREMIADA
CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES ANTE LOS NUEVOS RETOS
DE LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ

*Doctorando Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba*

1. Introducción
2. Delimitación del objeto de estudio
3. Supuesta cesión ilegal de trabajadores
 - 3.1. Análisis gramatical e histórico de la regulación actual
 - 3.2. Evolución y tendencia de la doctrina jurisprudencial
 - 3.3. Contratas y pseudo-contratas en la economía de plataformas
4. Valoraciones finales

1. INTRODUCCIÓN

En plena efervescencia de la digitalización de la economía, el profesor Cruz Villalón puso de manifiesto un importante matiz que marca el punto de partida del presente trabajo. En reiteradas ocasiones, la economía digital ha sido considerada por la doctrina -no sólo laboralista- como un fenómeno disruptivo. Sin embargo, en palabras del autor, dicha calificación connota “una idea de fractura neta respecto del pasado”. En contraposición, “la digitalización del empleo y de la economía se está produciendo de manera bastante natural”, máxime en comparación con los movimientos ludistas del siglo XIX¹.

A nuestro parecer, estas reflexiones siguen vigentes hoy día, especialmente si centramos nuestra atención en la economía de plataformas. En líneas generales, el intenso debate surgido a raíz de la naturaleza jurídica de la relación contractual entre plataforma y prestador material del servicio parece llegar a sus estadios finales, alcanzando un considerable consenso, tanto entre la doctrina como en sede judicial -nacional e incluso extranjera-. El mencionado estatus evidencia que la economía de plataformas no ha de ser considerada una novedad plenamente rompedora y rupturista, sino que, como hemos podido comprobar a lo largo de estos últimos años, el ordenamiento jurídico-laboral es capaz de dar respuesta a estas nuevas realidades socioeconómicas.

En línea con esta última idea, los modelos de negocio vinculados a las plataformas digitales parecen responder a una tendencia de mayor calado: la externalización y descentralización de la actividad productiva². Ciertamente, el funcionamiento de estas empresas encaja sin especial problemática en las definiciones clásicas de descentralización productiva³. Consecuentemente, la economía de plataformas puede ser considerada como un instrumento adicional mediante el cual externalizar el proceso productivo de una empresa; reflexión que refuerza la tesis apuntada *supra* referente a su relativa disruptividad.

2. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

En estos momentos iniciales de la investigación es necesario concretar con precisión la parcela de realidad objeto de estudio, especialmente si analizamos un concepto como el de economía de plataformas. Lejos de desarrollar una minuciosa delimitación teórica, nos limitaremos a esbozar las principales categorías conceptuales para, seguidamente, centrar nuestra investigación en aquellas que mayor interés merezcan para el Derecho del Trabajo.

1 Cruz Villalón, J. “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”; *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138, 2017, pág. 21.

2 Cfr. Ginnés I Fabrellas, A. “Crowdsourcing: una modalidad jurídicamente inviable de externalización productiva en el nuevo entorno digital”; *Anuario IET. Presente y futuro del trabajo*, vol. 5, 2018, págs. 134-135.

3 Así, Blat Gimeno, uno de los autores que más profundamente ha estudiado dicho fenómeno, afirmó que “*grosso modo*, la descentralización productiva consiste en la transferencia al exterior de la empresa de actividades hasta entonces asumidas internamente” en Blat Gimeno, F. “El marco socio económico de la descentralización productiva” en A.A.V.V. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratos: Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 20. En término similares, para Monereo Pérez la descentralización productiva “consiste en confiar una parte variable de la actividad a empresas o personas que no están vinculadas por un contrato de trabajo, es decir, la sustitución de la producción interna por la colaboración externa”, vid. Monereo Pérez, J.L. *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación*, Ibídem, Madrid, 1994, pág. 22.

Como punto de partida, dentro del concepto nebuloso de “economía colaborativa” hemos de distinguir entre, por un lado, la economía colaborativa “propia”, cuyo funcionamiento se limita a conectar meros particulares (P2P o C2C) con el objetivo de aprovechar colectivamente ciertos recursos ociosos y, por otro lado, la economía colaborativa “impropia”, la cual “tiene muy poco de colaboración y mucho- por no decir todo- de economía”⁴. Estos supuestos, en los que el prestador del servicio es un verdadero empresario/profesional (B2B o B2C), son los que mayor interés despiertan para nuestra disciplina. De hecho, la economía colaborativa “propia” parece encajar en las exclusiones de laboralidad del art. 1.3 d) LET y art. 137 LGSS⁵. En consonancia, la presente investigación se circunscribe a aquellas empresas que, a través de plataformas digitales, llevan a cabo su actividad de forma profesional. Al referirnos a esta realidad concreta sería acertado sustituir el concepto de economía colaborativa por el de economía de plataformas.

El modelo de negocio que acabamos de describir ha originado numerosos e interesantes debates en el plano jurídico. En lo que respecta a nuestra disciplina, hasta la fecha, la principal controversia ha girado en torno a la naturaleza jurídica de la relación contractual entre plataforma y prestador material del servicio. Tras una larga serie de resoluciones administrativas y judiciales, el debate parece llegar a sus estadios finales gracias a la STS 25-9-2020 (ECLI:ES:TS:2020:2924). En resumidas cuentas, según nuestro Alto Tribunal, en el concreto supuesto de hecho -reparto urbano mediante plataformas- es posible localizar suficientes indicios de laboralidad para constatar la existencia de las notas de subordinación o dependencia y ajenidad del art. 1.1 LET. La repercusión ha sido tal que el legislador ha intentado consagrar dicho avance jurisprudencial en el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, convalidado por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre. Si bien el estudio de dichas normas escapa de los objetivos de la presente investigación, es preciso al menos mencionar que el cambio legislativo ha provocado un amplio número de comentarios y análisis entre nuestra doctrina iuslaboralista⁶.

Como reacción al contexto anteriormente descrito, algunas plataformas de reparto han decidido subcontratar la prestación del servicio, siguiendo los cauces del art. 42 LET⁷. En la

4 Vid. Miranda Serrano, L.M. “Economía colaborativa y competencia desleal. ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?”; *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, pág. 11.

5 Costa Reyes, A., Rodríguez Crespo, M.J. “Empleo y trabajo en las plataformas de turismo colaborativo” en Gonsálbez Pequeño, H., (dir.) *El régimen jurídico del turismo colaborativo*, Wolters Kluwer, 2019, pág. 222.

6 Entre otros, podemos encontrar comentarios en blogs provenientes de Rodríguez-Piñero Royo, <http://grupo.us.es/iwpr/2021/05/13/por-fin-la-ley-rider/>; Cruz Villalón <https://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/05/una-presuncion-plena-de-laboralidad-de.html>; Rojo Torrecilla <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2021/05/y-Uego-la-norma-que-declara-la.html>; Molina Navarrete <https://www.transformaw.com/blog/la-ley-de-personas-repartidoras-en-plataformas-online-riders-pequeno-paso-legal-gran-paso-para-humanizar-el-preariado-digital/>.

Aún de forma minoritaria, también es posible localizar publicaciones en revistas científicas: Todolí Signes, A. “Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos”; *IUSLabor*, núm. 2, 2021; Sánchez-Urán Azaña, Y. “Concepto de Trabajador y Economía Digital. Respuesta en el contexto internacional y en el Derecho de la UE”; *Revista de Derecho Social y empresa*, núm. 14, 2021.

7 Si bien esta opción puede ser considerada como la norma general, es posible encontrar excepciones. Por ejemplo, la empresa *Deliveroo* deja de prestar servicios en España. <https://www.lavanguardia.com/economia/20210730/7636512/deliveroo-ley-rider-ere.html> En contraposición, a mediados de octubre, la empresa *Rocket*, cuya plantilla está compuesta por repartidores contratados de forma indefinida y a tiempo completo, ha comunicado que comenzará a prestar servicio en nuestro país. <https://www.expansion.com/valencia/2021/10/13/6166b177468aeb2368b45b4.html>

práctica, los falsos autónomos que previamente llevaban a cabo la prestación del servicio son ahora trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, el contrato de trabajo no vincula al trabajador con la plataforma sino con una empresa auxiliar. Según declaraciones sindicales, existen varias alternativas para llevar a cabo esta estrategia. En resumidas cuentas, la prestación material del servicio puede ser subcontratada mediante empresas auxiliares; cooperativas de trabajo asociado o, finalmente, empresas de trabajo temporal (ETT)⁸. Este nuevo *modus operandi* adoptado por las plataformas de reparto - recordemos, principales afectadas por los cambios normativos y judiciales- es una estrategia que ya se venía empleando por las plataformas de transporte de pasajeros, esto es, *Uber* o *Cabify*, predominantemente⁹.

3. SUPUESTA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

Ante este paradigma, es preciso plantearse si la decisión de subcontratar la prestación del servicio, en principio amparada por el principio de libertad de empresa del art. 38 CE¹⁰, entra en colisión con alguna institución de nuestro ordenamiento jurídico-laboral. Más específicamente, hemos de cuestionar si dicha subcontratación ha de ser considerada una válida contrata o subcontrata de obra o servicio propia del art. 42 LET o si, por el contrario, estamos ante una pseudo-contrata, con encaje en el concepto de cesión ilegal de trabajadores del art. 43 LET.

Como breve inciso, la delimitación entre contrata y cesión ilegal no es una cuestión propia de la economía de plataformas. En contraposición, reafirmando la tesis con la iniciábamos este trabajo, entre los problemas que puede suscitar la figura de la contrata, su delimitación con la cesión ilegal ha sido uno de los problemas clásicos que mayor atención ha suscitado¹¹.

Hemos de ser conscientes de que en un trabajo como el presente no es posible dar una respuesta definitiva a la anterior pregunta. Esta investigación parte de una perspectiva global y abstracta, mientras que, para discernir la verdadera naturaleza jurídica de una contrata, es imprescindible atender al supuesto de hecho concreto. Consecuentemente, nuestra pretensión es más humilde. En las siguientes páginas, en primer lugar, examinaremos los preceptos legales que trazan el marco normativo de la cesión ilegal. En segundo lugar, analizaremos la doctrina jurisprudencial relativa a esta institución que, como comprobaremos, es especialmente relevante. Finalmente, aplicaremos estas reflexiones al modelo de negocio objeto de estudio, sobre la base de las argumentaciones que previamente ha planteado nuestro Alto Tribunal al respecto de la economía de plataformas.

8 <https://www.20minutos.es/noticia/4732941/0/plataformas-empiezan-subcontratar-riders-llegada-nueva-normativa-usando-ley-excusa-precarizarnos/>;

<https://www.lavanguardia.com/economia/20210607/7510039/ley-rider-impulsa-subcontratas-cooperativas-repartidores.html>

9 En los apartados de empleo de las páginas webs de ambas empresas concede la opción de unirte a una flota, denominado como “socio de *Uber*” o “partners de *Cabify*”. <https://cabify.com/es/partners/>; <https://www.uber.com/es/es-es/drive/vehicle-solutions/fleet-partners/>

10 En profundidad, Pérez De Los Cobos y Orihuel, F. “Las libertades económicas y la regulación laboral de la contratación y subcontratación de obras y servicios”; *Nueva revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 229, 2020, págs. 23-41.

11 Vid. Martínez Fons, D. “Los límites en la descentralización productiva: la frontera con los fenómenos de la cesión ilegal de trabajadores” en Del Rey Guanter, S. (dir.); Luque Parra, M (coord.)

Descentralización productiva y relaciones laborales, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 52.

Antes de continuar, sería conveniente al menos señalar las graves implicaciones que la cesión ilegal de trabajadores acarrea en materia de derechos y garantías laborales¹². El efecto más notorio se produciría con la interposición de una empresa ficticia y/o insolvente, lo que comprometería el cobro de créditos salariales e indemnizatorios, así como el ingreso de cuotas de Seguridad Social. Adicionalmente, mediante este tipo de actividades es posible, por un lado, eludir las responsabilidades empresariales surgidas al superar cierto umbral de trabajadores¹³, tanto en el plano individual como en el colectivo¹⁴, así como, por otro lado, aplicar un convenio colectivo distinto al que le correspondería a la empresa principal, que podría ser menos tuitivo¹⁵.

3.1 Análisis gramatical e histórico de la regulación actual

El núcleo legal en materia de contrata y pseudo-contrata viene determinado por la combinación de los arts. 42 y 43 de nuestra norma estatutaria. En líneas generales, mientras que el art. 42 LET se centra en regular las contrata o subcontrata de obras o servicios, el art. 43 LET aborda la cesión ilegal de trabajadores.

Si bien el primero de estos artículos despliega una serie de importantes garantías para los trabajadores subcontratados, no contiene una definición expresa del concepto de contrata. De ese modo, el precepto que verdaderamente nos permite diferenciar la contrata de la pseudo-contrata es el art. 43 LET. Aunque dicho artículo se subdivide en cuatro apartados, centraremos nuestro análisis en los dos primeros, los cuales se encargan de determinar el supuesto de hecho. Por su parte, los dos últimos versan sobre las consecuencias jurídicas de la cesión ilegal.

El primer apartado del art. 43 LET establece expresamente dos supuestos de hecho: por un lado, una legal cesión temporal de trabajadores mediante ETTs y, por otro lado, una cesión ilegal llevada a cabo mediante empresas distintas a las ETTs. Llama nuestra atención que este primer apartado no incluya una definición de la institución objeto de estudio. Siguiendo a Martín Valverde¹⁶, la ausencia de una descripción genérica del supuesto de hecho podría deberse a que precisamente este apartado fue reformado por la Ley 10/1994, cuyo principal objetivo era liberalizar el monopolio de la intermediación laboral¹⁷. Sin embargo, mediante un análisis histórico de la norma podemos comprobar que, con anterioridad a la regulación actual, sí existía una definición del concepto de cesión ilegal de trabajadores. El ejemplo más

12 La STS 14-9-2001 (ECLI:ES:TS:2001:6784), cuya extensa fundamentación hemos de resaltar, ya puso de manifiesto la fraudulenta finalidad empresarial de esta figura (F.J. 4º).

13 Montoya Melgar, A. *Derecho del Trabajo*, 33ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 413.

14 Navarro Nieto, F. *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 13a edición, Ediciones Donfolio, Córdoba, 2019, págs. 162-163.

15 Como mero apunte, desde el plano sindical ya se está denunciando el uso fraudulento de la subcontratación de la prestación del servicio en este tipo de empresas. <https://www.laYozdegalia.es/noticia/economia/2021/04/26/ugt-denuncia-glovo-utilizar-subcontratas-aplicar-convenios-baratos/00031619429728755147185.htm>

16 Martín Valverde, A. “Cesión de trabajadores” en A.A.V.V. *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Ediciones Cinca, 2018, págs. 69-83.

17 Un detallado análisis sobre la situación actual de la intermediación laboral en nuestro país, así como su evolución en Benavente Torres, I. “La intermediación laboral en España” en Navarro Nieto, F. y Costa Reyes, A. (Coords.) *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, Editorial Bomarzo, 2021, págs. 67-99.

cercano proviene de la redacción previa a la reforma de 1994, esto es, el Estatuto de los Trabajadores de 1980.

“Se prohíbe el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, cualquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores, sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajan.”

A su vez, la Ley de Relaciones Laborales (LRL) de 1976, en su art. 19.1, también definía esta institución¹⁸. Más aún, los arts. 1 del Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, así como del Decreto-ley de 15 de febrero de 1952 a su vez planteaban una definición de dicha figura¹⁹.

A pesar de los numerosos antecedentes históricos, la versión actual del primer apartado del art. 43 LET no delimita el concepto de cesión ilegal de trabajadores. Para ello, hemos de atender a lo dispuesto por el art. 43.2 LET, según el cual estaríamos ante una cesión ilegal cuando concurran cualquiera de una serie de circunstancias, concretamente cuatro. En primer lugar, podemos considerar que existe cesión como ilegal cuando el objeto de los contratos sea una “mera puesta a disposición de los trabajadores”. Por su parte, la segunda de las circunstancias indiciarias de cesión ilegal hace referencia a la actividad y organización de la empresa, la tercera a los medios de producción y la cuarta a las funciones. Cabe preguntarse si hemos de considerar dichas circunstancias como únicos hechos indicativos de cesión ilegal o si, por el contrario, el anterior listado tiene carácter ejemplificativo, siendo posible la valoración de situaciones adicionales. En nuestra opinión, esta última opción es más correcta de acuerdo con la interpretación jurisprudencial de la cesión de trabajadores, bastante más amplia que los cuatro requisitos anteriormente expuestos, como comprobaremos a continuación. En el ámbito doctrinal podemos encontrar argumentaciones que apoyan dicha interpretación²⁰.

El precepto objeto de estudio fue incluido en nuestro ordenamiento laboral por el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio posteriormente convalidado por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre. Como declara la propia exposición de motivos, con esta reforma “se incorpora al Estatuto de los Trabajadores una definición de la cesión ilegal de trabajadores que traslada a la ley la jurisprudencia sobre esta materia”. Estamos ante un claro ejemplo de reforma legal que procura consagrar un avance jurisprudencial, lo que podría explicar por qué el precepto no se desarrolla en forma de definición sino mediante el establecimiento de una serie de indicios.

3.2 Evolución y tendencia de la doctrina jurisprudencial

La cesión de trabajadores es una de las instituciones del ordenamiento jurídico-laboral para cuyo estudio es imprescindible tener en cuenta el tratamiento jurisprudencial. Por un lado, es posible localizar

¹⁸ Art. 19.1: “Incurrirán en las responsabilidades y sanciones establecidas en este artículo(...):

Las personas naturales o jurídicas que recluten o contraten trabajadores y los proporcionen, presten o cedan temporalmente a las empresas, cualesquiera que sean los títulos de dicho tráfico.

Los empresarios que utilicen los servicios de los trabajadores considerados en el apartado anterior sin incorporarlos a su empresa.”

¹⁹ Análisis histórico extraído de Martín Valverde, A. “La cesión... op. cit. [Trabajo obtenido de la propia página web de la AEDTSS donde es posible consultar las ponencias del congreso, pero sin los correspondientes números de página].

²⁰ Vid. Martín Valverde, A. “La cesión. op. cit.

jurisprudencia sobre la materia anterior a la promulgación del propio Estatuto de los Trabajadores²¹. Por otro lado, una de las mayores reformas del art. 43 LET, llevada a cabo por la Ley 43/2006, pretende consagrar, como hemos mencionado previamente, los avances de la jurisprudencia.

En términos generales, según el propio TS²², el objetivo de la figura objeto de estudio consagrada en el art. 43 LET no es otro sino conseguir una verdadera concordancia entre la relación laboral formal y la real para que así el verdadero empresario asuma las responsabilidades que le corresponden²³.

Con anterioridad en este trabajo hemos mencionado los principales aspectos precarizados de la cesión ilegal. Precisamente con el objetivo de evitar uno de sus efectos más graves -la insolvencia del empleador-, inicialmente la jurisprudencia centró su atención en las actuaciones tendentes a colocar en la posición de contratista a una empresa ficticia²⁴.

Posteriormente, tal y como interpreta con precisión la doctrina, la prohibición comenzó a extenderse a un segundo supuesto de hecho en el que el empresario formal es una empresa plenamente existente²⁵. En estos casos, la empresa contratista se coloca en la posición de empresario cuando es la parte comitente quien materialmente debería responder como tal. La Sala Cuarta del TS ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones que, aun cuando el supuesto empresario sea un empresa real y existente, es posible la existencia de cesión ilegal²⁶. De ese modo, el carácter real, no ficticio, del empresario es un requisito necesario, pero no suficiente para que una contrata interempresarial sea calificada como tal y no como una cesión ilegal de trabajadores²⁷.

Este segundo supuesto es de especial interés en el presente trabajo, no sólo porque, como acabamos de comprobar, no basta con demostrar la existencia del supuesto empresario, sino porque, en principio, no existen razones para dudar acerca de la realidad subjetiva de aquellas compañías que operan como contratistas en la economía de plataformas.

Así las cosas, a la hora de examinar la argumentación empleada por el TS para discernir si es la empresa contratante o contratista quién debería ocupar la posición de empresario, es necesario subrayar que la jurisprudencia ha seguido el método del haz de indicios. En palabras de nuestro Alto Tribunal, “la doctrina judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador”²⁸. A pesar de que los indicios analizados por el TS son considerablemente

21 Entre otras, Sentencia del Tribunal Central de Trabajo 20-12-1978.

22 Amododeejemplo, STS 14-3-2006 (ECLI:ES:TS:2006:2413); STS 17-4-2007 (ECLI:ES:TS:2007:2437).

23 Entre otras, STS 17-1-2011 (ECLI:ES:TS:2011:813).

24 SSTS 7-3-1988 (ECLI:ES:TS:1988:1604); 13-12-1990 (ECLI:ES:TS:1990:17608); 17-1-1991 (ECLI:ES:TS:1991:16440); 11-10-1993 (ECLI:ES:TS:1993:6764); 17-7-1993 (ECLI:ES:TS:1993:5445), entre otras.

25 Vid. Navarro Nieto, F. *Lecciones de Derecho...* op. cit., pág. 163.

26 Como abiertamente expone la STS 14-9-2001 (ECLI:ES:TS:2001:6784): “El fenómeno interpositivo puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva”. En términos similares, las SSTS 16-2-1989 (ECLI:ES:TS:1989:1058), 19-11-1994 (ECLI:ES:TS:1994:104) y 31-1995 (ECLI:ES:TS:1995:429).

27 En este sentido, Martínez Fons, D. “Los límites en la descentralización. op. cit., pág. 59 y 60.

28 STS 17-12-2010 (ECLI:ES:TS:2010:7483) que a su vez cita, aún sin mencionar, lo dispuesto en la previamente mencionada STS 14-9-2001 (ECLI:ES:TS:2001:6784).

diversos y que, a su vez, su valoración depende en gran medida del concreto supuesto de hecho enjuiciado, es cierto que la valoración de varias circunstancias se reitera en el tiempo.

Por un lado, el TS ha puesto el foco de atención en los poderes de dirección y control, facultades propias del empresario²⁹. En este sentido, se ha considerado como un indicio de cesión ilegal que la empresa contratante se exceda en el establecimiento de órdenes e instrucciones, vaciando de contenido el poder de dirección de la empresa contratista. Sin embargo, en la práctica, encontramos dificultades para delimitar correctamente las potestades de dirección y control de la posibilidad de coordinar el desarrollo de la propia contrata, que lícitamente le corresponde a la empresa contratante³⁰.

El poder de dirección va indisolublemente unido a las facultades disciplinarias, mediante las cuales el empresario puede hacer cumplir sus órdenes, cuestión que también ha sido analizada por la jurisprudencia. En varias sentencias, se ha valorado como indicio de cesión ilegal si la empresa contratista ostenta materialmente el poder disciplinario³¹.

Vinculado a ambos indicios, nuestro Alto Tribunal igualmente ha considerado relevante valorar si la formación de los trabajadores es impartida por la empresa contratante o por la contratista³².

Por otro lado, en reiteradas ocasiones el TS han considerado como un importante indicio de cesión ilegal el hecho de que la empresa contratista carezca de los medios idóneos para llevar a cabo la prestación del servicio³³. No es de extrañar, por tanto, que de las cuatro circunstancias consagradas en el art. 43.2 LET, esta sea la que ha quedado redactada de manera más expresa en la Ley³⁴. De ese modo, la jurisprudencia ha examinado si la ejecución del trabajo es llevada a cabo mediante medios materiales propiedad de la contratista o si, por el contrario, esta última no aporta medios de producción, o los que aporta no son suficientes en atención a la complejidad de la contrata³⁵.

La condición de verdadero empresario requiere, a su vez, que este sea quien asuma los riesgos propios de la actividad empresarial. Según el TS, es ilustrativo vislumbrar si la retribución de la empresa contratista depende de la buena ventura del negocio o, si, por el contrario, se ha fijado un precio; para lo cual tendríamos que atender al propio contrato mercantil suscrito entre ambas compañías³⁶. En estrecha relación con lo anterior, para el TS es un indicio de cesión ilegal que sea la empresa principal y no la contratista quien hace suyos de los frutos de la actividad empresarial³⁷.

29 STS 18-3-1994 (ECLI:ES:TS:1994:1855).

30 STS 8-1-2019 (ECLI:ES:TS:2019:201).

31 STS 10-1-2017 (ECLI:ES:TS:2017:276).

32 STS 19-1-1994 (ECLI:ES:TS:1994:104).

33 STSS 19-1-1994 (ECLI:ES:TS:1994:104), 15-4-2010 (ECLI:ES:TS:2010:2480).

34 Art. 43.2 LET: “(...) No cuente con los medios necesarios para desarrollar su actividad”.

35 STS 3-10-2005 (ECLI:ES:TS:2005:5833).

36 Cfr. Ramírez Martínez, J. M.; Sala Franco, T. “Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores” en A.A.V.V. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 114.

37 STS 17-12-2010 (ECLI:ES:TS:2010:7483).

Por último, pero no por ello menos importante, desde hace aproximadamente dos décadas, nuestro Alto Tribunal ha sopesado como indicio de cesión ilegal el hecho de que sea la empresa contratante quien entable relaciones con los clientes³⁸.

A simple vista, llama nuestra atención que tanto el método indiciario como los propios indicios empleados para diferenciar una contrata válida de una cesión ilegal coincidan considerablemente con los indicios de laboralidad. Ciertamente existe una franca similitud entre los indicios sistematizados *supra* y aquellos empleados por la jurisprudencia para demostrar existencia de dependencia o subordinación del art. 1.1 LET (poder de dirección y control y facultades disciplinarias) así como con aquellos tendentes constatar la nota de ajenidad (ajenidad en los frutos, en los riesgos, en los medios y en el mercado). Sin embargo, si analizamos la cuestión con detenimiento, es razonable que ambos conjuntos de indicios coincidan, al menos desde una perspectiva general. Los indicios de laboralidad sirven para discernir si existe una genuina relación laboral, mientras que los indicios empleados por la jurisprudencia para diferenciar las contrata de las pseudo-contratas pretenden vislumbrar si materialmente existe una relación laboral entre el trabajador y la empresa contratista o si, por el contrario, es la parte contratante la que debe asumir la posición de empresario.

Antes de concluir es conveniente reflexionar acerca del impacto del cambio legislativo en la jurisprudencia. A pesar de que, como hemos estudiado en estas páginas, la reforma que introdujo el actual art. 43.2 LET pretendía consagrar la doctrina jurisprudencial en materia de cesión ilegal, las sentencias del TS dictadas a partir de la entrada en vigor de la Ley 43/2006 continúan sustentando sus decisiones en la jurisprudencia consolidada hasta la fecha y no en los indicios reflejados expresamente en la Ley. En adición a lo anterior, esta serie de sentencias incluyen reflexiones que no han sido recogidas en las escasas líneas del art. 43 LET, por ejemplo, el poder disciplinario o la asunción de los frutos y riesgos. Como conclusión, aunque dicho cambio normativo haya tenido una incidencia relativa para los propios Tribunales, las reformas legislativas que consagran un cambio jurisprudencial son un importante medio para aumentar la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento.

3.3 Contratas y pseudo-contratas en la economía de plataformas

Una vez analizado tanto el marco normativo como la doctrina jurisprudencial que regula y desarrolla la cesión ilegal de trabajadores, prestando especial atención a los indicios barajados por el TS, estamos en condiciones de examinar la presente problemática en el contexto de la economía de plataformas.

A raíz del paralelismo entre los indicios de laboralidad y los de cesión ilegal, las diversas interpretaciones llevadas a cabo por los Tribunales respecto a los indicios de laboralidad en materia de economía de plataformas tienen una incidencia fundamental en el estudio de la cesión ilegal en estas nuevas -ya no tan nuevas- formas de producción³⁹. En términos más concreto, la argumentación -extensa y al mismo tiempo didáctica- de la antes mencionada STS 25-9-2020 es de gran utilidad en nuestra investigación⁴⁰.

38 STS 14-9-2001 (ECLI:ES:TS:2001:6784).

39 Si bien estos pronunciamientos versan sobre plataformas de reparto urbano, dado que han sido las protagonistas de la totalidad de los procedimientos sustanciados en sede social, sus reflexiones pueden ser aplicables al resto de la economía de plataformas.

40 Sin olvidar las conclusiones alcanzadas por los diversos TSJ. Sobre el diálogo judicial entre la STS 25-9-2020 y la argumentación desarrollada en primera y segunda instancia, Ruz López, J.M. "Análisis

Para comenzar, al analizar el poder de dirección de la empresa contratista, es necesario tener en cuenta que el funcionamiento aparentemente neutro de la aplicación informática encubre un estricto control de la prestación del servicio, más allá de las órdenes de corte clásico⁴¹. Así, aunque la empresa contratista pueda mantener ciertas facultades de dirección y control, ha de analizarse con detenimiento si la empresa contratante, so pretexto del funcionamiento de la plataforma, despliega una batería de directrices y normas que sobrepasan la lícita coordinación de la contrata.

Adicionalmente, es necesario poner de manifiesto que la plataforma cuenta con un importante poder disciplinario. Sin embargo, he aquí un matiz esencial: esta facultad no es llevada a cabo exclusivamente mediante instrumentos clásicos sino a través de la combinación del sistema de valoración y de la asignación de franjas y pedidos, actuación llevada a cabo por un algoritmo propiedad de la empresa⁴². Consecuentemente, en nuestro supuesto de estudio, a la hora cuestionar si las facultades disciplinarias son ejercidas por contratista o contratante, no podemos obviar este encubierto régimen disciplinario propio de la economía de plataformas.

Por su parte, el criterio de la formación no ha recibido especial atención durante el debate sobre la naturaleza jurídica de la relación contractual, ni por los tribunales de suplicación, ni por el propio TS. Sin embargo, y a pesar de la opacidad de las relaciones mercantiles entre plataformas y empresas contratistas, hemos podido descubrir que, en ciertos supuestos, son las empresas principales las encargadas de ofrecer formación a los trabajadores⁴³.

Centrando nuestra atención en los indicios vinculados a la ajenidad, la propiedad de los medios de producción supuso uno de los debates más intenso y al mismo tiempo más reveladores en la saga judicial mencionada anteriormente. En resumen, la Sala Cuarta, sobre la base de lo dispuesto en asuntos análogos⁴⁴, concluyó que la plataforma digital es el verdadero medio de producción, considerando a los vehículos de transporte y a los aparatos informáticos como meros instrumentos accesorios⁴⁵. Teniendo esto en cuenta, aunque la empresa contratista aporte medios materiales de diversa índole -que incluso a veces pueden seguir siendo propiedad de los trabajadores-, el verdadero medio de producción, la plataforma digital, es propiedad de la empresa contratante.

En atención a la propiedad de los frutos, en sede judicial se demostró que era la plataforma quien se apropiaba directamente del precio que abonaban los usuarios, destinando posteriormente un porcentaje al prestador del servicio⁴⁶. En nuestro caso, como consecuencia de la ausencia de

judicial de la naturaleza jurídica de la relación contractual en el trabajo en plataformas de reparto urbano"; *Revista iberoamericana de relaciones laborales*, núm. 38, 2020, pp. 155-165.

41 STS 25-9-2020 (ECLI:ES:TS:2020:2924) (F.J. 19º, apartado 2º).

42 STS 25-9-2020 (ECLI:ES:TS:2020:2924) (F.J. 21º, apartado 1º).

43 En este caso concreto, es *Uber* -la empresa contratante o principal- quien presta la formación a sus empleados. Para más inri, la propia empresa ha puesto en funcionamiento una formación ofertada exclusivamente a los trabajadores mejor valorados, lo que evidencia, a su vez, la importancia del sistema de valoración en la economía de plataformas. <https://www.uber.com/es/es-es/about/accessibility/>

44 SSTS 26-2-1986 (ECLI:ES:TS:1986:915) y 5-11-1993 (ECLI:ES:TS:1993:7422) sobre transportistas con vehículo propio. Más actuales, las STS 16-11-2017 (ECLI:ES:TS:2017:4552) y SSTS 24-1-2018 (ECLI:ES:TS:2018:588) (ECLI:ES:TS:2018:608) relativas a servicios de traducción y reparación de ascensores, respectivamente.

45 STS 25-9-2020 (ECLI:ES:TS:2020:2924) (F.J. 20º, apartado 4º).

46 STS 25-9-2020 (ECLI:ES:TS:2020:2924) (F.J. 20º, apartado 3º).

información relativa a los contratos mercantiles entre contratante y contratista, resulta prácticamente imposible conocer cuál de las dos empresas hace suyos los frutos generados por los trabajadores⁴⁷.

Una conclusión similar alcanzaremos al analizar quién debe asumir el riesgo y ventura del negocio. El TS afirmó que, en atención al funcionamiento de la plataforma y a pesar de los indicios contrarios en este extremo, el binomio riesgo-lucro era asumido por la plataforma⁴⁸. De nuevo, no es posible conocer si dicho esquema se mantiene en la actualidad o si, por el contrario, el riesgo se ha trasladado a la parte contratista.

En último lugar es necesario tener en cuenta que el TS ha considerado de gran importancia la relación con los clientes⁴⁹. Como ha apreciado la jurisprudencia, la plataforma es la encargada de negociar con los clientes y así como de relacionarse con el mercado en su conjunto. En el supuesto objeto de estudio, esta cuestión parece no haber cambiado dado que precisamente la estrategia de la empresa es novar las relaciones jurídicas con los prestadores del servicio sin variar ningún otro aspecto de su modelo de negocio.

Dicho lo anterior, es conveniente recordar que, como consecuencia de la perspectiva general y abstracta de este trabajo, no es posible continuar ahondando en nuestras reflexiones puesto que el examen del concreto supuesto de hecho es imprescindible para la delimitación entre válida contrata y cesión ilegal de trabajadores. A esta dicotomía hemos de añadir que, en palabras de Martín Valverde, la complejidad de la figura objeto de estudio no sólo proviene de sus consecuencias jurídicas sino también de la delimitación del supuesto de hecho⁵⁰.

Teniendo en cuenta el valor de los hechos en el fenómeno objeto de análisis, consideramos necesario recalcar la importancia de la actividad de la ITSS⁵¹. Para comenzar, gracias a su intervención es posible conocer incumplimientos laborales que el trabajador probablemente no hubiera denunciado. Además, sus actas, con presunción de certeza⁵², suelen convertirse en instrumentos esenciales en los posteriores procesos judiciales. De hecho, en el debate sobre la naturaleza jurídica de la relación contractual, la intervención de la ITSS ha de ser valorada muy positivamente dado que, por un lado, fue pionera en poner el foco de atención en la actuación fraudulenta de las plataformas mientras que, por otro lado, mediante sus actas fue posible conocer con mayor profundidad el funcionamiento real del modelo de negocio, sin olvidar que en dichas actas se plantearon argumentos y reflexiones que posteriormente fueron asumidas por los Tribunales.

47 Sin embargo, si suponemos que continúa el funcionamiento que operaba entre plataformas y falso autónomo, sería la empresa contratante quien asume los frutos.

48 STS 25-9-2020 (ECLI:ES:TS:2020:2924) (F.J. 20º, apartado 3º).

49 STS 25-9-2020 (ECLI:ES:TS:2020:2924) (F.J. 20º, apartado 1º).

50 Martín Valverde comienza su ponencia en el XXVIII Congreso Anual de la AEDTSS sobre descentralización productiva afirmando que “la cesión de trabajadores es un tema jurídico de apreciable complejidad, tanto en la delimitación del supuesto de hecho como en la especificación de las consecuencias jurídicas” en Martín Valverde, A. “La cesión. op. cit.

51 Extensamente sobre el papel de la ITSS en la delimitación de cesión ilegal en Gómez Arbós, J., Varela Mateos, A. “La cesión ilegal. El lento declive del art. 43 ET. Una valoración desde las actuaciones de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social”; *Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 200, 2019, págs. 17-28.

52 Presunción de certeza otorgada por el art. 23 de Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En línea con lo anterior, no podemos concluir nuestra investigación sin examinar la reciente intervención de la Autoridad Laboral en materia de cesión ilegal en la economía de plataformas. En los últimos años, la ITSS ha levantado actas que precisamente sancionan la situación objeto de estudio: una empresa de la economía de plataformas que subcontrata su proceso productivo cuando, atendiendo a la realidad material de la prestación del servicio, dicha empresa contratante debería asumir la posición de empresario, produciéndose así una cesión ilegal⁵³. Como analizábamos al principio de este trabajo, estas actuaciones pueden comprometer gravemente los derechos y garantías de los trabajadores, lo que se traduciría en ventajas empresariales injustificadas e incluso *dumping* social.

Los profesores Esteve-Segarra y Todolí Signes han expuesto con extenso detalle tanto los distintos supuestos de hecho como los fundamentos empleados por la inspección⁵⁴. Aunque cada caso plantea diversas especialidades, es posible advertir que a lo largo de las distintas actas se reiteran una serie de consideraciones y argumentos.

Con carácter previo, la ITSS emplea el método indiciario para discernir entre contrata y pseudo-contrata. A continuación, sistematizaremos los principales indicios barajados por la inspección. En primer lugar, el poder de dirección y control es ejercido por la empresa contratante, quién marca directrices concretas acerca de la prestación del servicio. En ese sentido, se adujo la ausencia de autonomía técnica de la empresa auxiliar. En segundo lugar, las facultades disciplinarias son llevadas a cabo por la empresa principal mediante la asignación de las prestaciones de servicio en función de la valoración de los trabajadores, pudiendo incluso bloquear al trabajador en determinados supuestos. En tercer lugar, la Autoridad Laboral ha considerado que el verdadero medio de producción es la plataforma informática, incluyendo el algoritmo, todo ello propiedad de la empresa principal. Asimismo, la marca y la imagen corporativa son importantes activos en el negocio que también corresponden a la empresa contratante. En cuarto lugar, respecto a la delicada cuestión de la remuneración, según la ITSS, la empresa principal recibe el ingreso del cliente, siendo la empresa contratista retribuida en función de ciertos parámetros vinculados al trabajador. Para concluir, se mencionan varios aspectos adicionales entre los que se incluye que la formación de los trabajadores es impartida por la empresa principal. Sobre la base de estos indicios, la inspección concluye que, en los diversos supuestos investigados, la subcontratación del servicio encubre una cesión ilegal de trabajadores.

Como podemos comprobar, los indicios barajados por la inspección coinciden, en su mayoría, con la jurisprudencia sistematizada en páginas anteriores. No obstante, estas reflexiones han de ser valoradas con especial prudencia. Por un lado, deberíamos conocer el contenido íntegro de las actas antes de extraer conclusiones definitivas. Por otro lado, dada la complejidad de la materia, sería acertado comparar estas resoluciones con posteriores pronunciamientos administrativos y judiciales. Si esta problemática sigue el patrón del debate sobre la naturaleza jurídica de la relación contractual -que, como hemos comprobado, tantos paralelismos presenta-, la delimitación entre válidas contrata y pseudo-contrata pronto será analizada por sucesivas inspecciones, así como por los Juzgados de lo Social.

53 Específicamente, hacemos referencia a las actas levantadas contra *Cabify* en Valencia y Cataluña así como contra *Amazon* también en Cataluña.

54 Vid. Esteve-Segarra, A. y Todolí Signés, A. “Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataformas digitales”; *Revista de Derecho Social*, núm. 95, 2021, págs. 37-64.

4. VALORACIONES FINALES

Allá por 2018, nuestra doctrina científica puso de manifiesto que la problemática surgida a raíz de la economía de plataformas era más profunda que la propia calificación jurídica de la relación contractual, centrandó su preocupación en la aplicación en bloque del ordenamiento laboral⁵⁵. El fenómeno que ha protagonizado la presente investigación puede ser considerado como uno de estos nuevos problemas surgidos tras la declaración de laboralidad de los prestadores del servicio⁵⁶.

Es cierto que, *a priori*, las formas de organización y producción de la economía de plataformas parecen escapar de las instituciones existentes en nuestro ordenamiento jurídico, reflexión aplicable más allá del ámbito laboral. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que no es la primera ni la última vez que un cambio socioeconómico pone en tensión a nuestras instituciones jurídicas, especialmente en la materia que nos ocupa. Sin embargo, en reiteradas ocasiones, el Derecho del Trabajo, a través de reformas legislativas, cambios jurisprudenciales y/o pactos convencionales, ha demostrado ser capaz de ofrecer una respuesta adecuada frente a dichos cambios de paradigma.

Volviendo a la economía de plataformas, en esta investigación hemos tratado de demostrar que el *modus operandi* de estas empresas no es tan disruptivo como podría parecer en un primer momento. Tanto nuestra norma legal como la reiterada jurisprudencia otorga al jurista del trabajo herramientas para discernir entre una contrata lícita y una cesión ilegal de trabajadores. Adicionalmente, las apreciaciones y matizaciones desplegadas por los Tribunales sobre el funcionamiento de la economía de plataformas son especialmente útiles para examinar la existencia de cesión ilegal en el contexto de estas formas de negocio.

Tal y como ha quedado apuntado, la ITSS ya ha comenzado a cuestionar si estas empresas incurren en cesión ilegal al subcontratar la prestación material del servicio. Sin embargo, dado el carácter prematuro de la problemática, hemos de ser especialmente cautos a la hora de extraer conclusiones al respecto. No sería descabellado augurar que en cuestión de tiempo conoceremos nuevas actas de la ITSS e incluso pronunciamientos judiciales. Hasta ese momento, lo que sí podemos afirmar es que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con herramientas suficientes para ofrecer una adecuada respuesta frente a tal problemática, apoyando la tesis con la que comenzábamos esta investigación respecto al relativo carácter disruptivo de la economía de plataformas. A pesar de los constantes esfuerzos empresariales para huir del Derecho del Trabajo, en la economía de plataformas cada vez parece ser más cierto el principio “*nihil novum sub sole*”.

55 Navarro Nieto, F., “El debate sobre la laboralidad de la prestación de servicios en la economía digital”; *Diario La Ley*, núm. 9225, 2018, pág. 4.

56 Costa Reyes reflexiona acerca de una serie de cuestiones necesarias de adaptación tales como tipología contractual, tiempo de trabajo efectivo o remuneración. Vid. Costa Reyes, A., “Economía colaborativa, plataformas digitales y Derecho del Trabajo” en Gonsálbez Pequeño, H., (dir.) *Régimen jurídico del consumo colaborativo*; Aranzadi, 2019, págs. 261-307.

PONENCIA ESPECIAL PREMIADA
LA EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO CON EL PERSONAL
INDEFINIDO NO FIJO: REFLEXIONES TRAS LA APROBACIÓN DE LA
LEY 20/2021, DE REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO
PÚBLICO, Y DEL RDL 32/2021, DE REFORMA LABORAL

EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA
Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
UPV/EHU (Facultad de Derecho)

1. Introducción
2. El reconocimiento legal del trabajador INF y su naturaleza jurídica antes de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público
 - 2.1. El tratamiento jurídico del trabajador INF antes de la Ley 20/2021
 - 2.2. El reconocimiento en la doctrina judicial española de la existencia de un abuso en la contratación temporal en el empleo público y su consecuencia: la declaración judicial de más empleados indefinidos no fijos a partir de la STS (Pleno) de 28 de junio de 2021
 - 2.3. A la espera de la respuesta del TJUE a la cuestión judicial planteada por el Juzgado (Social) n.º 3 de Barcelona: la naturaleza del INF como empleado fijo
3. Los INF en la Ley 20/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público y en el RDL 32/2021, de medidas urgentes para la reforma laboral
 - 3.1. La ausencia de los INF, como tales, en la Ley 20/2021 y su progresiva desaparición merced al RDL 32/2021
 - 3.2. La respuesta legal al fraude de ley y al abuso en la contratación temporal en el empleo público, prevista en la nueva D^aA 17 TREBEP
 - 3.3. Los procesos de estabilización del empleo temporal en la Ley 20/2021: supuestos contemplados e indemnizaciones previstas
4. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La provisión del empleo público se rige en España por los criterios constitucionales del acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, basándose en los conocidos principios de mérito y capacidad que proclama el art. 123 de la Constitución. La defensa de esos principios contrasta enormemente con el hecho de que en enero de 2021, el 53,31% del total del empleo público correspondía a personal funcional de carrera, el 22,35% a personal laboral mientras que el resto de personal (interino, personal eventual y otro) suponía el 24,34%, según se desprende del último boletín estadístico del personal al servicio de las administraciones públicas que publica el Ministerio de Política Territorial y Función Pública¹.

Como advierte Cavas Martínez², la política de provisión de efectivos en las Administraciones Públicas se ha exacerbado durante los años de la crisis económica al no disponer las Administraciones Públicas de recursos materiales ni posibilidad jurídica de convocar plazas estructurales o estables. Pero incluso antes de 2012, la cifra de personal funcionario interino era anómalamente alta, como lo demuestran las estadísticas³. El inusitado incremento del empleo temporal en las Administraciones públicas, ha provocado que puestos de trabajos estructurales e imprescindibles para garantizar los servicios públicos esenciales sean ocupados, de forma duradera, por personal temporal.

Este trabajo pretende responder a esta polémica que no parece haber cesado tras la aprobación de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (en adelante, Ley 20/2021). En su Exposición de Motivos (apdo. III) la norma que entró en vigor el 30 de diciembre 2021 subraya que “pretende objetivar las causas de cese de este personal [interino] e implantar un régimen de responsabilidad que constituya un mecanismo proporcionado, eficaz y disuasorio de *futuros* incumplimientos que, además, permita clarificar cualquier vacío o duda interpretativa que la actual regulación haya podido generar”. La influencia de la jurisprudencia europea en la elaboración de esta norma es evidente, convertida en urgente tras la decisiva STJUE n. C-726/19, de 3 junio 2021, que es implícitamente citada por la EM del Ley 20/2021. Sin embargo, la ausencia de disposiciones transitorias que den respuesta a los incumplimientos acaecidos antes de su entrada en vigor y la postergación de la estabilización del empleo público, a más tardar, a diciembre de 2024, deja a una importante bolsa de personal INF en una situación de orfandad legislativa.

En las páginas siguientes se analizarán la figura del INF de naturaleza laboral del ámbito de la Administración General del Estado⁴, y, en menor medida, la respuesta jurídica deparada por el

1 https://www.mptfp.gob.es/dam/es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/200701_Boletin_julio_2021.pdf

2 Cavas Martínez, F., “Transformación del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo por dilación injustificada en la provisión de la plaza”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 7/2021, p. 5. Para Roqueta Buj, R., *La contratación temporal en las Administraciones Públicas*, INAP, Madrid, 2019, p. 143, se perdió una oportunidad de oro para regularizar la situación de estos trabajadores.

3 Datos del empleo público en una década (2007-2017) <https://www.expansion.com/economia/funcion-publica/2017/11/08/5a017e0622601d88478b4602.html>

4 Debe destacarse también que el Pleno del Parlamento Vasco aprobó en sesión celebrada el día 11 de noviembre, la Ley 7/2021, de 11 de noviembre, de Cuerpos y de las Escalas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi. La disposición adicional segunda dispone que las administraciones públicas vascas podrán convocar, tras la entrada en vigor de la ley, y en la misma línea que la disposición

PONENCIA ESPECÍFICA PREMIADA:
LA EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO CON EL
PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO: REFLEXIONES TRAS LA
APROBACIÓN DE LA LEY 20/2021, DE REDUCCIÓN...

Derecho a la finalización de su relación con la Administración. Al final, se realizarán propuestas valorativas sobre la respuesta dada por la Ley 20/2021 y por el RDL 32/2021 al abuso cometido por la Administración pública española respecto del personal indefinido no fijo que pueda cesar en esa relación antes de la realización de las ofertas públicas de empleo que exige convocar la Ley 20/2021, pero también la que esa nueva norma jurídica prevé para el personal laboral contratado a partir de su entrada en vigor. Para ello se recurrirá a una lectura en línea del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE) con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE); referencias que servirán también para valorar la recientemente aprobada Ley 20/2021.

Al hilo de esa nueva ley (20/2021) que incorpora cambios en el TREBEP, no puede descuidarse en esta introducción que su Disposición Transitoria 2ª dispone que las previsiones contenidas en el art. 1 de esta norma (que introduce una nueva redacción al art. 10 TREBEP, relativo a los “funcionarios interinos”, y añade un nuevo apartado 3 al art. 11 del mismo texto legal, relativo a los procedimientos de selección del personal laboral) serán de aplicación “únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor”, esto es el 7 de julio de 2021 (Disp. Final tercera). En la misma línea se sitúa la DA 17a TREBEP, que prevé distintas respuestas jurídicas a la superación de los plazos de temporalidad, realizando, siempre, una proyección “a futuro”, respecto del personal contratado bajo esta nueva normativa jurídica⁵, y que obviamente deberá tener en cuenta la nueva normativa jurídica sobre contratación temporal aprobada tras la convalidación del RDL 32/2021.

En el trabajo se tendrá también presente la finalmente aprobada disposición adicional sexta de la Ley 20/2021 que permite convocar un proceso excepcional de consolidación del empleo temporal para el personal que haya ocupado la misma plaza durante 5 años ininterrumpidos desde antes de 2016. En concreto, el texto del acuerdo político⁶ alcanzado se ha consagrado en una nueva Disposición adicional sexta titulada “Convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración”, en el sentido de que “Las Administraciones públicas convocarán, con carácter excepcional y de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.6 del TREBEP, por el sistema de concurso, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016”. El carácter excepcional del proceso se manifiesta en el mandato de que “realizarán por una sola vez”, remitiéndose su desarrollo a “la negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales”, respetándose, en todo caso, los plazos establecidos en esta norma”.

adicional sexta del proyecto de ley estatal, “procesos especiales de consolidación de empleo para el acceso a la función pública vasca a través del sistema de concurso, en el marco de lo dispuesto en la legislación básica estatal sobre el empleo público”.

⁵ En efecto, de conformidad con la Disp. Transitoria 2a de la Ley 20/2021, las previsiones contenidas en esta DA 17a serán de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

⁶ <https://elpais.com/economia/2021-11-11/los-interinos-que-ocupen-la-misma-plaza-desde-antes-de-2016-podran-convertirse-en-fijos-sin-necesidad-de-opositar.html>.

2. EL RECONOCIMIENTO LEGAL DEL TRABAJADOR INF Y SU NATURALEZA JURÍDICA ANTES DE LA LEY 20/2021, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

2.1. El tratamiento jurídico del trabajador INF antes de la Ley 20/2021

Es conocido que la relación del empleado “indefinido no fijo” es una figura creada por la jurisprudencia en la década de los 80 del siglo pasado⁷, apoyándose en la presunción que obliga a convertir en trabajador indefinido a los contratos temporales celebrados en fraude de ley del art. 15.3 ET.

Esta creación judicial persigue armonizar el derecho a la estabilidad en el empleo con los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público⁸. La doctrina que ha estudiado esta figura en profundidad ha concluido, además, que es la suscripción fraudulenta de contratos de duración determinada en las administraciones públicas, de forma originaria o sobrevenida por concatenación abusiva de aquellos, la circunstancia que más trabajadores INF ha provocado. Por otra parte, la sanción jurídica contemplada en el modificado art. 15.8 ET, en lectura directa con la Disp. Adic. 15.1º de la misma versión del texto estatutario (vigente hasta el 30 de marzo de 2022 por mandato del RDL 32/2021) obligaba a mantener al trabajador desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se procediera a su cobertura por los procedimientos adecuados, momento en el que se produciría la extinción de la relación laboral -salvo que el mencionado trabajador accediera a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

Otras veces, sin embargo, la evidencia empírica demostró que eran las propias entidades públicas las que “reconocían” directamente tal condición, si bien se trataba de un reconocimiento prohibido por la norma⁹.

La categoría de empleado “indefinido no fijo” permite que los empleados adquieran esa, normalmente, por resolución judicial¹⁰ como consecuencia de la reclamación de aquellos empleados públicos que se encuentran en las situaciones que dan lugar a dicha condición en el entendimiento de la jurisprudencia. No obstante, la figura del “indefinido no fijo” no se regula *expresamente* en el articulado del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) en la versión

7 Véase con detalle en López Balaguer, M./Ramos Moragues, F., El personal “indefinido no fijo”. Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal, Tirant lo blanch, Valencia, 2020.

8 Cavas Martínez, F., “Transformación...”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*. 7/2021, *op. cit.*, p. 1. Son varias las vías de reconocimiento de la condición de indefinido no fijo. Entre los supuestos que dan lugar al reconocimiento de personal laboral indefinido no fijo de plantilla se encuentran el encadenamiento de contratos temporales *ex* artículo 15.5 del TRLET (STS de 3 de diciembre de 2013, núm. rec.ud. 816/2013); la superación del plazo previsto para la convocatoria de oferta de empleo en contratos laborales interinos por vacante, siempre que el retraso en la cobertura de plazas constituya fraude de ley o abuso de derecho (aunque actualmente, encuentra apoyo legal en los artículos 8.2.c) y 11.1 del TREBEP. Y así, mientras que el artículo 8.2.c) dispone que el personal laboral puede ser fijo, por tiempo indefinido o temporal, el artículo 11.1 del mismo texto legal señala que, en función de la duración del contrato este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

9 López Balaguer, M./Ramos Moragues, F., El personal “indefinido no fijo”. Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal, Tirant lo blanch, 2020, Valencia, p. 101.

10 Como subraya la STS 16 diciembre 2019 (n. rec. ud. 2570/2008), la pretensión de declaración de la naturaleza indefinida de la relación laboral constituye una pretensión declarativa admisible.

PONENCIA ESPECÍFICA PREMIADA:
LA EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO CON EL
PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO: REFLEXIONES TRAS LA
APROBACIÓN DE LA LEY 20/2021, DE REDUCCIÓN...

dada por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. La doctrina ha apuntado, sin embargo, que dicha categoría ha sido acogida posteriormente de manera confusa e imprecisa por el legislador de 2015¹¹, como ha recogido hasta hace bien poco la citada DA 15.1 ET.

Comenzando por el TREBEP, la diferenciación entre el personal que realiza funciones retribuidas para las Administraciones Públicas se encuentra en el esquemático art. 8.2, que clasifica a los empleados públicos entre a) funciones de carrera, b) funcionarios interinos, c) personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y d) el personal eventual

Hasta la Ley 20/2021, el art. 11 relativo al personal laboral se definía por remisión al contrato formalizado por escrito en virtud de cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la *legislación laboral*. De nuevo invocando a la ley laboral, dicho artículo señala que “en función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”. En esa alusión al personal laboral temporal se halla la identificación del empleado INF¹².

Por tanto, los únicos supuestos en los que es admisible la contratación temporal en las Administraciones Públicas son los previstos en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, con desarrollo reglamentario a cargo del RD 2720/1998 (contratos temporales estructurales: contrato de obra, contrato de eventuales, contrato de interinidad por sustitución y contrato de interinidad por vacante), a los que se suman los contratos formativos (en prácticas y para la formación y el aprendizaje) regulados en el artículo 11 ET y en los Reales Decretos 488/1998 y 1529/2012, y el contrato de relevo en su modalidad temporal regulado en el artículo 12 ET. Obsérvese, entonces, que el contrato indefinido no fijo no existe en la regulación laboral. Sea por el recurso fácil a las causas de la contratación temporal laboral por parte de las administraciones públicas, sea por la condescendencia con que los órganos judiciales han interpretado la justificación del recurso a la temporalidad por parte de aquéllas, es un lugar común que se ha dado una progresiva desnaturalización de las causas que legitiman el recurso a la contratación temporal¹³.

Uno de los problemas medulares que se ha planteado con este tipo de personal en las Salas de lo social, y en el que se va a centrar este trabajo, se ha dado en relación con el personal laboral con contrato de interinidad por vacante o por provisión de plaza, y se ha referido a la permanencia o reconocimiento de la condición de personal indefinido tras la provisión definitiva de la plaza que ocupaba.

Para entender en qué contexto nos movemos, debe tenerse presente el mandato del art. 70.1 TREBEP en tanto que dispone que la incorporación de personal de nuevo ingreso en la Administración se realizará a través de la Oferta de empleo público (OPE), o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, “lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse

11 Cavas Martínez, F., “Transformación.”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*. 7/2021, *op. cit.*, p. 1. Para Roqueta Buj, R., *La contratación...*, *op. cit.*, p. 143, se perdió una oportunidad de oro para regularizar la situación de estos trabajadores.

12 Sánchez Morón, M., *Derecho de la función pública*, Tecnos, 2020, p. 100.

13 Mercader Uguina, J.R., *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 22.

dentro del plazo improrrogable de tres años”. Es conocido que esta explícita obligación que recae sobre la Administración española se ha incumplido reiteradamente en los últimos 30 años. De ahí que existe mucho personal que ha ocupado el mismo puesto de trabajo durante un tiempo demasiado largo para que la naturaleza jurídica de su relación sea considerada de temporal.

Hasta 2021, y a pesar de la elocuente STJUE de 19 de marzo de 2020, dictada en los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18 (Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez), que declaraba el incumplimiento de la normativa jurídica por parte de administración pública española¹⁴, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha venido sosteniendo que el plazo de tres años previsto en el art. 70 del TREBEP¹⁵, se refiere a la regulación del modo de provisión de las necesidades de personal de nuevo ingreso en las Administraciones públicas.

En efecto, la recién citada STJUE de 2020 constató que, en la práctica, la Administración Pública española no ha cumplido con lo prescrito en el art. 70.1 TREBEP. Será en el apdo. 96 de la sentencia, y tras analizar el contenido del precepto citado (art. 70), donde el TJ declare que “de los autos de remisión se desprende que, en los presentes asuntos, pese a que la normativa aplicable en los litigios principales establece plazos concretos para la organización de tales procesos, en realidad dichos plazos no se respetan y estos procesos son poco frecuentes”. El TJ se mostró decididamente rotundo cuando añadió que, expuestas esas circunstancias, y si los plazos concretos para prevenir la utilización abusiva de la contratación temporal no se cumplen, “dicha normativa tampoco resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, ya que, como han indicado los juzgados remitentes, su aplicación no tendría ningún efecto negativo para ese empleador (apdo. 97)”. La necesidad de modificar dicha normativa para cohonestar su mandato con una práctica de las administraciones públicas que cambie el resultado terco de las estadísticas en torno a la contratación temporal, era pues evidente. En esta sentencia de 19 de marzo 2020, el fallo contenía hasta cinco puntos y se extendía al análisis de *tres* medidas legislativas del ordenamiento español -no sólo y por tanto, de la normativa jurídico-administrativa- que, a criterio del TJUE, no son ni lo suficientemente eficaces, ni disuasorias para combatir el abuso en la contratación temporal pública. Esas medidas legislativas eran:

– La consolidación del empleo temporal previsto en la Disposición transitoria cuarta TREBEP. Esta Disposición prevé que las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad al 1 de enero de 2005. El TJ descarta la efectividad de esta medida porque se recoge en términos facultativos y no como una obligación, como sí ocurre en el texto del art. 70 TREBEP. A lo anterior se suma que la concurrencia del personal temporal a esas

14 Así lo expuse en “La ineludible respuesta legislativa y judicial española a la contratación temporal en el sector público sanitario”, *Derecho de las relaciones laborales*, n. 5. 2020, págs. 696-709.

15 El párrafo 1º del art. 70 TREBEP dispone que: 1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.

pruebas es permeable, de modo que no se prevén únicamente para las personas que han sufrido el abuso en la contratación temporal el TJUE, sino para todos los que cumplan los requisitos¹⁶.

– La indemnización por despido improcedente, prevista en el ordenamiento jurídico-laboral español, tampoco sería adecuada para lograr el efecto útil de la Directiva por no especificar esta indemnización que su finalidad sea sancionar el abuso ocurrido. En efecto, la finalidad de esa indemnización es sancionar al empleador que ha prescindido del trabajador a pesar de no concurrir una causa legal o sin que se haya podido acreditar la misma; o por defectos de forma (véase el art. 56 ET).

– El TJ de la sentencia citada también analizó la transformación de esa relación temporal en un contrato indefinido no fijo, pero tampoco esta medida logró superar del reproche del tribunal europeo. La razón de lo anterior descansaba, en opinión del TJ, en que en algún momento sería posible amortizar la plaza ocupada por el empleado afectado o cesarlo si dicha plaza se adjudicaba a un miembro del personal estatutario fijo. Con todo, debe recordarse que de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, la cláusula 5 del Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. En efecto, la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo marco deja, en principio, a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido. De ello resulta que el Acuerdo marco no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos de duración determinada¹⁷.

En definitiva, el TJUE de esta reveladora sentencia de 2020, pero incluso antes, reconoció que el art. 70 TREBEP podría ser una disposición efectiva para prevenir el abuso en la contratación temporal pero añadía, sin género de dudas, que España la había incumplido sistemáticamente. Por su parte, el Alto Tribunal español declaró que a pesar de que la superación del plazo previsto en el art. 70.1 TREBEP comporte el incumplimiento de un deber legal, no por ello determinaba automáticamente la conversión del contrato temporal (de interinidad por vacante, en la mayoría de los casos) en indefinido no fijo. Para el órgano judicial tal declaración solo procedería cuando existiera fraude de ley o abuso en la contratación temporal¹⁸.

Sin embargo, la doctrina judicial española (TS -Social- 24 de abril de 2019)¹⁹ había entendido que el fraude o abuso no puede apreciarse en cualquier caso y a la demora de más de tres

16 Rojo Torrecilla, E. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/03/>, lamenta que nada se aclare en la sentencia de los méritos que podrían valorarse a los efectos de “primar” la presentación de los funcionarios que hayan padecido el abuso en la contratación y que podrían alcanzar un elevado porcentaje de la puntuación final.

17 Véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2006 (TJCE 2006, 181), Adeneler y otros, C- 212/04 , EU:C:2006:443, apartado 91; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 229), Marrosu y Sardino, C-53/04 , EU:C:2006:517 , apartado 47; de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C- 378/07 a C- 380/07 , EU:C:2009:250 , apartados 145 y 183, y de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13 , C-363/13 y C-407/13 , EU:C:2014:2044 , apartado 65, y el auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14 , no publicado, EU:C:2014:2447, apartado 47.

18 Tan claro estaba (véase Terradillos Ormaetxea, E. “La ineludible respuesta legislativa y judicial española a la contratación temporal en el sector público sanitario”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 5, 2020., pp. 696-709), que la Comisión abrió un procedimiento de infracción contra España debido a un abuso de temporalidad en las Administraciones Públicas del Estado Español, proceso CHAP(2013)01917 relativo a un incumplimiento de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE. Sobre el mismo tema los tribunales de España han desacatado las sentencias del TJUE, de 19 marzo de 2020 y de 3 de junio de 2021, relativas al incumplimiento de dicha cláusula.

19 STS, Pleno, de 24 abril 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1506).

años en la cobertura reglamentaria de las plazas, que además respondió a la crisis económica de 2008 y a las normas que restringieron el gasto público, se deberían anudar otras “circunstancias específicas de cada supuesto”. Y continuó con esta doctrina hasta algo más tarde. Y así, sólo en algún caso excepcional se ha considerado hasta fechas recientes, que el contrato de interinidad debe convertirse en indefinido no fijo en consideración a su duración inusualmente larga, la inexistencia de vacante formal y la ausencia de actuaciones tendentes a lograr la definitiva cobertura de la plaza o a propiciar su amortización, que, en definitiva, revelan la ausencia de justificación a la prolongación de la relación interina.

A partir de esa sentencia del TS de fecha 24 de abril de 2019, y a los efectos de calificar una relación como inusualmente larga, el plazo de 3 años del artículo 70.1 TREBEP siguió siendo irrelevante, debiéndose acudir a cada caso concreto. Dicha sentencia establecía que el plazo de tres años no podía operar de modo automático para convertir un contrato de interinidad por vacante en un contrato indefinido no fijo; tampoco ese plazo de tres años del art. 70 TREBEP era una garantía inamovible, siendo las circunstancias específicas del caso las que determinarían si la contratación mediante contrato de interinidad por vacante era abusiva o no, en atención a si se había desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad por fraude, abuso u otras ilegalidades; y, finalmente, para el TS lo realmente determinante de una conducta fraudulenta no era sólo que la duración fuera «inusualmente larga, sino que la duración del contrato sea injustificada por carecer de soporte legal»²⁰. De todo lo expuesto resulta evidente que no eran suficientes las claras orientaciones ofrecidas por la jurisprudencia europea, cuyas sentencias terminaban remitiéndose a los jueces españoles a fin de que fueran ellos quienes decidieran sobre la cuestión de la existencia de un abuso por parte de la Administración, así como sobre la existencia de medidas preventivas o disuasorias en el ordenamiento jurídico español.

Aunque costó mucho que la institución del abuso de derecho fuera considerada por la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo, la doctrina jurisprudencial fue desarrollando y perfilando esa figura, concretando su esencia en la naturaleza antisocial del daño causado a un tercero, manifestada tanto en su forma subjetiva, (intención de perjudicar, o sin la existencia de un fin legítimo) como en su aspecto objetivo (anormalidad en el ejercicio del derecho). Incluso el ejercicio tardío del derecho se considera generalmente como desleal según los principios de la buena fe que dominan la vida del tráfico. No se objeta el mero retraso, sino que se precisa que este retraso haya generado una confianza legítima que haya llevado a esa parte a organizar su vida como si no tuviera que contar ya con el ejercicio de tal derecho (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 marzo 2005)²¹.

Conforme a los cánones del Derecho Civil (art. 7 Código Civil), observamos que el incurrir en un abuso de derecho dará lugar a la *correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o*

20 Dicha jurisprudencia se consolidó —entre otras, sentencia de 18 de mayo de 2021, n. rec. 536/2019; sentencia de 1 de junio de 2021, n. rec. 3049/2018— e incluso se matizó para justificar que la paralización de las convocatorias para cubrir las ofertas de empleo público durante los años de crisis económica a partir del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, suponían una justificación objetiva y razonable que impedía que la superación del plazo de 3 años en la convocatoria de los procesos selectivos a que se refería el art.70 TREBEP, lo que impedía la conversión del contrato en indefinido no fijo —sentencia de 27 de abril de 2021, n. rec. 3699/2019.

21 https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDYwsLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlql-S35y SGVBqm1aYk5xKgB-Pb9sNQAAAA==WKE

administrativas que impidan la persistencia en el abuso. La conjunción copulativa en lugar de la disyuntiva invita a plantear, por lo menos, la exigencia al empleador del abono de una indemnización²² (la que corresponda) que compense a la otra parte por el abuso cometido, además de la adopción de medidas de distinta índole para paralizar ese abuso en la práctica española advertido por el TJ.

Aunque el recurso al abuso de derecho es poco conocido en el ámbito del Derecho Administrativo, y menos aún utilizado, lo cierto es que la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2012²³ afirmó que “Como dijimos en la Sentencia de esta Sala y Sección de 18 de marzo de 2011 (recurso de casación nº 1643/2007), la desviación de poder existe no sólo cuando se acredita que la Administración persigue una finalidad privada o un propósito inconfesable, extraño a cualquier defensa de los intereses generales, sino también puede concurrir esta desviación teleológica cuando se persigue un interés público ajeno y, por tanto, distinto al que prevé el ordenamiento jurídico para el caso [...]”. Y más adelante añadiría que “Basta, por tanto, que el fin sea diferente, de modo que aunque el ejercicio de la potestad administrativa se haya orientado a la defensa de los intereses generales, sin embargo se opone a la finalidad concreta que exige el ordenamiento jurídico” (F.J. 5).

De hecho, los tribunales contencioso-administrativos han ido progresivamente acogiendo el control de la actuación administrativa no sólo en base a la letra de la ley, sino, mucho más allá, en base a los principios institucionales o regulativos del ordenamiento jurídico. Otra cosa, sin embargo, es su efectiva estimación que, por lo menos hasta fechas bastante recientes, se ha comprobado bastante limitada, lo que es explicado por la doctrina en base al excesivo y desnaturalizado recurso a dicha figura cuando la parte no encuentra apoyo en una norma para invalidar la actuación de la parte contraria²⁴. No obstante, tras la significativa STJUE 3 junio 2021, también los tribunales de lo contencioso-administrativo, señaladamente, su TS, han reconocido el abuso en la contratación administrativa²⁵, aunque han evitado aplicar criterios de la legislación laboral, por gozar el empleado público de un “estatuto” en gran medida heterónomo que impide acudir a esa legislación ni siquiera como fuente de inspiración.

A lo anterior añade el TS (Sala 3)²⁶ la imposibilidad de reconocer una indemnización a dichos empleados contratados interinamente durante un período abusivo, por carecer de fundamentación legal -y por impedirlo, más concretamente, la regulación de la responsabilidad

22 Boltaina Bosch, X., “Función pública. Trabajadores y funcionarios interinos vinculados a la cobertura de la plaza: totum revolutum sobre el derecho a indemnización”, *BIB 2018\11284*.

23 STS (Sala 3a) 3254/2012 - ECLI: ES:TS:2012:3254.

24 Castillo Blanco, F.A., “La teoría del abuso del derecho y su aplicabilidad a la actuación abusiva de la administración pública”, La ley, 2018.

25 Últimamente, véase por todas, la sentencia TS (Sala 3) 30 de noviembre de 2021 (recurso de casación 6302/2018 (JUR 2021, 384456), F.J. 7. De todos modos, esta jurisdicción, como en la sentencia citada, ha venido rechazando reiteradamente la aplicabilidad de la figura del personal INF como solución para los supuestos de utilización sucesiva por las AAPP de contratos o nombramiento de carácter temporal para atender necesidades permanentes de carácter estructural, como tampoco ha reconocido el derecho de ese personal a ser indemnizado por su cese cuando éste se acuerde por la Administración: lo único que declara es la continuidad del nombramiento del funcionario entre tanto no se inicien los correspondientes procesos de selección para cobertura definitiva de la plaza, por parte del funcionario de carrera.

26 Últimamente, véase por todas, la sentencia TS (Sala 3) 30 de noviembre de 2021 (recurso de casación 6302/2018 (JUR 2021, 384456), F.J. 7. A partir de esta sentencia, otros pronunciamientos del orden contencioso-administrativo continúan por la misma senda (como ejemplo, la STS núm. 1567/2021, de 22 diciembre, JUR 2022/5168).

patrimonial de la Administración hasta la Ley 20/2021-, a menos que el demandante pruebe que “mientras duró la situación de interinidad y como consecuencia de la misma se produjo una lesión física o moral, una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar”. Pero esto -tal como esta Sala ya tuvo ocasión de explicar en de las sentencias de 26 de septiembre de 2018 (n. rec. 1305/2017), citadas en el auto de admisión (JUR 2021, 54741) de este recurso casación- pasa por presentar una reclamación por daños efectivos e identificados con arreglo a las normas generales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y, por supuesto, acreditar tales daños²⁷. En otras palabras, va a constituir la doctrina imperante y continuada desde la sentencia citada de 2021²⁸, que el mero hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva, en los términos que se acaban de señalar, no implica automáticamente que quien se halló en ella haya sufrido un daño efectivo e identificado²⁹. Esta doctrina, por tanto, no excluye la vía de la indemnización, pero, la limita a supuestos muy exigentes en caso de finalización del nombramiento³⁰.

Por su parte, el TS del orden social, en el caso de acreditar la inactividad de la Administración respecto del indubitado mandato del art. 70 TREBEP, ha dictaminado, hasta hace muy poco, que ese plazo de tres años no pueda entenderse “en general como una garantía inamovible” que haya que respetar para afirmar la desnaturalización del contrato temporal de interinidad, que, “sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades”, puede tener lugar antes del cumplimiento de dicho plazo, o después, aunque no “de modo automático”, lo que dependerá de la conducta de la empleadora y lo que conducirá, por ende a una “apreciación casuística” de las circunstancias concurrentes (FJ 3º)³¹. El plazo de 3 años del art. 70 TREBEP se convirtió en un indicio de la existencia del fraude en el ámbito de la contratación del sector público por obra del TS social. En opinión de la doctrina más autorizada³², ya la sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 24 abril 2019 acoge un método de apreciación casuística para fijar la duración inusualmente larga de un contrato temporal, pero “no rechaza, en la tarea de ajuste fino o afinado que efectúa de los contratos de interinidad por vacante, que pueda hacerlo el plazo de tres años del art. 70.1 del TREBEP “...de modo que, para declarar esa invalidez y recalificar el contrato como indefinido no fijo por su carácter fraudulento, habrá casos en que no será preciso esperar a su transcurso, y otros en que su superación no conducirá a ese resultado si no se acompaña de otros criterios indiciarios

27 En este punto no discrepa el voto particular de la sentencia.

28 Sentencias (Sala 3) STS núm. 1450/2021, de 10 diciembre, FJ. 8; núm. 1449/2021, 10 diciembre, FJ. 8; núm. 1401/2021, 30 noviembre, FJ 8.

29 Esta doctrina ha sido fuertemente cuestionada por la doctrina del TJUE, véase Carbonero Redondo, J.J., “Interinos y empleo público, panorama después de la tormenta”, *Actualidad Administrativa* n. 2, 2022, p. 9.

30 Ordóñez Solís, D. “Equiparación y abuso en el empleo público temporal. Las soluciones en la jurisprudencia europea y española”, *La Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 49, septiembre del 2019, p. 32. Visto el 28 de noviembre del 2021, en: https://delajusticia.com/wp-content/uploads/2019/09/1-David0rdóñez_definitivo.pdf.

31 STS (4), de 24 de abril 2019.R0J STS 1506/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1506 .

32 Véase Casas Baamonde, M. E., “El fraude en la contratación temporal: su duración “inusualmente larga” (del contrato de interinidad para la cobertura de vacantes en el sector público y el plazo de tres años del artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n° 3/2019.

No obstante, la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, dio un paso más e hizo una mención explícita a los “indefinidos no fijos” en términos de reconocer que la existencia de esta categoría de trabajadores en el sector público va indefectiblemente ligado a la declaración de fraude de ley en la contratación.

de abuso de la temporalidad” ante lo cual “La intervención del legislador fijando un plazo máximo de duración de los contratos sin término determinado para asegurar la delimitación temporal del vínculo contractual es la solución no sólo adecuada, sino necesaria para proporcionar previsibilidad y certeza y, por ende, seguridad jurídica”.

2.2. El reconocimiento de la doctrina judicial española de la existencia de un abuso en la contratación temporal en el empleo público y su consecuencia: la declaración judicial de más empleados indefinidos no fijos a partir de la STS (Pleno) de 28 de junio de 2021

No puede entenderse el giro operado en la doctrina judicial española sin atender a la sentencia del STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19). Esta sentencia resuelve una decisión de cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Auto de 23 de septiembre de 2019. En dicho Auto, el Tribunal español, a través de cinco cuestiones diferentes, le pregunta al TJUE si la legislación española, en la interpretación que de la misma ha realizado la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, es conforme a la Directiva 1999/70/CE, en especial a las cláusulas 1 y 5 del Acuerdo Marco, sobre el trabajo de duración determinada.

La sentencia, en su parte dispositiva, contiene dos declaraciones: a) La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional. Se recordará que dicha combinación normativa-judicial (i) ha permitido hasta fechas recientes, a la espera de la finalización de los procesos selectivos iniciados para cubrir definitivamente las plazas vacantes de empleados en el sector público, la renovación -sin límite- de contratos de duración determinada, aún cuando no se indicara un plazo preciso de finalización de dichos procesos; y, por otro lado, dicha normativa (ii) ha prohibido tanto la asimilación de esos trabajadores a “trabajadores indefinidos no fijos” como la concesión de una indemnización a esos mismos trabajadores. En efecto, concluye el fallo que “esta normativa nacional, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, no parece incluir ninguna medida destinada a prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada”.

La segunda declaración [b)] recoge que “La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada”.

Como ya se ha anunciado más atrás, el Pleno de la Sala Cuarta del TS dictó una sentencia de fecha de 28 de junio de 2021³³, sin votos particulares, en la que corrige y reformula su doctrina sobre la duración de los contratos de interinidad por vacante. En realidad, los Magistrados indican que la doctrina de esta Sala no es la que se refleja en la STJUE de 3 de junio de 2021, entendiéndose que se trata de una errónea comprensión de su jurisprudencia o de una deficiente

³³ Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 649/2021 de 28 Jun. 2021, Rec. 3263/2019.

traslación de la misma al TJUE, citando varias sentencias del TS para corroborarlo. A pesar de ello, en la sentencia, este Alto Tribunal establece que la duración máxima de esos contratos será la del tiempo que duren los procesos de selección para cubrir la vacante conforme a lo dispuesto en su normativa legal o convencional específica, y que, a falta de regulación legal o convencional expresa sobre la duración de esos procesos, el plazo de tres años, utilizado por el legislador a diversos efectos, es el que mejor se adecua³⁴ al cumplimiento de los fines pretendidos por el Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo de duración determinada y con el carácter de excepcionalidad que la contratación temporal reviste en el Derecho de la UE y en nuestro ordenamiento jurídico.

Desde tal perspectiva, insiste el Alto Tribunal, aun cuando el contrato haya cumplido los requisitos, previstos en la ley, lo cual comporta que haya identificado la plaza, cuya cobertura legal o reglamentaria se pretende -cobertura que queda necesariamente vinculada al oportuno proceso de selección previsto legal o reglamentariamente-, “no cabe duda de que una duración excesivamente larga del contrato de interinidad debida, exclusivamente, a la falta de actividad administrativa dirigida a la cobertura definitiva de la plaza debe ser tenida en cuenta como elemento decisivo en orden a la configuración de la decisión judicial sobre la duración del contrato. Igualmente, el no cumplimiento de las expectativas del trabajador contratado en orden a la duración de su contrato, expectativas que derivan de los tiempos ordinarios para la cobertura de la vacante que ocupa, y que deben ser tenidas en cuenta en la apreciación judicial de la situación y en la calificación de la propia contratación. También el hecho de que los trámites administrativos para la cobertura de la vacante se dilaten en el tiempo de manera innecesaria. Circunstancias todas ellas que obligan a prescindir de la idea de que estamos teóricamente ante un único contrato porque la realidad es que el efecto útil del contrato suscrito inicialmente ha perdido todo valor en atención al incumplimiento de las exigencias de provisión que toda vacante conlleva y de las indeseables consecuencias inherentes a tal situación cuales son la persistencia innecesaria en situación de temporalidad” (F.J. 5.I).

Asimismo, declara la Sala que el cómputo de tal plazo no puede verse interrumpido por normas presupuestarias sobre paralización de ofertas públicas de empleo, ya que la cobertura de vacantes cubiertas por trabajadores interinos no implica incremento presupuestario (F.J. 5.II). Ahora bien, precisa esa sentencia que el referido plazo de tres años, aplicable con carácter general, no significa, en modo alguno, que, en atención a diversas causas, no pueda apreciarse con anterioridad a su finalización la irregularidad o el carácter fraudulento del contrato de interinidad; como tampoco que, de manera excepcional, por causas extraordinarias -cuya naturaleza la sentencia no viene a concretar- pueda llegar a considerarse que esté justificada una duración superior a los tres años sin que la misma afecte a la válida extinción del contrato de interinidad cuando la vacante sea cubierta.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el Pleno del TS considera que a la luz de la sentencia del TJUE y de otras que han interpretado algunos preceptos del Acuerdo que figura

34 Cavas Martínez, F, “Transformación...”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*. 7/2021, *op. cit.*, p. 8, señala que “la Sala no apostata por completo de su doctrina precedente, de la que conserva la consideración de que tal plazo de tres años no significa, en modo alguno, que, en atención a diversas causas, no pueda anticiparse a su cumplimiento la calificación del contrato de interinidad como irregular o fraudulento, como tampoco que, de manera excepcional, por causas extraordinarias cuya prueba corresponderá a la entidad pública demandada, pueda llegar a considerarse que esté justificada una duración mayor sin que la misma afecte a la validez del contrato de interinidad”.

PONENCIA ESPECÍFICA PREMIADA:
LA EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO CON EL
PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO: REFLEXIONES TRAS LA
APROBACIÓN DE LA LEY 20/2021, DE REDUCCIÓN...

como Anexo a la Directiva 199/70/CE, los tribunales españoles deben realizar una reflexión sobre algunos aspectos; califica al contrato de interinidad por vacante como contrato a término, aunque de fecha incierta respecto de su finalización. Por otro lado, entiende que dado que por definición el contrato se extiende hasta que la plaza vacante que ocupa el interino sea cubierta por el procedimiento establecido legal o reglamentariamente, mientras esto no ocurra estaremos en presencia de un único contrato y, en ningún caso, de contratos sucesivos, salvo que el trabajador sea cambiado a otra vacante. En la consideración anterior, el Pleno se ratifica en la corrección de su doctrina judicial, en el sentido de destacar que, *técnicamente*, los tribunales estaban aplicando adecuadamente el Derecho vigente. Sin embargo el Alto Tribunal añade que dado que los órganos judiciales españoles tienen la obligación de interpretar el Derecho interno conforme el resultado perseguido por el Derecho de la Unión y siendo un objetivo reiterado en el Acuerdo sobre el trabajo de duración determinada el evitar el abuso de la contratación temporal, la interpretación del contrato de interinidad debe tener en cuenta la situación del trabajador interino, sus expectativas y la actividad desplegada por la Administración como entidad contratante. Como puede desprenderse, el TS desvelaría ahora esas otras circunstancias específicas que conformarían la presencia del abuso en la contratación pública. Por dicho motivo, el Tribunal considera que debe prescindirse de la idea de que estamos teóricamente ante un único contrato porque la realidad es que el *efecto útil* del contrato suscrito inicialmente ha perdido todo valor en atención al incumplimiento de las exigencias de provisión que toda vacante conlleva y de las indeseables consecuencias inherentes a tal situación cuales son la persistencia innecesaria en situación de temporalidad.

Se refiere también la sentencia a la paralización de convocatorias de ofertas públicas de empleo como consecuencia de la crisis del 2008, considerando que se trataba de medidas al servicio de la estabilidad presupuestaria y del control del gasto público. Aún así, dado que impedían la convocatoria de vacantes que estaban ocupadas por trabajadores interinos, el cumplimiento de tales finalidades resulta dudoso ya que, en realidad, la convocatoria y subsiguiente ocupación de plazas vacantes cubiertas por trabajadores interinos, no hubieran incrementado el gasto público. De esta forma, el TS viene a despojar a la inactividad administrativa del objetivo superior de la sostenibilidad presupuestaria o de la contención del gasto público. Dos recientes sentencias de lo contencioso-administrativo acaban de reproducir esta fundamentación en sus textos³⁵, conexión entre los órdenes jurisdiccionales que debería darse en más ocasiones.

No obstante lo anterior, y a pesar de que últimamente muchos órganos judiciales están reconociendo la condición de INF a empleados públicos que solicitan dicha declaración porque su supuesto reúne las circunstancias descritas por el TS (sentencia de 28 junio 2021), la calificación de naturaleza de su relación sigue perteneciendo a la “temporalidad”³⁶; o siguen manteniendo la condición de “no fijos”, en terminología del TREBEP. Una reciente sentencia del TS (Social)³⁷ relativa a un contrato de interinidad por vacante que supera los tres años de duración y en el que no concurre justificación de la falta de provisión de la vacante, aún aplicando la doctrina del TJUE de 3 junio 2021, ha declarado que esa anomalía no puede amparar la fijeza, por el respeto

³⁵ Las dos sentencias son del TSJ (contencioso-administrativo) de Cataluña, de 20/7/2021 (n. rec. 731/2020 y 525/2020). Un análisis de estas sentencias puede seguirse en el blog de Rojo Torrecilla, E., <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/11/interinidad-en-el-empleo-publico-el-tsj.html>

³⁶ Véase, por ejemplo, la STS (ud) 2 abril 2018 (RJ 2018, 2102).

³⁷ ROJ: STS 3755/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3755. n.º Recurso: 1558/2020, sentencia de 5 octubre 2021.

a los principios y mandatos constitucionales (F.J. 1)³⁸. No obstante, es un principio situado en el Título Preliminar de la Constitución (art. 9.1) el de que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento público; y la Administración española ha incurrido en una inobservancia pertinaz del ordenamiento legal, propiciando la merma del principio de mérito y capacidad que debe alumbrar el acceso al empleo público (art. 103 CE).

2.3. A la espera de la respuesta del TJUE a la cuestión judicial planteada por el Juzgado (Social) n. 3 de Barcelona: la naturaleza del INF como empleado fijo

Un análisis de la naturaleza del INF no puede finalizar sin recurrir a la definición de “trabajador con contrato de duración determinada” que contiene la Directiva 1999/70/CE (Acuerdo sobre el trabajo de duración determinada). De acuerdo con su cláusula 3, será así considerado el “trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado”.

En nuestra opinión, ya vertida con anterioridad³⁹, la disconformidad apreciada entre, por un lado, la figura del trabajador con contrato de duración determinada de conformidad con la cláusula 3 del Acuerdo y, por otro, un contrato al cual se le reconocen los efectos del “INF” hace dudar de la compatibilidad entre nuestro Derecho y el de la UE. En efecto, el TJUE de la sentencia *Montero Mateos* [de 5 junio 2018 (C- 576/16)]⁴⁰, consideró ya que la trabajadora tenía la condición de “trabajador con contrato de duración determinada”, en el sentido de la cláusula 3, apdo. 1 del Acuerdo marco (apdo. 43 de la sentencia); y al mismo tiempo orientó al juzgador remitente, en el célebre apdo. 64 de la sentencia, a calificar su relación de indefinida.

El TJUE del caso *Montero Mateos*⁴¹ acometió un supuesto de extinción de un contrato de interinidad por cobertura de vacante en el sector público, que había comenzado en marzo 2007, con fecha de finalización en septiembre de 2016. La trabajadora había prestado servicios como auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores dependiente de Agencia Madrileña de Atención Social de la Conserjería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid. El Juzgado de lo Social interrumpió el procedimiento dado que entendió que existía una razón objetiva vinculada a la organización de la empresa, no imputable a la trabajadora, y que explicaría que ésta tenía derecho a que se le concediera la indemnización del art. 53 ET; con el argumento adicional de que el fin del contrato supuso un perjuicio para la trabajadora.

Aunque la sentencia *Montero Mateos* resolvía un supuesto de trabajadora interina por vacante, que no había alcanzado la condición de INF, a nuestro entender la argumentación del TJUE es válida en este momento en cuanto quiso exponer que es difícil extender el concepto de “trabajador con contrato de duración determinada” a un contrato cuya causa de extinción se

38 Más recientemente, STS 25/11/2021 (n. rec. ud 2337/2020), F.J. 5. Posteriormente STS 25/11/2021 (n. rec. 3951/2019), 1/12/2021 (rec. 4279/2020), 1/12/2021 (rec. 121/2019), 2/12/2021 (Rud. 1723/2020).

39 Terradillos Ormaetxea, E. “La nueva doctrina del TJUE sobre el contrato de interinidad en el empleo público”, *Temas Laborales* n. 146, 2019, p. 86.

40 De nuevo, repárese también en las Conclusiones AG, 20 diciembre 2017 (C-677/16).

41 La sentencia resuelve una cuestión prejudicial elevada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid.

encuentra bastante indeterminada “ab initio”; aparte de tener una duración demasiado extensa. La duda estriba en si esa condición de temporalidad coincide con la descripción de las causas de la temporalidad del Acuerdo europeo; en concreto, si las causas recogidas en el art. 8.1 c) RD 2720/1998 se corresponden con “la producción de un hecho o acontecimiento determinado”, causa de extinción señalada por el Acuerdo europeo. Pero también -y esto es lo importante a la luz de la sentencia Montero Mateos- con las exigencias de la doctrina Montero Mateos, que leídas a contrario, reclaman la previsibilidad de la finalización del contrato y que la duración no sea “inusualmente larga”. Y, a pesar de todo, el Pleno del TS (sentencia 28 junio 2021) vuelve a calificar al contrato de interinidad por vacante como “contrato a término, aunque de fecha incierta respecto de su finalización”.

Esas dos condiciones -previsibilidad y duración cierta- se recogen en la nueva Ley 20/2021 pero su ámbito de aplicación, como los plazos descritos en el proceso de estabilización del empleo público que contiene su art. 2 dejan sin amparo a ciertos INF, como se verá en el apartado siguiente. Antes, sin embargo, es procedente reparar en el Auto del Juzgado de lo social n.º 3 de Barcelona, de 27 de julio de 2021⁴². El Juez que ha dictado el Auto ha presentado una cuestión prejudicial ante el TJUE, precisamente interpretando el fallo de la Sentencia de 11 de febrero de 2021, asunto C-760/18. En opinión del Juez, no parece que sea una interpretación conforme la de considerar que los contratos por tiempo indefinido pueden extinguirse por una causa ligada a un factor temporal, como de hecho ocurre con el personal INF en España, dada la repetida interpretación actual de la jurisprudencia que entiende que este personal cesará cuando se produzca la cobertura de la vacante. Este hecho es todavía más probable con el proceso de estabilización que se articula en la nueva Ley 20/2021, como se analizará más adelante.

En el caso del Auto mencionado, dado que la contratación es a todas luces abusiva, puesto que se realizaron diversos y sucesivos contratos temporales por obra o servicio determinado para efectuar ficticiamente unas tareas y funciones que son permanentes, para el Juez la respuesta legal que correspondería aplicar, según establece el artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, sería la de reconocer que el contrato de trabajo es indefinido⁴³. Añade el juzgador que esta declaración, en el sector privado supone la absoluta garantía de estabilidad en el empleo, salvo que concurran causas objetivas y tasadas que justifiquen la extinción del contrato de trabajo, sin perjuicio de las causas disciplinarias. Es más, la legislación laboral española usa indistintamente los términos “indefinido” y “fijo” para designar las personas cuya relación laboral no está sometida a condición o a término. Estaríamos, por tanto, ante la garantía de contribución a la calidad de vida a la que alude la Directiva 1999/70 (considerando 6 del Acuerdo).

Por este motivo, el Juzgador considera necesario aclarar con carácter previo a la resolución del procedimiento si esta figura, en la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo, tiene su reflejo en la Directiva. Insiste el juzgador en que el régimen jurídico de la relación “indefinida no fija” no elimina la temporalidad de la misma. Reflexiona oportunamente el juez en el sentido de reparar en que la finalidad perseguida por el Acuerdo Marco de luchar contra el abuso de la temporalidad podría no alcanzarse si se mantuviera esa naturaleza temporal; de ahí la cuestión prejudicial. Es también cuestión que efectúa el Juez si la categoría de trabajador “indefinido no

42 Auto descargado de <https://ignasibeltran.com/wp-content/uploads/2021/07/Auto-TJUE-308-2019.pdf>

43 En efecto, dicho apartado ordena presumir por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.

fijo” acuñada por la doctrina del Tribunal Supremo, se opone y/o es contraria a la Directiva 1999/70/CE, Anexo I Acuerdo Marco, a la finalidad de evitar el abuso de la contratación temporal no resulta disuasoria frente al abuso de la misma.

Ciertas dudas sobre esta figura, y su conformidad con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco se plantean de forma exquisita en el Voto Particular formulado por el magistrado Sempere Navarro en la STS 25/11/2021 (n.º rec. 3951/2019). El magistrado lamenta que no se haya sometido esta materia a una cuestión prejudicial, que por cierto, sí ha planteado el Auto del TSJ Madrid 21 de diciembre de 2021⁴⁴.

Reparemos ahora en los términos en que se expresa la Ley 20/2021, pero también el RDL 32/2021, en relación con el personal INF.

3. LOS INF EN LA LEY 20/2021, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO Y EN EL RDL 32/2021, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA LABORAL

3.1. La ausencia de los INF, como tales, en la Ley 20/2021 y su progresiva desaparición merced al RDL 32/2021

La Ley 20/2021 ha modificado parcialmente el art. 11 TREBEP pero ha dejado intacto el apdo. 1, que sigue identificando al personal laboral como aquél que ha suscrito un contrato de trabajo “en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, siempre que preste servicios retribuidos por las Administraciones Públicas”⁴⁵. La referencia al INF se inserta a continuación, cuando el precepto clasifica al personal que presta sus servicios en el empleo público en atención a la duración de su contrato, como “fijo, por tiempo indefinido o temporal”.

Por otra parte, la Ley añade un nuevo apartado 3 al art. 11 TREBEP, que no resulta superficial, ya que especifica que los procedimientos de *selección* del personal laboral serán públicos,

44 El Tribunal, en el Procedimiento de Recurso de Suplicación 753/2021 Secc. 2, argumenta, en la cuarta cuestión prejudicial que formula, que «no existe una regulación legislativa sistemática de los mismos - INF- y no se han establecido límites para su renovación, ni en forma de razones objetivas, ni en forma de un número máximo de renovaciones, ni siquiera de una duración máxima del propio contrato».

Se mencionará en este momento, la pionera sentencia pionera dictada por el Juzgado de lo Social nº11 de Bilbao -sentencia nº 134/2021, de 4 de marzo de 2021, la cual declaraba personal fijo directamente a un trabajador que llevaba prestando sus servicios, en calidad de interino por vacante, para la Universidad del País Vasco -había suscrito un contrato temporal en noviembre de 2003 y se lo prorrogan en septiembre de 2005.

45 Habrá que tener presentes las nuevas modalidades de contratación temporal incorporadas en el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, concretamente las contempladas en los arts. 11, 15 y 16 ET. Por su parte, sigue vigente el apdo. 3 de la DA 15 ET relativo al límite de encadenamiento de contratos temporales válidos con el mismo trabajador o diferente puesto de trabajo, que será aplicable a las AAPP (excluidos los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia o dependientes de las mismas). En una lectura conjunta de esta DA con el nuevo apdo. 5 del art. 15 ET (que entrará en vigor conforme dispone la DT 5a RDL 32/2021), se aplicará también a las AAPP (con las exclusiones expuestas) los límites de prohibición de encadenamiento de contratos en un plazo de 18 meses dentro de un período de referencia de 24 meses.

rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. Tan importante como lo anterior resulta señalar que, de acuerdo con ese nuevo apartado del art. 11, el personal laboral temporal se *regirá* igualmente por el principio de celeridad teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia. En este sentido es oportuno recordar que los INF no fueron contratados a través de los procedimientos reglados de selección de los empleados públicos, por lo que su relación con la Administración está supeditada a la cobertura regular del puesto que desempeñan transitoriamente, hecho futuro que ha sido entendido como una condición [STS 4.a, de 27 de mayo de 2002 (núm. rec. ud. 2591/2001)] o como un término [STS 4.a, de 24 de junio de 2014, (núm. rec. 217/2013)]⁴⁶.

Por otra parte, el RDL 32/2021 ordena la derogación del apdo. 1 de la Disp. Adic. 15.1º ET (vigente hasta el 30 de marzo de 2022 por mandato del RDL 32/2021). Como se ha mencionado más atrás, esta disposición estatutaria obligaba a mantener al trabajador desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se procediera a su cobertura por los procedimientos adecuados, momento en el que se produciría la extinción de la relación laboral -salvo que el mencionado trabajador accediera a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

Sin embargo, ni la Ley 20/2021 ni el RDL 32/2021 ofrecen un apoyo jurídico que permita resolver la extinción de la relación laboral del INF desde este momento hasta la realización de los procesos de estabilización que prevé la Ley 20/2021 y que se describirán a continuación, aunque antes acometeremos qué otras medidas de respuesta prevé esta ley para el personal que sea contratado tras su entrada en vigor.

3.2. La respuesta legal al fraude de ley y al abuso en la contratación temporal en el empleo público, prevista en la nueva DA 17a TREBEP

La Ley 20/2021, con reforzar las causas de la contratación temporal y contemplar medidas de prevención del abuso en este tipo de modalidades contractuales, no es ajena a la posibilidad de que la práctica forense incumpla sus previsiones. De ahí que la nueva DaA 17 TREBEP, cuyas previsiones serán de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley (Disp. Transitoria 2a de la Ley 20/2021), registre diversas respuestas jurídicas a la superación del plazo máximo de permanencia de 3 años en la misma Ley. El primer bloque de ellas se dirige a las Administraciones Públicas y a los órganos que las integran.

El primer apartado de la citada DaA 17 recuerda que las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma, invitándose a las mismas a promover, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal.

No sólo lo anterior; además, las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.

⁴⁶ Desdentado Bonete, A., «Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?», *Revista de Información Laboral*, 10, BIB 2018\13435, 2018, p.14.

Para el caso de que un acto administrativo o disposición reglamentaria, pero también un pacto o acuerdo, entendiéndose por “colectivo” en el sentido de producto de la negociación colectiva (art. 37 TREBEP), o las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el *incumplimiento por parte de la Administración* de los “plazos máximos de permanencia” como personal temporal, será nulo de pleno derecho (DA 17.3 TREBEP).

Parece que la previsión contenida en el apdo. 5 de esa DA, representa la consecuencia que debe anudarse a la nulidad. En efecto, conforme a este último apdo., y refiriéndonos solo el caso del personal laboral temporal, el *incumplimiento de los plazos máximos de permanencia* dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica⁴⁷.

Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades.

No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria.

Vista la regulación que encierra la Ley 20/2021, llama la atención que de acudir a la legislación laboral, a la que el TREBEP se sigue remitiendo en el art. 11.1⁴⁸, los nuevos apdo. 4 y 5 del art. 15 ET, redactados de conformidad con el texto del RDL 32/2021 declararían la fijeza en los supuestos en que o bien se incumple la normativa laboral sobre contratación temporal contenida en el art. 15, o no se da de alta a los trabajadores en la Seguridad Social, o, por fin, se recurra al encadenamiento de contratos en las condiciones previstas por el art. 15.5 ET. Hay algún autor que aboga por la no remisión al ET a fin de atinar con respuesta específica que requiere la nulidad de pleno derecho contemplada en la DaA 17 TREBEP, por tratarse ésta de una normativa más específica que el ET⁴⁹. Con compartir que debe estarse al principio de la “*lex specialis*” parece extraño

47 Para más profundidad respecto de las dudas que suscita esta redacción, véase Beltrán de Heredia, I., en <https://ignasibeltran.com/2022/02/06/el-empleo-laboral-temporal-en-el-sector-publico-a-la-luz-de-la-da-17a-ebep-y-del-rdley-32-2021/>.

48 “Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas”. Llámese la atención que la DA 4a del RDL 32/2021, titulada, Régimen aplicable al personal laboral del sector público, prevé que los contratos por tiempo indefinido y los fijos-discontinuos podrán celebrarse cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tenga encomendados, previa expresa acreditación. Por otra parte, esa misma Disposición posibilita que se suscriban contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, recordando que deberá hacerse de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

49 Sobre las dudas que suscita esta redacción, véase Beltrán de Heredia, I., en <https://ignasibeltran.com/2022/02/06/el-empleo-laboral-temporal-en-el-sector-publico-a-la-luz-de-la-da-17a-ebep-y-del-rd->

que siendo las dos normas jurídicas coetáneas, y debiendo respetar las dos la finalidad del Acuerdo Marco de contratos de duración determinada y la jurisprudencia dictada en su aplicación, las respuestas sean tan diferentes. Ciertamente, debe recordarse que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE⁵⁰, la cláusula 5 del Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido, los contratos de trabajo de duración determinada. En efecto, la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo marco deja, en principio, a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido.

Evidentemente los principios que persigue el ordenamiento jurídico-laboral no son los mismos que a los que debe aspirar el administrativo, pero sigue intacta la duda respecto de la entidad y calidad de la respuesta jurídica a esas posibles situaciones de irregularidad.

3.3. Los procesos de estabilización del empleo temporal en la Ley 20/2021: supuestos contemplados e indemnizaciones previstas

Es conocido que, aprobada la Constitución, y con la formulación de sus arts. 23.2 y 102, no es posible el acceso a la función pública sin un procedimiento de selección, conforme fue desarrollado después por el art. 61 EBEP. El TC declaró contraria a la Constitución la integración automática en el funcionariado *ope legis* de personal contratado (SSTC 302/1993 y 111/2014). Para la doctrina administrativista más autorizada⁵¹ cualquier otro supuesto de pruebas o turnos restringidos no es conforme a Derecho, salvo que aquellos procedimientos no abiertos pudieran aparecer como remedio razonable y proporcionado ante situaciones muy excepcionales (SSTS 27/1991, 151/1992, 60/1994, 16/1998, 130/2009). Para la doctrina administrativista⁵², esas situaciones excepcionales ahondan en la desigualdad de oportunidades y agravan el escaso o nulo rigor con que frecuentemente se recluta el personal interino o temporal, lo que crea condiciones favorables para operaciones clientelares o de favoritismos.

La Disposición transitoria cuarta del TREBEP hasta la entrada en vigor de la Ley 20/2021 preveía que “las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005”. El TJUE de la sentencia de 19 de marzo 2020 (Sánchez Ruiz) descartó la efectividad de esta medida para combatir los abusos en el empleo público porque se recogía en términos facultativos para las Administraciones Públicas, y no como una obligación⁵³. Esa misma sentencia declaró que la indemnización por despido

ley-32-2021/ para este autor, no cabe recurrir a la declaración de fijeza por remisión a los apdos. 4 y 5 del art. 15 ET.

50 Véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2006 (TJCE 2006, 181), Adeneler y otros, C- 212/04 , EU:C:2006:443, apartado 91; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 229), Marrosu y Sardino, C-53/04 , EU:C:2006:517 , apartado 47; de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C- 378/07 a C- 380/07 , EU:C:2009:250 , apartados 145 y 183,y de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13 , C-363/13 y C-407/13 , EU:C:2014:2044 ,apartado 65, y el auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14 , no publicado, EU:C:2014:2447, apartado 47).

51 Sánchez Morón, M., *Derecho...*, *op.cit.*, p. 148.

52 Sánchez Morón, M., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 149.

53 Este fallo ha abocado a que el europarlamentario del Partido Popular realizara tres preguntas al Comisario Europeo de Empleo, sobre el Decreto-Ley de 2021 por regular procesos selectivos no acordes a

improcedente, prevista en el ordenamiento jurídico-laboral español, tampoco era adecuada para lograr el efecto útil de la Directiva por no especificar esta indemnización que su finalidad es sancionar el abuso ocurrido; y por ser otra su finalidad como es sabido.

De este modo, ahora parafraseando al Tribunal de la sentencia Sánchez Ruiz, “la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco asigna a los Estados miembros un objetivo general, consistente en la prevención de tales abusos, dejándoles sin embargo la elección de los medios para alcanzarlo, siempre que no pongan en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco (sentencia de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17, EU:C:2018:936, apartado 86 y jurisprudencia citada)” (apdo. 85). La preferencia por la contratación fija y la ineludible flexibilidad para que las necesidades de ambas partes de una relación laboral se adapten a unas circunstancias concretas, frontispicio del Acuerdo Marco, y transcripción de su efecto útil, han presidido la Ley 20/2021.

En la Ley 20/2021 (art. 2.1), adicionalmente a los procesos de estabilización que regularon los artículos 19.uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, y 19.uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural que estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

Es evidente que entre ese personal que ocupa ese tipo de plazas se encuentran los INF -dado el entendimiento judicial de que se trata de personal temporal, y sin perjuicio de lo que resuelva el TJUE tras las cuestiones prejudiciales planteadas sobre esta materia-, por lo que estos tendrán la oportunidad de presentarse a los procesos selectivos que se convoquen, y que cuentan en la Ley 20/2021 con unos plazos ciertos - cumpliendo así el mandato del TJUE-, que terminarán con la resolución de los mismos (deberá finalizar) antes del 31 de diciembre de 2024 (art. 2.2 “in fine”). A mayor abundamiento, la Disp. Adic. 4 de la Ley 20/2021 contempla ciertas medidas de agilización de los procesos selectivos, tales como la reducción de plazos, la digitalización de procesos o la acumulación de pruebas en un mismo ejercicio. A esos procesos selectivos podrían presentarse los INF, a partir de los cuales ocurrirá lo siguiente conforme a Ley actualmente en vigor que entró en vigor el 30 de diciembre de 2021:

– Si un INF se presenta -entendemos que este personal se incluye en la acepción “personal laboral temporal”- y no supera dicho proceso de estabilización, su relación con la Administración podría finalizar y le correspondería una *compensación* económica, que consistirá el máximo de veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. Debe tenerse en cuenta que, en contra de lo dispuesto por la doctrina del TJUE analizada en este trabajo, ni dicha compensación recibe el nombre de “indemnización” -aunque, conforme a la RAE dicho término se asocie, con el resarcimiento de un daño o perjuicio, generalmente mediante compensación económica, ni muchos menos el legislador especifica que la finalidad de dicha compensación sea la de sancionar el abuso ocurrido - como de hecho exige el TJUE. Sólo para el caso de que se trate de personal laboral, expresa ese apartado de la Ley 20/2021, que esa compensación económica podría verse modificada cuando le

la sentencia del Tribunal Europeo de 19/03/2020. Para este grupo, aunque con méritos, son procesos de resultado incierto que según el Tribunal Europeo no eximen de una sanción al abuso de temporalidad en el empleo público. Las preguntas concretas se encuentran en el blog de APISCAM <http://apiscam.blogspot.com/2021/09/el-comisario-europeo-de-empleo-responde.html>

correspondiera una indemnización por la extinción de su contrato, en cuyo supuesto la Administración procederá a abonar al empleado la diferencia entre dicha compensación y la indemnización a la que tuviere derecho. Esa misma operación de abonar la diferencia entre ambas cantidades se hará en el caso de que finalmente la indemnización laboral fuera dictada por un órgano judicial.

En conclusión, el personal laboral cobrará o la compensación económica o la indemnización laboral que le reconoce la Ley 20/2021 pero nunca ambas; en cualquier caso, no parece que el cálculo de dicha compensación llegue a compensar el abuso cometido por la Administración, por lo menos en los casos más prolongados de temporalidad, habida cuenta de que en el cálculo de la compensación se impondrá el límite infranqueable de las 12 mensualidades. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá igualmente a la compensación de cantidades (art. 2.6 Ley 20/2021). En línea con la doctrina reciente del TS (Sala contencioso-administrativa, citada), con la Ley 20/2021 se habría resuelto el problema de falta de sustento jurídico para reconocer una compensación o indemnización al empleado que ha continuado prestando servicios a pesar de lo abusivo de su relación de interinidad o temporalidad; aunque desde nuestro punto de vista ese resarcimiento ni es proporcional al daño causado ni se trata de una indemnización *precisa* que reconozca el tiempo que ha permanecido el INF en una situación abusiva; como de hecho había presagiado que ocurriría la Exposición de Motivos de la Ley 20/2021 (apdo. I, in fine), al recordar que el TJUE ha dispuesto que las autoridades españolas “sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad”.

– No obstante lo anterior, la Disp. Adic. 4 de la Ley 20/2021 prevé que las convocatorias de estabilización que se publiquen podrán prever, para aquellas personas que no superen el proceso selectivo pero que habiéndose presentado hayan obtenido la puntuación que la convocatoria considere suficiente, su inclusión en bolsas de personal laboral temporal específicas o su integración en bolsas ya existentes. La Disposición citada se remite también a esas convocatorias para la determinación de la puntuación suficiente que permita a ese personal integrarse en estas bolsas específicas.

– Por el contrario, la no participación del candidato en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso (art. 2.6 “in fine” de la Ley 20/2021). En este caso, de acuerdo tanto la doctrina del TJUE analizada como con la propia del TS (Contencioso-administrativo), creemos que el INF podría presentar una reclamación por daños y perjuicios si realmente puede probar que los hubo mientras mantuvo su relación en el empleo público. Y, de nuevo, creemos que esta otra disposición de la Ley 20/2021 no es acorde con la doctrina del TJUE en los términos analizados “supra” porque muchos candidatos pueden haber sufrido una situación de abuso durante muchos años, que no se verá compensada cuando finalice su relación laboral.

Evidentemente, la superación del proceso selectivo por parte del personal temporal -INF en nuestro caso- convertirá al empleado en personal indefinido fijo.

Por último, en el proceso de convalidación del RDL 14/2021 que dio lugar a la Ley 20/2021 se ha adoptó “in extremis” una nueva disposición, la sexta⁵⁴, que permite realizar, con carácter excepcional y por una sola vez, un concurso de méritos en “aquellas plazas que, reuniendo los

54 <https://elpais.com/economia/2021-11-11/los-interinos-que-ocupen-la-misma-plaza-desde-antes-de-2016-podran-convertirse-en-fijos-sin-necesidad-de-opositar.html>. En noviembre 2021, en el momento de la convalidación del RDL 14/2021, se introdujeron tres Disposiciones Adicionales en el texto original del RDL 2021, en las que se manifiesta la posibilidad de realizar, con carácter excepcional y por una sola vez, un

requisitos establecidos en el artículo 2.1 hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016”. La EM de la Ley 20/2021 justifica el amparo normativo de esa disposición, apelando al “concepto jurisprudencial” de interinidad de larga duración superior a cinco años. Dado que se trata de una noción jurisprudencial y que por su carácter de normativa básica, resulta de aplicación al conjunto de las Administraciones Públicas, esa disposición garantizaría la igualdad en todo el territorio. No sólo se ampara el legislador en la jurisprudencia, sino que entiende que dicha disposición “es razonable, proporcionada y no arbitraria”, basando su decisión en que la norma afecta a todas las plazas de carácter estructural ocupadas de forma temporal e ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016, fecha que se corresponde con las tasas de reposición cero de los ejercicios 2012 al 2015, que provocaron la imposibilidad de incorporar, a las correspondientes ofertas de empleo público, las plazas que en esos momentos se estaban ocupando en régimen de interinidad.

Si bien esta disposición ha sido mejor recibida por el sector laboralista de la doctrina que por el sector administrativista, lo cierto es que plantea dudas respecto del término “plazas”, lo que no es lo mismo que “puestos de trabajo”, noción que a buen seguro desplazará a muchos de sus actuales titulares hacia otras plazas tras el oportuno concurso de méritos. Con todo, y a pesar de que dicha disposición prescinda de identificarse como una sanción dirigida a aquellas administraciones que hayan incumplido el mandato de convocar OPE cada tres años, no habiendo motivos que justifiquen dicho incumplimiento, lo cierto es que su redacción en términos de excepcionalidad y con invocación de las plazas ocupadas durante un plazo de tiempo largo, hacen de ella una medida ajustada a la doctrina del TJUE sobre esta cuestión. En definitiva, el legislador de la Ley 20/2021 desafía los principios de mérito y capacidad contemplados en el art. 103 CE para convertir en fijos a muchos empleados INF.

Dicho de otro modo, esta reforma introduce la posibilidad de que los trabajadores públicos que lleven más de 5 años prestando sus servicios en el mismo puesto de trabajo consigan una plaza fija, sin necesidad de opositar, mediante un concurso de méritos amparado en el artículo 61.6 del TREBEP -estas plazas deberían adquirir la condición fija antes del 31 de diciembre de 2024.

4. CONCLUSIONES

Ha quedado constancia que la Ley 20/2021 dota de nuevos instrumentos de prevención y sanción del abuso de la temporalidad en la contratación pública. Sin embargo, por provisión de su DT 2ª, las medidas que actualmente contempla la DA 17ª TREBEP se aplicarán al personal contratado con posterioridad al 29 de diciembre de 2021. Por su parte, los dos procesos de estabilización del empleo temporal previstos en la Ley (art. 2 y DA 6a) se postergan en el tiempo, como no podía ser de otra forma dadas las necesidades de organización que requieren estos procesos.

Por eso, ni la normativa jurídica anterior a la Ley 20/2021, ni esta ley, ni incluso el RDL 32/2021 que deroga el apdo.1 de la DA 15 ET, que mandataba la continuidad del trabajador desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se procediera a su cobertura por los

concurso de méritos en “aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1 hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016.

Véase el concienzudo análisis de las 182 enmiendas presentadas al texto inicial del RDL 2021 en <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2021/10/notas-las-enmiendas-presentadas-al.html>

procedimientos adecuados, momento en el que se produciría la extinción de la relación laboral -salvo que el mencionado trabajador accediera a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo- aportan luz sobre la respuesta jurídica que debe depararse a algunos INF de naturaleza laboral. Nos referimos a los INF, que habiendo sido contratados o declarados INF antes de la entrada en vigor de esta ley, están siendo despedidos (o cesados) por la cobertura legal o reglamentaria de su plaza *antes* de la realización de los procesos de estabilización extraordinarios u ordinarios previstos en la Ley 20/2021 (art. 2).

Hace un tiempo algún autor entendió que cuando la relación laboral de un INF finalizara, esa extinción podría ser calificada como despido nulo por parte de los jueces⁵⁵. En realidad, si no hubo causa legal al inicio de la relación, o si esa causa no se ha acreditado por la duración inusualmente larga de la relación laboral, sobre todo en cumplimiento de la definición de contrato temporal que realiza la Directiva 1999/70-, y, podría añadirse, se comprueban las circunstancias exigidas por el Pleno del TS (28 junio 2021) para acreditar la existencia de un abuso, la nulidad podría ser una respuesta apropiada para sancionar el abuso, provista además en el Derecho español⁵⁶. Si no se hubiera aprobado la desaparición de la DA 15.1 ET, podría defenderse esta propuesta transitoria para los INF: una vez reincorporados a su puesto de trabajo, los INF podrían esperar a la convocatoria excepcional del concurso de méritos que se propone en la nueva Disp. Adicional Sexta; o a la convocatoria ordinaria de concurso-oposición.

55 En el mismo, apuntando a la nulidad del contrato como opción, Selma Penalva, A., «El polémico derecho a la promoción profesional de los trabajadores indefinidos no fijos», *Iustlabor*, n. 2, 2018 p. 306, señalaba ya entonces que “aunque por el momento sea una opción que no se planteen nuestros jueces y tribunales, quizá, en una época de abusos indudables, la única forma de conseguir redimensionar esta figura sea la de considerar que el empleo público obtenido sin superar el preceptivo concurso de mérito y capacidad que exige la constitución, carece de un presupuesto esencial de validez, lo que determinaría la nulidad del contrato así celebrado”.

En otro sentido, Roqueta Buj, R., *La contratación temporal...*, *op. cit.*, p. 142, en tanto que considerada que de esta forma se defraudarían los procedimientos públicos para la contratación del personal.

56 En parecidos términos se plantea la Cuestión Prejudicial décima planteada por el Auto TSJ Madrid 21/12/2021 cuando contempla que «En caso de considerar que no existen medidas suficientemente disuasorias en la legislación española, ¿la consecuencia de la vulneración de la cláusula quinta de Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE por un empleador público debe ser la consideración del contrato como indefinido no fijo o debe reconocerse al trabajador como fijo plenamente, sin matizaciones?» Con todo, ese mismo Auto, en la duodécima cuestión, y en la medida que el RDLey 14/2021 exige que, para adquirir la fijeza, los INF tengan que someterse a los principios de acceso al empleo público, el TSJ de Madrid formula la última de las preguntas: ¿La conversión del contrato en fijo en aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma puede no aplicarse si antes de que esa conversión sea decretada judicialmente se establece por medio de una Ley un proceso de consolidación del empleo temporal que debe desarrollarse los próximos años, que supone realizar convocatorias públicas para la cobertura de la plaza ocupada por el trabajador, teniendo en cuenta que en dicho proceso debe garantizarse “el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad” y por tanto el trabajador objeto del uso sucesivo de contrataciones o renovaciones temporales puede consolidar su plaza, pero también no hacerlo, por ser adjudicada a otra persona, en cuyo caso su contrato se extinguiría con una indemnización calculada a razón de 20 días de salario por año trabajado hasta el límite de una anualidad de salario?

Un reciente fallo del TJUE⁵⁷ avalaría esta solución jurídica que no se ha dado, aunque los principios constitucionales relativos al acceso al empleo público se vieran “afectados”. El Tribunal de la UE ha dispuesto que “La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada debe interpretarse en el sentido de que, cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, a efectos de dicha disposición, la obligación del órgano jurisdiccional remitente de efectuar, en la medida de lo posible, una interpretación y aplicación de todas las disposiciones pertinentes del Derecho interno que permita sancionar debidamente ese abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión incluye la apreciación de si pueden aplicarse, en su caso, a efectos de esa interpretación conforme, las disposiciones de una normativa nacional anterior, todavía vigente, que autoriza la conversión de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, *aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha conversión en el sector público*”⁵⁸. Y ya se ha indicado más atrás que no parece aceptable que se reiteren los méritos constitucionales previstos en el art. 103 CE para el acceso al empleo público por parte de muchas sentencias, y se ignoren o no se haga más hincapié -en el sentido de que no existan responsabilidades- otros principios constitucionales, como el de la vinculación de los poderes públicos a la legalidad. Nos encontramos, además, a la espera de que el TJUE responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Auto del Juzgado n.º 3 de Barcelona y por las doce cuestiones sometidas al TJ por parte del Auto del TSJ Madrid (21/12/2021): la sentencia del TJ podría declarar al INF como trabajador indefinido en el sentido de fijo.

Con todo, la recientemente publicada Ley 20/2021 declara en su Exposición de Motivos que el TJUE comparte la postura, defendida por España, de que no cabe en nuestra Administración la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente. El legislador añade que esta opción está excluida categóricamente en el Derecho español, ya que el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. La desaparición de la condición de INF, por mor de la derogación de la DA 15.1 ET pretende cerrar el debate sobre esta cuestión.

Sin embargo, la Directiva 1999/70/CE contempla la contratación en términos “binarios” -temporal e indefinido-, y en esos términos se expresa la sentencia del TJUE que acabamos de citar (Grecia, 2021). De ahí que entendamos que en esa sentencia, el Tribunal, siquiera implícitamente, equipara el contrato de trabajo por tiempo indefinido al contrato fijo de la legislación española⁵⁹.

57 Sentencia del TJUE (Sala Séptima) de 11 de febrero de 2021, en el asunto C-760/18, M. V. y otros contra Organismos Topikis Aftodioikisis (OTA) «Dimos Agiou Nikolaou».

58 La cursiva es nuestra. Deberemos reparar, en este momento, en la STS 38/2021 de 18 de febrero, donde el TC estimó el recurso de inconstitucional interpuesto por el gobierno español contra el apartado segundo de la disposición transitoria décima de la Ley 7/2019, de 27 de junio, de quinta modificación de la Ley de Policía del País Vasco, cuya redacción era la siguiente: “De existir en la categoría correspondiente del Cuerpo de Policía local un porcentaje de interinidad superior al 40 % podrá incorporarse al proceso especial de consolidación de empleo, un turno diferenciado de acceso para quienes acrediten un mínimo de ocho años de antigüedad en la administración convocante en la categoría de la policía local a la que pertenecen las plazas convocadas, reservando para dicho turno diferenciado de acceso hasta el 60 % de las plazas ofertadas”. Véase Rojo Torrecilla, E., <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/11/empleo-publico-notas-previas-y-texto.html>

59 En este sentido se orienta la cuestión prejudicial undécima planteada por el TSJ Madrid en su Auto de 21/12/2021 cuando pregunta al TJ si La conversión del contrato en fijo en aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma debe imponerse,

Por otra parte, tanto en el art. 2.1 de la Ley 20/2021 -que prevé los procesos “ordinarios” de estabilización del personal funcionario y laboral-, como en su Disp. Adic. 6 relativa al concurso de méritos extraordinarios que hemos comentado, a base de remitirse al texto del art. 2.1, se exige que las plazas de naturaleza estructural que vayan a estabilizarse, deben estar dotadas presupuestariamente. No obstante, ello no impediría, desde un plano teórico, aplicar la doctrina del TJUE (asunto Grecia, 2021), y, por ello, reintegrar al INF en la plaza. Quiere decirse con ello, que, en el caso de los INF cuya plaza se fuera a ocupar por un funcionario de carrera, esas personas podrían reclamar la recuperación de esa plaza en este momento de transición.

No es difícil comprobar que las tensiones que ha mostrado el Derecho a la hora de reconocer una respuesta u otra a los abusos cometidos por las AAPP en materia de contratación temporal siguen presentes, aunque la normativa jurídica tiende a eliminar la conversión en personal fijo de empleados que no superen los procesos establecidos de acceso al empleo público. Por eso, las últimas normas jurídicas han optado por una indemnización o compensación que, sin embargo, entendemos que no es suficiente, ni sea probablemente validada por el TJUE.

Otra solución, menos polémica con los principios constitucionales que caracterizan el acceso al empleo público en España, aunque también acorde con la doctrina del TJUE⁶⁰, y que podrían adoptar los Tribunales ante supuestos en los que se cese o despida a INF antes de la convocatoria de los procesos que prevé la Ley 20/2021, consistiría en reconocer al INF el derecho a una indemnización tasada y el derecho a la reparación íntegra del daño por la pérdida de oportunidades de empleo en el sector privado o de acceso al empleo público (ya que no es definitivamente clara). Nos estamos refiriendo al posible reconocimiento al INF de la indemnización del despido improcedente (art. 56 ET), a la cual *debería sumársele* otra indemnización por daños morales, en línea con los cánones que postula el Derecho civil; incluso en línea con la reciente jurisprudencia contencioso-administrativa. De esta forma, la doctrina del TJUE sería respetada en el sentido de que se reconocería al INF no sólo la indemnización del despido improcedente -que, por sí sola, no sería apropiada, conforme a la doctrina TJUE- sino también otra indemnización. Al acumularse esta indemnización por daños morales a la del despido improcedente -en su cuantía-, desgajaría a ésta de esa calificación, y por tanto la indemnización final sería específica y disuasoria, tal y como postula el TJUE. Pero las últimas sentencias del TS en torno a esos casos tampoco presagian que los próximos fallos se decanten por esta solución.

Por último, somos de la opinión que la DA 6a que se acordó introducir en la Ley 20/2021, en el sentido de reconocer la potestad de las Administraciones de convocar “con carácter excepcional” concursos a los que podrán concurrir aquellos empleados que hubieran estado ocupando plazas “con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016”,

en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, incluso si se considerase contraria a los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española, si estas normas constitucionales se interpretan en el sentido de que imponen que el acceso a todo empleo público, incluida la contratación laboral, solamente puede producirse después de que el candidato supere un proceso selectivo concurrencial en el que se apliquen los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad? Y añade el Auto: ¿Dado que es posible otra interpretación, que es la seguida por el Tribunal Constitucional, debe aplicarse a las normas constitucionales del Estado el principio de interpretación conforme, de manera que sea obligatorio optar por la interpretación que las hace compatibles con el Derecho de la Unión, en este caso entendiendo que los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución no obligan a aplicar los principios de igualdad, mérito y capacidad a los procesos de contratación de personal laboral.

60 STJUE 7 marzo 2018, asunto C-494/16 (caso Santoro).

es acorde con la doctrina del TJUE en el sentido de proporcionar medidas adecuadas para sancionar el abuso en la contratación temporal en el empleo público, aunque el texto de la disposición no lo exprese tan claramente.

Si bien los cinco años de permanencia exigidos para poder presentarse a esos concursos de méritos extraordinarios se considere un paso adelante en comparación con la versión primigenia del RDL 2021, no entendemos por qué no se ha reducido ese plazo a los 3 años que el TS ha considerado como el plazo “que mejor se adecua” para ocupar una plaza temporal -aunque, en realidad, ni a los 5 años planteados en el acuerdo ni a esta propuesta de 3 años de “permanencia” se le sumará el tiempo que pasen los INF hasta la superación de la convocatoria excepcional de estabilización del empleo temporal de larga duración. El plazo de 3 años, junto a las circunstancias específicas exigidas por el TS (sentencia del Pleno de 28 de junio de 2021), de haber sido incorporadas al texto de la Ley 20/2021, hubieran colaborado a eliminar las lagunas jurídicas que se van a plantear respecto de los INF que pueden ser “cesados” en el tiempo que resta hasta la convocatoria de todas las OPE que deberán ofertarse entre ahora y el 31 de diciembre de 2024.

En definitiva, la propia Ley 20/2021 es, en parte, la prueba más evidente del abuso cometido por la Administración Pública durante demasiados años, así como la evidencia de que no existían ni medidas preventivas de abuso ni medidas sancionatorias efectivas para combatirlo⁶¹. Pero las respuestas acogidas por esta ley no han alcanzado las expectativas generadas, sobre todo por los “damnificados” por el abuso de la temporalidad; sin perjuicio de las críticas que atesora la propia ley, también “ad futurum”⁶².

La pulsión entre esas dos ramas del Derecho, la administrativista y la laboralista, ha estado presente en las páginas anteriores de este trabajo: la pugna entre el respeto al Acuerdo Marco Europeo sobre contratación de duración determinada y la observancia de la Constitución española, las discrepancias entre la jurisprudencia social y la contenciosa, las divergencias entre la doctrina laboral y la administrativa, más proclive la una a atender a las cláusulas y el efecto útil del Acuerdo Marco, mientras la otra se somete a los postulados de la Constitución... todo ello aporta la medida exacta de la difícil solución de este problema.

En cualquier caso, entendemos que la evolución normativa y jurisprudencial en relación con el INF se ha decantado por el reconocimiento al empleado INF de las condiciones del personal *fijo*, bien por la progresiva equiparación de las condiciones laborales que tiene reconocidas el personal fijo (principio de no discriminación en el empleo), bien, indirectamente, a través de las posibilidades que ofrece la Ley 20/2021 de consolidar sus plazas. Este reconocimiento podría verse reforzado por las esperadas sentencias del TJUE que responderán a las diversas cuestiones prejudiciales planteadas sobre la naturaleza jurídica de tipo de personal, aunque las últimas reformas legales no acompañen esta tendencia.

61 En otro sentido, véase Arrieta Idiákez, F.J., “El empleo temporal.”, *op. cit.*, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7572659>

62 Carbonero Redondo J.J., “Interinos y empleo público.”, AL 2/2022, *op. cit.*, p. 10.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA
EL EMPLEO JUVENIL A TRAVÉS DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS
PARA LA OBTENCIÓN DE PRÁCTICA PROFESIONAL

RAQUEL CASTRO MEDINA
Universidad de Málaga

1. Introducción: contexto laboral de los jóvenes en España
2. Naturaleza jurídica del contrato tras la Reforma Laboral
3. Requisitos de la contratación y otras cuestiones de interés
4. Notas finales
5. Bibliografía

RESUMEN

Como es sabido, la precariedad y las dificultades de acceso al empleo a las que nos enfrentamos los jóvenes españoles han adquirido un carácter estructural en nuestro mercado de trabajo. Durante los últimos años, la tasa de desempleo que venimos sufriendo los menores de 25 años en nuestro país se ha mantenido muy por encima de la media europea. Además, la temporalidad de los contratos y, por tanto, el escaso índice de incorporación a empleos estables con mejores condiciones recrudecen enormemente esta realidad. Los contratos formativos y los contratos en prácticas fueron acogidos como posibles soluciones ofertadas por el Derecho del Trabajo destinadas a atajar algunas de las mencionadas dolencias que sufre el mercado laboral español respecto al empleo juvenil.

Desde sus inicios, el contrato en prácticas fue ideado para facilitar una adecuada transición o enlace entre la etapa formativa y el empleo, incentivando a las empresas a acoger personas jóvenes dispuestas a adquirir los beneficios derivados de la actividad profesional asociada a su formación. En este sentido, el art. 11.1 a) del Estatuto de los Trabajadores subraya que el puesto de trabajo deberá posibilitar la obtención de una práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursados. Igualmente, junto con esa finalidad formativa, puede ser entendido como un contrato de inserción laboral a través del cual se accede a un primer empleo. No obstante, si bien este tipo de medidas pueden resultar beneficiosas a la hora de promover la contratación de personas jóvenes, también incentivan una fórmula de empleo precario que impide avanzar en la mejora de la calidad del mismo para este sector poblacional

PALABRAS CLAVE

Desempleo juvenil, contrato en prácticas, requisitos para la contratación, reforma laboral.

1. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO LABORAL DE LOS JÓVENES EN ESPAÑA

Desde que la crisis financiera internacional golpeará implacable a nuestro país provocando el estallido de la burbuja inmobiliaria, las deficiencias estructurales acarreadas por el modelo productivo español emergieron, evidenciando consecuencias devastadoras para la creación y el mantenimiento del empleo¹. No obstante, si bien los efectos asociados a la inestabilidad financiera provocaron consecuencias devastadoras en todos los sectores poblacionales, es sabido que el impacto laboral de la crisis afectó con mayor dureza a determinados puestos de trabajo ocupados por las cohortes más jóvenes. Así pues, la destrucción de empleo se concentró mayoritariamente en ocupaciones de baja cualificación, elevada temporalidad y poca productividad que dependían casi por completo de las variaciones provocadas en la oferta y la demanda. Se trataban, además, como decimos, de puestos que por sus características propias contaban con una gran representación de personas jóvenes de escasa formación académica. Es decir, la vulnerabilidad de este grupo de trabajadores que se habían sumado a la población activa en la etapa anterior de expansión económica venía determinado, entre otros factores, por la elevada precariedad laboral debido a la presencia de una alta temporalidad en el empleo².

Llegados a este punto, conviene recordar que, si bien todo tipo de desempleo supone, para la economía del país que lo sufre, un problema socio-económico de primer orden, la masiva incorporación de jóvenes españoles a las cifras de población en paro generó, inevitablemente, una preocupación adicional que se mantiene en el presente. De hecho, tal es la importancia de tener un empleo, no solo para las propias personas individualmente sino para la colectividad en sí que las sociedades contemporáneas donde se ha conseguido labrar un Estado de Bienestar dependen, para su supervivencia, del fomento de la plena inserción laboral de sus ciudadanos. Solo así, conseguirán la movilización de los recursos que, a su vez, desde la confianza depositada en las instituciones por individuos se podrán poner de nuevo a disposición del grupo³.

A su vez, la gran variedad de problemas sociales que deja tras de sí el desempleo fomenta el riesgo de sufrir exclusión social, ya no solo para aquellos que están desempleados, sino también para todos aquellos que formamos parte del Estado de Bienestar, especialmente en el desarrollo de su función integrativa⁴. Por lo tanto, en la media en la que nuestro mercado de trabajo no sea capaz de incorporar a nuevos trabajadores jóvenes en condiciones óptimas, la construcción de un futuro económico y social próspero para el país corre un riesgo cierto.

Además, en cuestión de unos pocos meses, la pandemia provocada por el COVID-19 ha pasado de ser una crisis de salud pública a una gran crisis económica y laboral cuyo alcance aún se está por ver. De hecho, las cifras de desempleo juvenil en España no es que puedan ser calificadas como preocupantes, sino que comienzan a ser más que trágicas. Según datos proporcionados

1 FERNÁNDEZ NAVARRETE, D., “La crisis económica española: Una gran operación especulativa con graves consecuencias” *Estudios Internacionales*, vol.48, n° 183, 2016.

2 ROCHA, F. Y ARAGÓN, J., “La crisis económica y sus efectos sobre el empleo en España” *Gaceta Sindical*, vol. 19, 2012.

3 ARRAZOLA, M., GALÁN, S. Y HEVIA, U., “Desempleo juvenil en España: situación, consecuencias e impacto sobre la vida laboral de los adultos”, *Papeles de economía española*, n° 156, 2018.

4 GARCÍA MORENO, J. Y MARTÍNEZ MARTÍN, R., “El aumento de la reserva de mercado. Riesgos de exclusión social como consecuencia del desempleo juvenil”, en: GIMÉNEZ RODRÍGUEZ, S. Y TARDIVO, G. (Coords) *Proyectos sociales, creativos y sostenibles*. Toledo: ACMS, 2013

por la Oficina Europea de Estadística⁵ en nuestro país, a fecha de 21 mayo del presente año, había la escandalosa cantidad de quinientos mil jóvenes parados. A pesar de ello, España, afortunadamente, abandonó la primera posición en el ranking de países con mayor tasa de desempleo juvenil dentro de la Unión Europea, lugar que, a día de hoy, ocupa Grecia.

En cualquier caso, las dificultades entre la transición trabajo- escuela se ha convertido en un elemento a tener en cuenta para las políticas destinadas a la integración de los jóvenes españoles en el mercado de trabajo. Numerosos estudios han dedicado sus esfuerzos en analizar tal situación agravada por la reducción de las ofertas de trabajo y la precariedad laboral. Igualmente, la falta o escasa experiencia laboral supone también un gran obstáculo al propiciar la continuidad de ese círculo vicioso del que es tan complicado salir. Los jóvenes sin duda quieren trabajar, otorgan gran importancia al hecho de tener un empleo, no solo por su carácter instrumental sino como aspecto que permite la creación de identidad, la interacción, el desarrollo personal y un largo etcétera⁶. Es más, el desempleo en edades tempranas va a influenciar, en cierta medida, la empleabilidad en un futuro de las personas puesto que se pueden llegar generar patrones inadecuados de comportamiento laboral. Y, es que, lamentablemente, la probabilidad de que una persona continúe en paro disminuye con la edad y con su nivel educativo, en especial en los ciclos recesivos.

2. NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD DEL CONTRATO TRAS LA REFORMA LABORAL

En el apartado anterior hemos tenido la posibilidad de revisar algunas de las carencias arrastradas por el mercado laboral de nuestro país y las deficiencias estructurales del mismo a la hora de enfrentarse a las crisis económicas precedentes. Como decimos, las preocupantes cifras de destrucción y pérdida de puestos de trabajo son un fiel reflejo de tales deficiencias, las cuales afectan con mayor crudeza a determinados grupos poblacionales empleados a través de determinadas fórmulas contractuales. Igualmente, es bien sabido que la traumática experiencia provocada por la pandemia del COVID-19 ha contribuido de sobremanera a visibilizar tales faltas forzando una revisión exhaustiva de nuestras normas laborales. Fruto de todo ello, nace la esperada Reforma Laboral con el objetivo de corregir, entre otras cuestiones, la excesiva temporalidad procurando romper esa constante destrucción sistemática de empleo en cada crisis.

En esta línea la reforma aboga por simplificar y reordenar las modalidades de contratación laboral diseñando nuevos tipos de contratos. Con esta iniciativa el legislador aspira diseñar una realidad en la que los contratos indefinidos superen a los contratos temporales. Para ello otorga un carácter meramente causal a los últimos condenando la utilización excesiva de esta figura. De forma similar tales directrices afectan, indudablemente, a la regulación anterior de los contratos formativos que van a ver reforzada, al menos sobre el papel, su vertiente más significativa como un elemento idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral.

5 EUROSTAT. Desempleo euro área, mayo 2021 [Online] obtenido del enlace web:

<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/11563151/3-01072021-AP-EN.pdf/a99763ae-8bcf-33cb-0be8-adb9943cb9ca?t=1625127399537>

6 GARCÍA MORENO, J. Y MARTÍNEZ MARTÍN, R. “El aumento de la reserva de mercado. Riesgos de exclusión social como consecuencia del desempleo juvenil”, en: GIMÉNEZ RODRÍGUEZ, S. Y TARDIVO, G. (Coords) *Proyectos sociales, creativos y sostenibles*. Toledo: ACMS, 2013

Conviene señalar que, hasta la publicación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, los contratos formativos contemplados en la anterior redacción del art. 11 Estatuto de los Trabajadores -en adelante ET- estaban constituidos por el contrato en prácticas, el contrato para la formación y el aprendizaje y el contrato para la formación dual universitaria. Actualmente, a partir de la nueva redacción del mencionado precepto pasan a ser exclusivamente dos: el contrato de formación en alternancia y el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional. El primero viene a sustituir y unificar el contrato de formación y aprendizaje y el contrato para la formación dual universitaria, mientras que el segundo viene a sustituir al anterior contrato en prácticas. Una vez aclarada esta cuestión de vital importancia trataremos a continuación algunos de los aspectos más relevantes del ahora denominado contrato formativo para la obtención de la práctica profesional.

Ante todo, resulta necesario subrayar lo evidente y no es más que, a pesar de que son numerosas las características que comparten, es notorio se alejan en otros muchos aspectos como son el objeto, los destinatarios, la finalidad y la formación o la titulación específica previa como requisito exigible o no de acceso a las mismas. Así por ejemplo, en concreto, el anterior denominado contrato en prácticas, a diferencia del contrato para la formación y el aprendizaje, no impone a la empresa ningún tipo de obligación formativa específica para el trabajador⁷. De igual forma, difieren también en sus inicios puesto que el diseño y regulación actual del formativo para la obtención de la práctica profesional remonta sus orígenes al año 1976 con el contrato para la formación de estudiantes que, posteriormente, se incluyó en la redacción del ET de los años ochenta, así como en normativa específica que permitió el desarrollo particular de la materia. Mientras que, por su parte, fue el “Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo” de 1997 el que forzó afrontar las elevadas tasas de desempleo juvenil con medidas específicas centradas en completar el aprendizaje y fomentar su práctica a través de los antiguamente conocidos contratos para la formación y el aprendizaje.

En cuanto a la finalidad, si bien fácilmente podemos llegar a la conclusión de que la causa propia del contrato de trabajo ordinario no es otra que el intercambio de un esfuerzo intelectual y/o físico para conseguir un salario, determinar el fundamento de los contratos formativos, y en especial la de los contrato formativo para la obtención de la práctica profesional, resulta mucho más complejo. Y, es que, ciertamente, debemos añadir a la ecuación la adquisición de conocimientos derivados de la misma práctica profesional⁸. En este sentido, el Tribunal Supremo, a través de la STS de 29 de diciembre de 2000, se pronunció reafirmando que el propósito del mencionado contrato es si pasa por facilitar dicha práctica con el objetivo de perfeccionar los conocimientos adquiridos durante la etapa educativa.

Además, ese elemento adicional, que no es otro que la finalidad formativa, se traduce para el empresario en la indiscutible obligación de facilitar al trabajador un puesto adecuado conforme a su nivel de estudios o formación. Para ello, deberá existir una razonable - que no necesariamente absoluta - correspondencia entre la actividad profesional para cuyo desempeño se contrata al trabajador y la titulación habilitante. En esta línea, la doctrina jurisprudencial viene aportando dos posibles interpretaciones encaminadas a disipar algunas de las dudas que pudiesen surgir al

7 TÁRREGA ALTÉS, J., GARCÍA TESTAL, E., “El uso de las modalidades contractuales como medida de fomento del empleo juvenil y prolongación de la vida laboral.” *Revista de información laboral*, nº 2, 2015.

8 NIEVES NIETO, N., “El contrato en prácticas”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 167, 2014.

respecto. Por un lado, la postura más rígida mantiene que solo se podrá contratar a través de esta modalidad a aquellas personas poseedoras de un determinado título facultativo para el puesto en concreto mientras que, por otro lado, un entendimiento más flexible permitiría que el trabajador contara con ciertos conocimientos teóricos aplicables en el desempeño del puesto aunque no fuera necesaria titulación alguna⁹ de forma que sería posible declarar la validez del contrato basándonos en la pretensión de que la actividad a realizar pueda contribuir al ejercicio efectivo de las competencias teóricas.

Siguiendo esta última postura, la STSJ de Andalucía de 7 de octubre de 1994 estipula que para la formalización de estos contratos se “requerirá la realización de unos estudios de carácter dogmático o teórico que habiliten para una profesión socialmente vinculada a una capacitación previa, y que sean expedidos por aquellos centros u organismos oficialmente homologados al efecto luego de la superación de unas pruebas”. Si prestamos atención a la anterior redacción del art. 11.1 del ET, este hecho quedaba algo en el aire al señalar que “el contrato de trabajo en prácticas podrá concentrarse con quienes estuvieren en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, [...], que habiliten para el ejercicio profesional” puesto que, tal enunciado ha dado lugar a que algunos autores consideren oportuno adaptar la redacción del art. 11.1 ET añadiendo tras “que habilite para el ejercicio profesional” la expresión “o capacite profesionalmente en los términos previstos en la normativa universitaria o de formación profesional”¹⁰. Dicho lo cual, tras la reforma, tales consideraciones han sido escuchadas por el legislador y concretadas en el presente art. 11.3 ET.

Paralelamente, como apuntábamos, el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional también está diseñado en cierta medida para aliviar a aquellos jóvenes titulados que carecen de experiencia profesional el gran obstáculo que supone este hecho a la hora de acceder al mercado laboral. Según palabras del Tribunal Supremo “lo que se trata de lograr no es la comprobación por el empresario de la idoneidad profesional del trabajador, [...], sino la adquisición por el contratado de una práctica profesional que mejore su nivel formativo y su posición en el mercado de trabajo” (STS, 29 de Octubre de 1996, fundamento de derecho segundo). De ello, se deduce que no solo se persigue adquirir una primera experiencia profesional, sino que también busca la mejora de las competencias académicas mediante su parte más práctica.

No obstante, en los últimos años, dadas las altas tasas de desempleo juvenil, esta modalidad contractual se ha visto avocada a servir como un instrumento puramente de inserción laboral, no solo por las posibilidades que ofrece a la hora de incrementar la empleabilidad de los trabajadores mediante la integración en su formación, sino por la oportunidad de proporcionar, como decimos, esa primera experiencia laboral. De esta forma, la finalidad formativa llega a mezclarse con la inminente necesidad de mitigar la falta de experiencia de los recién titulados a través de la celebración de contrato que les permita adquirir esa primera experiencia e insertarse en el mercado laboral.

9 MONTESINOS ALBIOL, I., “Contratos formativos: prácticas y aprendizaje.”, Tirant lo Blanch, 1994.

10 FERNÁNDEZ DÍAZ, P., *Los contratos formativos en prácticas*. Tesis Doctoral. Universidad de Cádiz, 2012.

3. REQUISITOS DE LA CONTRATACIÓN Y OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS

En primer lugar, pesar de que se pueda llegar a pensar que por parte del empresario no es necesario cumplir con ningún requisito o condición especial para realizar este tipo de contratos, la realidad es que la empresa está obligada a ofrecer un puesto de trabajo adecuado al nivel de estudios cursados por el trabajador. Ello implica, tanto la adscripción del recién titulado a una determinada categoría profesional acorde con su formación, como el ejercicio de actividades vinculadas a la misma. El problema en el cumplimiento de este requisito se deja ver en que no siempre va a ser tan sencillo concretar tales actividades teniendo en cuenta tanto la mayor o menor especificidad de las titulaciones o la necesidad funcional de realizar tareas marginales de poca responsabilidad¹¹.

Por otra parte, a colación de lo anterior, surge la necesidad de cuestionarse qué debemos entender como puesto de trabajo dado que, salvo previsión de lo estipulado en un convenio colectivo si lo hubiera, puede quedar al amparo de múltiples y diversas interpretaciones. Lo cual supondría abrir la veda para la concatenación de contratos en la misma empresa con un mismo trabajador en virtud de diferentes titulaciones o certificados de profesionalidad¹².

No obstante, y a pesar de que se pueda llegar a generar cierta desconfianza según lo expuesto, en principio tanto la inexistencia de titulación como la insuficiencia o la nula correspondencia entre esta y la actividad profesional a desempeñar, darán lugar a que el contrato se entienda por celebrado por tiempo indefinido¹³ por incurrir en las causas del art. 15.4 ET, el cual establece que “las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas”. A sensu contrario se tendrán por válidos los contratos para la obtención de la práctica profesional en los que la titulación les permitiera desempeñar las funciones, no siendo sustancial tener una titulación que sólo autorizare realizar funciones propias y exclusivas de la misma. Y, de igual forma, también se considerarían excluidas de la calificación de fraude de ley la contratación destinada a la realización de una actividad cuando, a pesar de la posibilidad del trabajador de realizar tareas de mayor autonomía o responsabilidad, estas estén incluidas en el ámbito de la titulación habilitante. Por ejemplo, no se incurriría en fraude en el caso de una abogada junior que prestó sus servicios con anterioridad como becaria, pasante o asesora jurídica para otros despachos de abogados cuando las funciones a desempeñar durante el contrato en prácticas le proporcionen la oportunidad de adquirir una experiencia profesional más amplia¹⁴. En cualquier caso, la empresa deberá elaborar un plan formativo individual especificando el contenido de la práctica profesional y la asignación de un tutor o tutora que cuente con la formación o experiencia adecuadas para el seguimiento de dicho plan que deberá aportarse con el contrato de trabajo.

Cabe recordar llegados a este punto que, ni el anterior art. 11.1 ET ni el actual art. 11.3 ET, hacen referencia a la realización anterior por parte de dicho trabajador de las tareas que se le encomienda. Lo cual implica que el fin último de este tipo de contratación queda viciado, puesto

11 LÓPEZ ÁLVAREZ, M. “Contrato y relaciones laborales especiales” en MOLERO MANGLANO, C., (Coord) Manual de derecho del trabajo. Tirant lo Blanch, 2003.

12 MORENO MÁRQUEZ, A., “Los contratos formativos” *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 107, 2010.

13 TÁRREGA ALTÉS, J., GARCÍA TESTAL, E., “El uso de las modalidades contractuales como medida de fomento del empleo juvenil y prolongación de la vida laboral.” *Revista de información laboral*, nº 2, 2015.

14 STSJ Cataluña 297/01/ 2016

que con él lo pretendido es la adquisición de una práctica profesional que el sujeto no posee. Por esta razón, y a pesar del silencio legislativo, la jurisprudencia reconoce el fraude de ley en aquellos supuestos en el que empresario le consta que el trabajador cuenta con esos conocimientos prácticos que el puesto ofertado le debería aportar por haberla prestado con anterioridad en la empresa¹⁵.

No obstante, lo que si se establece sin lugar a dudas en la nueva redacción del art. 11.3 ET es que en ningún caso un mismo trabajador podrá ser contratado por la misma empresa para ocupar el mismo puesto de trabajo aunque se celebre en base a distinta titulación o certificado profesional teniéndose en cuenta a estos efectos que los los títulos de grado, master o doctorado correspondiente a los estudios universitarios no se considerarán la misma titulación, salvo que al ser contratado por primera vez ya estuviera en posesión del título superior de que se trate. Del mismo modo, tampoco se permite al empresario celebrar un contrato de estas características con un trabajador que ya ocupo ese puesto por un tiempo superior a la duración máxima fijada por la ley o por convenio¹⁶ aun cuando su causa pueda quedar amparada en base a una distinta titulación o certificado profesional.

En segundo lugar, dejando de lado los requerimientos asociadas al empresario y al puesto de trabajo, la normativa le exige al trabajador dos cuestiones: a) estar en posesión la titulación o certificado de profesionalidad que se le requiera y b) que el contrato conforme al que se va a obligar se celebre dentro de los tres años siguientes a la finalización de sus estudios, o cinco si el trabajador tiene discapacidad¹⁷.

Como vemos, a diferencia del contrato de formación en alternancia, esta modalidad contractual no impone un límite de edad, ya que presupone que aquellos que han concluido sus estudios tiene derecho a ser contratado en prácticas. Lo que si resulta preciso es prestar atención a la fecha a partir de la cual se van a dar por terminados los estudios. Esto es, el cómputo de años va a comenzar a correr desde que el alumno supere la última prueba y no desde la expedición del título oficial que puede ser muy posterior a los mismos. En cambio, en el caso de haber cursado estudios en el extranjero, dicho cómputo se efectuará desde la fecha de reconocimiento u homologación del título en nuestro país por disposición del art. 1 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el art. 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos.

Pese a todo, este último requisito se vio afectado temporalmente por las disposiciones contenidas en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Ya desde ese primer momento, la reforma de 2010 afianzo sobre el elemento formativo la finalidad de inserción laboral procurando la ampliación del límite de edad a los 25 años. Poco tiempo después, la reforma de 2011 permitió su celebración incluso con personas

15 TÁRREGA ALTÉS, J., GARCÍA TESTAL, E., “El uso de las modalidades contractuales como medida de fomento del empleo juvenil y prolongación de la vida laboral.” *Revista de información laboral*, nº 2, 2015.

16 En lo referente a la duración, esta no podrá ser inferior a 6 meses ni superara el año. Sin embargo, respetando estos límites los convenios colectivos sectoriales podrán concretar su duración, atendiendo a las características del sector y las prácticas a realizar.

17 Con la reforma se reduce el número de años que pueden transcurrir desde que la persona termina su formación hasta la celebración de este tipo de contratos. Antes de las modificaciones efectuadas los contratos en prácticas podían concretarse dentro de los cinco años siguientes o siete si el trabajador era una persona con discapacidad.

mayores de 25 y menores de 30 aunque solo hasta el 31 de diciembre de 2013. Y posteriormente, en el año 2013, mediante la Disposición Transitoria primera del art. 13.1 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo quedó validada la opción de celebrar un contrato en prácticas con trabajadores menores de 30 años siempre que la tasa de desempleo superase el 15%, aun cuando haya transcurrido el plazo límite de cinco o siete años. Criterio que fue calificado como impreciso al no queda claramente determinado si la tasa de desempleo se identifica con el paro registrado o con el paro estimado por la EPA¹⁸.

De igual forma, esta medida, cuando se introdujo por el Real Decreto-Ley 4/2013 parecía estar destinada a los jóvenes titulados que no habían accedido previamente a un empleo. Sin embargo, nada se decía sobre si había de cumplirse el hecho de haber disfrutado o no previamente de un empleo vinculado al título o si se utilizaba un concepto inclusivo obviando contrataciones previas de duración inferior a los tres meses. En cualquier caso, el nombrado art. 13 sobre incentivos a los contratos en prácticas queda derogado por la disposición derogatoria única 2.b) del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

Tras los numerosos intentos del legislador por ir adaptando los requisitos contractuales a las necesidades de los trabajadores más jóvenes, así como a la situación del mercado laboral, la mayoría de la doctrina no ha calificado el resultado de forma positiva, puesto que se ha llegado a desnaturalizar la auténtica finalidad formativa del contrato generando incluso un cierto fraude en su uso, debido fundamentalmente al carácter temporal y a su menor retribución. Asimismo, aunque las mismas reformas han pretendido controlar ese posible fraude lo cierto es que, en la actualidad, es uno de los contratos más utilizados para el comienzo de la vida laboral de los recién titulados¹⁹.

Finalmente señalar que la retribución para este tipo de contratos vendrá determinada por la norma convencional que le sea de aplicación, o en su defecto, la del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas. Sobre este particular, la reforma da lugar a cierta ambigüedad. De hecho, aun partiendo que la retribución prevista por el convenio colectivo para los contratos de formación en alternancia no puede ser inferior al 60 por ciento del salario correspondiente a las funciones realizadas en el primer año y el 65 por ciento en el segundo año y que el contrato para la obtención de la práctica profesional tiene una duración máxima de un año, la norma no deja del todo claro si para el caso de contratos formativos para la obtención de la práctica profesional la cuantía mínima deberá respetar el límite del 60 o el 65 por ciento. De cualquier forma, en ningún caso, esta podrá quedar por debajo del salario mínimo interprofesional teniendo en cuenta a tal efecto la proporción referida al tiempo de trabajo desempeñado. Además, en esta línea, es necesario subrayar que las personas contratadas bajo esta modalidad no podrán trabajar horas extraordinarias salvo en caso de fuerza mayor aunque, por el contrario nada se dice sobre la posibilidad o no de realizar horas complementarias o trabajo nocturno.

18 TÁRREGA ALTÉS, J., GARCÍA TESTAL, E., “El uso de las modalidades contractuales como medida de fomento del empleo juvenil y prolongación de la vida laboral.” *Revista de información laboral*, n° 2, 2015.

19 PÉREZ GUERRERO, L. “Contrato de trabajo en prácticas en la ley 11/2013 y la estrategia de emprendimiento y empleo joven” en Gómez Domínguez, D. y Arévalo Quijada, M. *La estrategia de emprendimiento y empleo joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*. Bomarzo, 2013.

3. NOTAS FINALES

La finalidad de los contratos formativos para la obtención de la práctica profesional es poner a disposición los recién titulados la posibilidad de optar a una práctica profesional adecuada con el nivel de estudios que hayan cursado. Por lo tanto, lo que persigue es dar al trabajador una formación práctica una vez concluida su etapa académica. De ahí que este pensado para aquellas personas en posesión de un título habilitante (universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes) y, que en ningún caso, haya transcurrido más de tres años de su finalización, o cinco si la persona trabajadora tiene alguna discapacidad.

Además, junto con esa finalidad formativa, hemos tenido la oportunidad de estudiar cómo con el transcurso tiempo, el papel integrador de estos contratos se ha ido imponiendo llegando a ser el elemento más cotizado. La falta de experiencia profesional dificulta enormemente la entrada en el mercado laboral y, en este sentido los contratos en prácticas han resultado ser un instrumento facilitar en la transición etapa formativa- etapa laboral. En este sentido, cabría preguntarse si realmente la realidad es esa o, si por el contrario los jóvenes españoles aceptan este tipo de contratos como puente para buscar un mejor empleo en tanto que las empresas fomentan la celebración de los mismos como forma de reducir sus costes laborales. Ciertamente, la reforma laboral es ambiciosa en su objetivo por combatir esta situación procurando frenar la alta temporalidad de las contrataciones mediante una reformulación de los contratos formativos y sus requisitos.

En cualquier caso, el alcance o cobertura de los contratos formativos es muy bajo en relación con la población desempleada, según el informe “Principales datos de evolución de los contratos formativos” los datos actualizados para 2019 y 2020 evidencia que tan solo un 5% sobre el total de personas desempleadas menores de 25 años son contratados en prácticas, teniendo en cuenta a los jóvenes menores de 30 años que cuentan con estudios superiores o de formación secundaria. En el año 2019 se celebraron 82.476 contratos en prácticas, mientras que en 2020 tan solo 51.387 dada la evolución del mercado laboral y la preocupante situación económica que estamos viviendo.

4. BIBLIOGRAFÍA

ARRAZOLA, M., GALÁN, S. Y HEVIA, U., “Desempleo juvenil en España: situación, consecuencias e impacto sobre la vida laboral de los adultos”, *Papeles de economía española*, n° 156, 2018.

EUROSTAT. Desempleo euro área, mayo 2021 [Online] obtenido del enlace web: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/11563151/3-01072021-AP-EN.pdf/a99763ae-8bcf-33cb-0be8-adb9943cb9ca?t=1625127399537>

FERNÁNDEZ DÍAZ, P., *Los contratos formativos en prácticas*. Tesis Doctoral. Universidad de Cádiz, 2012.

GARCÍA MORENO, J. Y MARTÍNEZ MARTÍN, R. “El aumento de la reserva de mercado. Riesgos de exclusión social como consecuencia del desempleo juvenil”, en: GIMÉNEZ RODRÍGUEZ, S. Y TARDIVO, G. (Coords) *Proyectos sociales, creativos y sostenibles*. Toledo: ACMS, 2013

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
EL EMPLEO JUVENIL A TRAVÉS DE LOS CONTRATOS
FORMATIVOS PARA LA OBTENCIÓN DE PRÁCTICA
PROFESIONAL

461

LÓPEZ ÁLVAREZ, M. “Contrato y relaciones laborales especiales” en MOLERO MANGLANO, C., (Coord) Manual de derecho del trabajo. Tirant lo Blanch, 2003.

MONTESINOS ALBIOL, I., “Contratos formativos: prácticas y aprendizaje.”, Tirant lo Blanch, 1994.

MORENO MÁRQUEZ, A., “Los contratos formativos” *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n° 107, 2010.

NIEVES NIETO, N., “El contrato en prácticas”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo n° 167, 2014.

PÉREZ GUERRERO, L. “Contrato de trabajo en prácticas en la ley 11/2013 y la estrategia de emprendimiento y empleo joven” en Gómez Domínguez, D. y Arévalo Quijada, M. *La estrategia de emprendimiento y empleo joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*. Bomarzo., 2013.

ROCHA, F. Y ARAGÓN, J., “La crisis económica y sus efectos sobre el empleo en España” *Gaceta Sindical*, vol. 19, 2012.

TÁRREGA ALTÉS, J., GARCÍA TESTAL, E., “El uso de las modalidades contractuales como medida de fomento del empleo juvenil y prolongación de la vida laboral.” *Revista de información laboral*, n° 2, 2015.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA
EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE MANO DE OBRA EN CUBA: CAUSA,
CARACTERIZACIÓN Y CONFIGURACIÓN LEGAL

SANDYS MENOYA ZATAS¹

Doctor en Ciencias Económicas y Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Pinar del Río, Cuba

1. Introducción
2. Definiciones relacionadas con la concepción de contrato de suministro de fuerza de trabajo
 - 2.1. Agencia de colocación, servicio de empleo e intermediación laboral
 - 2.2. Contrato de trabajo
 - 2.3. Empresa de trabajo temporal y contrato de puesta a disposición
 - 2.3.1. Derechos y deberes de la empresa de trabajo temporal
 - 2.3.2. Derechos y deberes de la empresa usuaria
3. El contrato de suministro de fuerza de trabajo en Cuba
 - 3.1. Definición
 - 3.2. Causa
 - 3.3. Configuración legal
 - 3.4. Caracterización
 - 3.4.1. Concepción y rol de la entidad empleadora
4. Consideraciones para su perfeccionamiento de lege ferenda
5. A manera de cierre
6. Referencias
 - 6.1. Bibliográficas
 - 6.2. Legales

¹ Beneficiario de una beca posdoctoral de la AUIP (noviembre 2021- febrero 2022) en la Universidad de Málaga, en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, bajo la supervisión del Dr. D. Antonio Márquez Prieto, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

EN RELACIÓN CON LA PONENCIA GENERAL

Contratos temporales causales.

RESUMEN

El *contrato de suministro de mano de obra* en el contexto jurídico-normativo cubano es aquel mediante el cual una entidad empleadora cubana creada por el Estado, facilita a solicitud de un sujeto empresarial de inversión extranjera los trabajadores que necesite, los cuales formalizan su relación de trabajo con la entidad empleadora y no con las empresas usuarias, lo que resulta en un supuesto típico de relación laboral triangular. Esta comunicación tiene como objetivo caracterizar dicho contrato de suministro de mano de obra, como elemento central de las relaciones laborales que se establecen en el sector de inversión extranjera en Cuba. Para ello se hace un estudio de su causa, como aspecto de materialización contractual de la prestación de servicios a las empresas extranjeras por parte de la mano de obra suministrada; de su configuración legal o régimen jurídico *sui generis*; y de su caracterización, con énfasis en el rol de la entidad empleadora en el proceso de intermediación laboral, determinando si esta funge como una empresa de trabajo temporal que cede mano de obra y crea un mercado de trabajo *ad hoc* de forma permanente; o si puede concebirse como una agencia de colocación que actúa de manera puntual.

PALABRAS CLAVE

Agencia de colocación, contrato de suministro de mano de obra, entidad empleadora, intermediación laboral, relación laboral triangular

1. INTRODUCCIÓN

La atracción de inversión extranjera constituye una prioridad para el Estado cubano, reafirmada en los documentos programáticos aprobados por el 7° Congreso del Partido Comunista de Cuba en 2016 -dígase los Lineamientos de Política Económica y Social, la Conceptualización del Modelo de Desarrollo Sostenible y el Plan Nacional de Desarrollo Económico Social hasta el año 2030-, y más recientemente en la proyectada estrategia para enfrentar la crisis generada por la COVID-19, en medio de un contexto de ordenamiento económico, financiero, monetario y cambiario; y de recrudescimiento del bloqueo estadounidense contra la Isla, entre otras cuestiones que impactan a esta esfera. Desde una perspectiva laboral y según cifras divulgadas por el Ministerio de Comercio Exterior e Inversión Extranjera de Cuba, actualmente hay más de 40 000 trabajadores en Cuba empleados en las distintas modalidades de inversión extranjera reguladas por el Estado.²

Con el auge de la inversión extranjera y la radicación en el país de sucursales de sociedades mercantiles extranjeras, se consideró necesario establecer un control en la asignación de fuerza de trabajo en tales ámbitos, dando paso a la ampliación de la concepción de la entidad empleadora existente en el país, con el propósito de centralizar el proceso de redistribución de la fuerza de trabajo al corresponderles el rol de intermediación laboral entre los trabajadores asignados y la entidad con capital extranjero solicitante de sus servicios.

Aparece así la figura jurídica contractual del *contrato de suministro de mano de obra* en el contexto jurídico-normativo cubano, mediante el cual se revistieron las relaciones laborales triangulares entidad empleadora cubana - empresa usuaria con capital extranjero - trabajadores. Con mayor precisión, en predios cubanos se ha denominado *contrato de suministro de fuerza de trabajo*, y precisamente la presente ponencia tiene como objetivo caracterizar dicho contrato de suministro de mano de obra, como elemento central de las relaciones laborales que se establecen en el sector de inversión extranjera en Cuba. Para ello se hace un estudio de su causa, como aspecto de materialización contractual de la prestación de servicios a las empresas con capital extranjero por parte de la mano de obra suministrada; de su configuración legal o régimen jurídico *sui generis*; y de su caracterización, con énfasis en el rol de la entidad empleadora en el proceso de intermediación laboral, determinando si esta funge como una empresa de trabajo temporal que cede mano de obra y crea un mercado de trabajo *ad hoc* de forma permanente; o si puede concebirse como una agencia de colocación que actúa de manera puntual. En la lógica discursiva seguida, se parte de las definiciones que comparten algún grado de intimidad con el concepto de contrato de suministro de fuerza de trabajo, tales como las de agencia de colocación y empresa de trabajo temporal, con énfasis en las instituciones básicas de contrato de trabajo y contrato de puesta a disposición, las cuales sirven de basamento teórico para delimitar los aspectos antes señalados en relación con el contrato de suministro de fuerza de trabajo en Cuba y su conexión con la estructura mercantil de la entidad empleadora. Como resultado se plantean algunas ideas de cara a su perfeccionamiento de *lege ferenda*.

2 A tenor de lo estipulado por la Ley de Inversión Extranjera en Cuba, las inversiones extranjeras pueden tomar la forma de sociedades anónimas de derecho cubano con capital totalmente extranjero (caso muy poco frecuente), de empresas mixtas (sociedades anónimas con capital compartido, normalmente al 50%), o de contratos de asociación económica internacional (no se crea una nueva persona jurídica, ya que cada uno de los socios mantiene la suya propia). En todos los casos, el socio cubano siempre será el Estado a través de una de sus empresas. Las autorizaciones se otorgan por un periodo limitado de tiempo al cabo del cual pueden renovarse o liquidarse.

2. DEFINICIONES RELACIONADAS CON LA CONCEPCIÓN DE CONTRATO DE SUMINISTRO DE FUERZA DE TRABAJO

Para el desarrollo de este apartado, me he basado en el método de derecho comparado, al establecer un paralelismo entre instituciones, definiciones y rasgos presentes en los ordenamientos jurídicos de Cuba y España, tocantes al proceso de intermediación laboral. En este sentido, parto del entendido de que existen determinadas semejanzas entre las empresas de trabajo temporal y agencias de colocación españolas y las entidades empleadoras intervinientes en el desarrollo de la inversión extranjera en Cuba. A partir de este supuesto inicial, es posible considerar *a priori* que las instituciones que tipifican el sistema de relaciones laborales para las cuales estos entes fueron concebidos en uno u otro ordenamiento, también gozan de similitudes apreciables, o sea, me refiero en esencia al contrato de puesta a disposición (España) y al contrato de suministro de fuerza de trabajo (Cuba), cuyo estudio permitirá arribar a conclusiones con respecto a los elementos de este último instrumento que se han previsto en el objetivo de esta investigación.

2.1. Agencia de colocación, servicio de empleo e intermediación laboral

Según Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia (2018), “la acepción de colocación como proceso o conjunto de actividades en el estadio previo al contrato de trabajo ha sido en los últimos años la prevalente en los estudios jurídicos y de relaciones laborales” (p. 483); pero en el caso español la Ley de Empleo (LEm) emplea el vocablo “colocación” en el sentido de acceso al trabajo y designa el proceso de colocación con la expresión “intermediación laboral” (p. 484), a tenor del artículo 31 (“*La intermediación laboral es el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación.*”), que es también el sentido con que lo entendemos en el presente trabajo.

Desde la perspectiva de quienes comparecen en el mercado de trabajo, la colocación puede analizarse como un problema de información y comunicación. En primer lugar, sobre la existencia de ofertas (o demandas) de empleo que puedan convenir, y sobre los posibles candidatos (o puestos de trabajo) disponibles para su cobertura u ocupación; y en segundo lugar, sobre las características concretas del puesto de trabajo ofrecido y de los distintos trabajadores que pueden estar interesados en ocuparlo.

Dada la posible insuficiencia de los instrumentos informativos sobre la existencia de ofertas y demandas de empleo en determinados segmentos del mercado de trabajo, es que surgen las oficinas o agencias de colocación, en las que la información mediadora en vistas a la contratación laboral se puede realizar de manera mucho más completa y sistemática, mediante el recurso a listas de ofertas y demandas (registros de empleo), y a puestas en contacto de ofertantes y demandantes (mediaciones de empleo) (Martín Valverde *et al.*, 2018).

Los modelos de agencias de colocación adoptados, de acuerdo con las alternativas de regulación del Convenio número 96 de la OIT, se han debatido entre la preponderancia de las agencias privadas o del monopolio público de empleo (característico de Cuba). Pero en las últimas décadas se ha impuesto la coexistencia de ambas formas. Este el caso de España, donde el régimen jurídico vigente de la “intermediación laboral” y de las agencias de colocación se encuentra en los artículos 31 a 35 LEm y en el Real Decreto 1.796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las

agencias de colocación, y cuya última modificación legislativa en la materia ha sido la atribución a las empresas de trabajo temporal de la facultad de operar como agencias de colocación (art. 33.6 LEm). Las principales reglas legales de funcionamiento que se establecen actualmente para las agencias de colocación son las siguientes (arts. 33 a 35 LEm): 1) la titularidad de las mismas puede corresponder tanto a personas físicas como a personas jurídicas; 2) para su lícito funcionamiento se exige la presentación de una “declaración responsable” ante los servicios públicos de empleo del lugar en el que se ubiquen sus centros de trabajo, trámite con el que es posible desarrollar la actividad de colocación en todo el territorio nacional;³ 3) es contraria a derecho la petición a los trabajadores de cánones o compensaciones económicas por los servicios de intermediación prestados; 4) el deber de coordinación con los servicios públicos de empleo implica, como mínimo, el suministro a aquellos de la información que se determine reglamentariamente, la disposición de sistemas electrónicos compatibles y complementarios y la elaboración y ejecución, “en los términos que se determinen reglamentariamente”, de planes específicos para trabajadores desempleados pertenecientes a colectivos con particulares dificultades de empleo; y 5) las actividades de intermediación desarrolladas por las agencias se han de prestar, al igual que la de los servicios públicos de empleo, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación y de respeto a la intimidad y dignidad de los trabajadores en el tratamiento de sus datos.

En cuanto a los servicios públicos de empleo, en el caso español está presente como institución el Servicio Público Estatal de Empleo (SPEE), el cual de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 19 LEm se ocupa básicamente de preparar la “estrategia española” y los planes anuales de empleo, coordinar las acciones conjuntas de los servicios públicos de empleo, gestionar el “observatorio de ocupaciones en colaboración con las comunidades autónomas, gestionar servicios y programas de empleo financiados por sus presupuestos, impulsar acciones de movilidad en el mercado de trabajo y gestionar las prestaciones y subsidios de desempleo. La mediación de los servicios y oficinas públicas de empleo es gratuita y facultativa para los sujetos del contrato de trabajo, que pueden contratar “directamente” en el mercado de trabajo, con ayuda o no de contactos informales o del recurso a la publicidad; y además de mediar en la contratación laboral, el SPEE -tanto a nivel estatal como autonómico- desarrolla funciones de formación y orientación profesional para desempleados y ocupados, asesoramiento a empresas y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento (Martín Valverde *et al.*, 2018).

Sobre este aspecto sujeto a análisis, cabe apuntar que en el ordenamiento legal cubano no existen normas jurídicas que regulen el trabajo en el régimen de subcontratación; no se define el concepto de intermediación en el empleo ni se cuenta con agencias de colocación. La función de empleo se realiza por cada entidad laboral mediante la gestión de su área de recursos humanos o de las Oficinas de Empleo territoriales, o mediante los servicios de información que prestan las oficinas de las Direcciones Municipales de Trabajo subordinadas al Poder Popular local (Mustelier Suárez y Santos Domínguez, 2013).

3 Según el artículo 69.1 Ley 39/2015, “se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que este manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio”.

2.2. Contrato de trabajo

El contrato de trabajo es la institución central del Derecho del Trabajo, en torno a la cual giran en última instancia las restantes (Martín Valverde *et al.*, 2018; Viamontes Guilbeaux, 2007). El artículo 1.1 ET ofrece la siguiente definición legal del contrato de trabajo: es aquel mediante el que una persona física, el “trabajador”, se compromete a prestar “voluntariamente” “sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, denominada empleador o empresario”. Considero que en rigor esta definición es de relación de trabajo, no de contrato de trabajo, pues estaría abarcando también al personal designado por facultad administrativa. Para Martín Valverde *et al.* (2018), del análisis de la anterior definición cabe extraer varias conclusiones sobre los elementos del contrato de trabajo: 1) los sujetos del mismo son el trabajador (que, por naturaleza de las cosas, no puede ser más que una persona física) y el empleador o empresario (que puede ser una persona física o una persona jurídica); 2) el objeto del contrato de trabajo son los servicios o la actividad de trabajo del trabajador, pero no unos servicios o actividad cualesquiera sino servicios “subordinados”, a prestar dentro del ámbito de organización y dirección del empleador; 3) la causa del contrato de trabajo es el intercambio de tales servicios o actividad del trabajador por un salario o remuneración a cargo del empleador o empresario; y 4) las prestaciones recíprocas de realizar trabajo subordinado y remunerarlo se establecen no por una imposición legal externa sino en virtud de un consentimiento o acuerdo entre los sujetos.

Estos elementos presuponen como caracteres o rasgos jurídicos más significativos del contrato de trabajo, los siguientes:

- “Implicación personal (física) del trabajador
- Relación contractual de intercambio patrimonial
- Contrato de ejecución continuada y de contenido “abierto”.” (Martín Valverde *et al.*, 2018, p. 512)

El esquema causal del contrato de trabajo (*do ut facies*) es el típico de las relaciones obligatorias de intercambio recíproco de bienes económicos, en el que cada una de las partes persigue su propio interés. El objeto y la causa del contrato de trabajo no se refieren al trabajador como persona, sino al trabajo como energía laboral que emana del mismo. Esta energía laboral o fuerza de trabajo no puede ser tratada como una mercancía (Constitución de la OIT de 1944), pero sí es un bien económico transable en un mercado sometido a organización y regulaciones especiales: el mercado de trabajo (Martín Valverde *et al.*, 2018, pp. 512-513); y “de acuerdo con las normas del Derecho Civil, el objeto del contrato de trabajo ha de reunir tres requisitos: licitud, posibilidad y determinación” (Martín Valverde *et al.*, 2018, p. 527).

En el caso de España, se estipula que los contratos temporales o de duración determinada, desde su celebración, incluyen alguna referencia a su causa (obra o servicio determinados, sustitución, cobertura provisional de un puesto de trabajo...) o a su fecha de conclusión (a través de la fijación de un plazo o término final), y dan a los trabajadores que los conciertan la condición de temporales, en sus distintas variedades o apelaciones (interinos, eventuales, temporeros, etc.). Con la Ley 14/1994 de empresas de trabajo temporal (LETT) se abrieron nuevos cauces para el uso de mano de obra temporal, mediante los denominados contratos de puesta a disposición.

La regla básica sobre duración del contrato de trabajo se encuentra en el artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), según el cual “el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada”. Aunque el tenor literal de esta primera regla pueda inducir a confusión, la temporalidad tan solo puede pactarse cuando concurra causa legalmente prevista para ello, de tal modo que la determinación de los supuestos de contratación temporal constituye un núcleo de derecho necesario indisponible. Según añade el propio artículo 15.1 ET, en efecto, solo se admite la contratación temporal para la realización de una obra o servicio determinados, para atender una necesidad coyuntural de mano de obra (por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos), y para la sustitución de trabajadores o la cobertura interina de puestos de trabajo.

La contratación temporal se rige, así, por el “principio de causalidad”, pues para la válida celebración del contrato se exige la concurrencia de una “causa”, que normalmente implica una correspondencia entre la duración (temporal) del contrato y la naturaleza (temporal) de los trabajos; no basta que las partes manifiesten que el contrato es temporal, ni que efectúen una mera remisión a la normativa reguladora de la contratación temporal (Martín Valverde *et al.*, 2018, p. 558), pues la temporalidad no es aceptable sin la concurrencia de alguna de aquellas causas. La mera voluntad de las partes no es suficiente para dar carácter temporal al contrato.

2.3. Empresa de trabajo temporal y contrato de puesta a disposición

Las empresas de trabajo temporal (ETT) se dedican al reclutamiento y la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a empresas clientes (“empresas usuarias”). Su regulación en los distintos ordenamientos nacionales que las admiten persigue conciliar dos objetivos (Martín Valverde *et al.*, 2018): atender a determinados sectores de la oferta de empleo que las oficinas públicas no atienden satisfactoriamente, y evitar la manifestación de ilegalidades o violaciones al amparo de las agencias privadas de colocación. La función típica de las ETT (contratar y ceder trabajadores a otra empresa) es esencialmente distinta de la que realizan las agencias de colocación (mediar entre ofertas y demandas de empleo), pero en suelo español, luego de la reforma del mercado laboral de 2012, su campo de acción fue ampliado al permitirles operar también o indistintamente como agencias de colocación. Según Martín Valverde *et al.*, el régimen jurídico de las ETT tiene tres aspectos principales. El primero versa sobre los requisitos de constitución y, en particular, sobre la exigencia de autorización administrativa para intervenir en el mercado de trabajo. Un segundo aspecto se refiere a las relaciones de las ETT con las empresas clientes, entabladas mediante el llamado contrato de puesta a disposición. El tercer aspecto del régimen jurídico de las ETT está constituido por las especialidades de las relaciones individuales de trabajo desarrolladas en el marco de las mismas. (...) Los requisitos exigidos de funcionamiento adecuado son, entre otros, la dedicación exclusiva a la actividad constitutiva de las ETT (...), la disposición de una estructura organizativa suficiente, estar al corriente de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social, el destino del 1 por 100 de la masa salarial a la formación de los trabajadores contratados para ser cedidos, y la facilitación de información a la autoridad laboral de los contratos de puesta a disposición. (2018, pp. 489-490) La singular actividad de puesta a disposición de mano de obra a que da lugar el funcionamiento de las ETT constituye, como reconoce el legislador en el artículo 43 ET, una cesión de los llamados “trabajadores en misión”, que la ETT envía a la empresa cliente.

Esta cesión ha de ser considerada en principio lícita; lo que supone una excepción a la norma general de prohibición de la cesión de trabajadores establecida en dicho artículo 43 ET.

El contrato de puesta a disposición, que debe celebrarse por escrito y contener la información reglamentaria prevista (art. 15 del Reglamento de las ETT), solo puede concertarse para satisfacer “necesidades temporales” de fuerza de trabajo en la empresa usuaria, por lo que se asume que solo podrán concertarse contratos de puesta a disposición para realizar contratos laborales de duración determinada, esto es, un contrato temporal. El artículo 6.2 LETT precisa tales necesidades temporales por remisión a las causas justificativas de los contratos de trabajo de duración determinada del artículo 15 ET y a los contratos formativos (prácticas y formación y aprendizaje) del artículo 11 ET. En este sentido podran celebrarse los siguientes contratos de trabajo: contrato de obra y servicio determinado, contrato eventual por circunstancias de la producción, contrato de trabajo en prácticas, contrato para la formación y el aprendizaje y contrato de interinidad, o sea, todos los contratos temporales excepto el contrato de relevo.

En cuanto a la duración del contrato (y, por consiguiente, de la puesta a disposición contratada), se estará a lo dispuesto en el tipo de contrato y esta no puede exceder tampoco de los límites previstos en los artículos 11 y 15 ET para esos supuestos de contratación temporal (art. 7.1 LETT). Estos límites máximos de duración son de derecho necesario absoluto indisponible para la autonomía colectiva.

La regulación legal de las causas tasadas y de la duración máxima de las necesidades temporales de fuerza de trabajo justificativas del contrato de puesta a disposición está reforzada por una regla particularmente enérgica (Martín Valverde *et al.*, 2018): “Si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido” (art. 7.2 LETT). La Ley establece, además, una defensa no menos enérgica de la libertad de contratar de los trabajadores de la ETT: “Será nula la cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador cedido a la finalización de dicho contrato de puesta a disposición” (art. 7.2 LETT).

El contrato de trabajo celebrado entre una ETT y un trabajador en vistas a su puesta a disposición de empresas usuarias no da lugar a una relación laboral de carácter especial, pero la relación de trabajo en el ámbito de la ETT presenta una acusada particularidad, que se debe al desdoblamiento de la posición del empresario: determinadas facultades y obligaciones empresariales corresponden a la ETT, mientras que otras se atribuyen a la empresa usuaria. La compleja relación triangular entre las ETT, la empresa usuaria y el trabajador objeto de cesión requiere una determinación precisa de los deberes y derechos que el trabajador tiene frente a esas empresas, y de los poderes y responsabilidades que corresponden a cada una de ellas. (Martín Valverde *et al.*, 2018, p. 493)

2.3.1. Derechos y deberes de la empresa de trabajo temporal

Con carácter general, el artículo 1.2 ET concede a la ETT la condición de empresario o empleador. Es ella, por tanto, la que asume las principales obligaciones derivadas del contrato de trabajo (remuneración, formación, cotizaciones sociales) y los poderes empresariales más intensos (poder disciplinario), incluyendo el tiempo en que se prestan servicios para la empresa usuaria (arts. 11 y ss. LETT).

La ETT puede contratar a los futuros trabajadores en misión bien con carácter indefinido, bien con carácter temporal. En este segundo supuesto, que es el más frecuente en la práctica contractual, las ETT pueden utilizar los contratos temporales previstos en el artículo 15 ET y los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje regulados en el artículo 11 ET (art. 10.2 LETT); la duración determinada del contrato temporal ha de ser coincidente con la del contrato de puesta a

disposición (art. 10.1 LETT), salvo en el supuesto de contratación eventual “para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes” (art. 10.3 LETT).

Martín Valverde *et al.* consideran que “los dos aspectos de mayor interés de la relación de trabajo en empresas de trabajo temporal son los que se refieren a las condiciones de trabajo aplicables y a la extinción del contrato de trabajo” (2018, pp. 493-494). Respecto de las llamadas “condiciones esenciales de trabajo”, el artículo 11.1 LETT dispone que los trabajadores en misión tendrán derecho “a las que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto”. Se consideran esenciales “la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los periodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos”; en particular, la remuneración “comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar”. La misma regla de aplicación de las disposiciones de la empresa usuaria se extiende a la protección de los menores y de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la lucha contra discriminaciones de distinto origen (sexo, raza o etnia, religión o creencias, discapacidad, edad y orientación sexual). En lo que respecta a la extinción de la relación de trabajo, se reconoce al trabajador de la ETT contratado por tiempo determinado derecho a una indemnización de fin de contrato de “doce días de salario por cada año de servicio” (art. 11.2 LETT).

Los trabajadores contratados por la ETT para “prestar servicios exclusivamente bajo su dirección y control” (esto es, los de su plantilla propia a los fines del funcionamiento de su estructura administrativa) mantienen con aquella una relación laboral de régimen ordinario, regulada por la legislación laboral de carácter general y por el convenio colectivo aplicable a la empresa (art. 14 LETT). Apuntan Martín Valverde *et al.* en su obra que la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada no se aplica a la relación laboral de la ETT con el trabajador cedido, ni a la relación de dicho trabajador en la empresa usuaria.

2.3.2. Derechos y deberes de la empresa usuaria

Respecto de los trabajadores cedidos o puestos a disposición por la ETT la empresa usuaria asume, como es lógico, las facultades de dirección y control de la actividad laboral (art. 15.1 LETT). Si la empresa usuaria considera que el trabajador en misión ha incumplido sus obligaciones laborales, “lo pondrá en conocimiento de la empresa de trabajo temporal, a fin de que por esta se adopten las medidas sancionadoras correspondientes” (art. 15.2 LETT). La protección de la seguridad y salud de los trabajadores cedidos es responsabilidad principal, aunque no exclusiva, de las empresas usuarias. A ellas se imponen las obligaciones preventivas generales, y también la mayor parte de las obligaciones preventivas específicas exigidas en el ámbito de las ETT (art. 16.1 y 2 LETT; art. 28 Ley de Prevención de Riesgos -LPR; Real Decreto 216/1999, sobre disposiciones reglamentarias de seguridad y salud en las ETT). Concretamente a las empresas usuarias se atribuyen las obligaciones de información para la protección de riesgos laborales previstas en esta normativa. No obstante, las obligaciones relativas a la formación preventiva y a los reconocimientos sanitarios se asignan en principio a la ETT (art. 12.3 LETT y art. 28.5 LPR).

La empresa usuaria responde subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas por la ETT con el trabajador “durante la vigencia del contrato de puesta a disposición”, “así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de

trabajo”, cuando la garantía financiera resulte insuficiente (art. 10.6 RETT). Pero la responsabilidad se convierte en solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado con incumplimiento de las prohibiciones de esta forma de prestación previstas en el art. 16 LETT; y también cuando se trata de incumplimientos de “obligaciones legales” por parte de la ETT.

En fin, los trabajadores en misión tienen derecho a utilizar (y las empresas el deber de facilitar), en las mismas condiciones que los contratados “directos”, los medios de transporte y los “servicios comunes” (entre ellos el “comedor” y la “guardería”) de la empresa usuaria, así como sus “instalaciones colectivas” (art. 17.2 LETT). Las reclamaciones que los trabajadores en misión se propongan dirigir a las empresas usuarias “respecto de las condiciones de ejecución de su actividad laboral” se canalizarán a través de los representantes de los trabajadores de dichas empresas (art. 17.1 LETT).

3. EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE FUERZA DE TRABAJO EN CUBA

Ante el abordaje de la relación entre la entidad empleadora y la empresa con capital extranjero y por ende de la institución central que las conecta, es importante tener presente que, tal y como ocurría con la Ley No. 77 de 1995, en el marco de la Ley No. 118 de 2014 vigente no existe propiamente relación laboral entre los trabajadores y las empresas con capital extranjero. Su mano de obra es precisamente el objeto de la relación que se establece entre la entidad empleadora y la empresa inversionista. El art. 5 de la Resolución No. 33, de fecha 25 de noviembre de 2020, de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, *Reglamento sobre el régimen laboral en la inversión extranjera*, expresa que: “Los cubanos y los extranjeros residentes permanentes en el país, con excepción de los integrantes de sus órganos de dirección y administración, solo pueden prestar servicios en las empresas, si estas han establecido y suscrito con la entidad empleadora el Contrato de Suministro de Fuerza de Trabajo”.

Por tanto, no existe ningún cambio en esta materia en relación con la regulación establecida en la Ley No. 77/1995. Se mantiene un modelo de ordenación de la relación de trabajo en el que el Estado sigue apareciendo como entidad empleadora que autoriza la cesión de los trabajadores a las empresas inversionistas. Los trabajadores se convierten en objeto de transmisión dado que se suministran, se sustituyen y se devuelven,⁴ por lo que son totalmente dependientes de que sean solicitados. El Estado opera, de este modo, al modo de una agencia de empleo que cede a la empresa con capital extranjero a los trabajadores a su servicio. La utilización obligatoria de las entidades empleadoras se asemeja así a la función de una empresa de trabajo temporal.

La empresa presenta a la entidad empleadora sus necesidades de fuerza de trabajo y especifica sus requerimientos, los que se formalizan mediante el Contrato de Suministro de Fuerza de Trabajo (CSFTI), en cuyo proceso de negociación participa la organización sindical correspondiente (art. 14 R. 33/2020).

⁴ El art. 34.2 de la Ley No. 118, señala que: “cuando las empresas mixtas o las empresas de capital totalmente extranjero consideren que un determinado trabajador no satisface sus exigencias en el trabajo, pueden solicitar a la entidad empleadora que lo sustituya por otro”. La empresa puede, también, devolver el trabajador contratado a la entidad cubana designada, cuando por causas justificadas no satisfaga las exigencias en el trabajo, procediendo a indemnizar a la referida entidad (art. 18 R. 33/2020). La referida indemnización se paga a la entidad cubana designada una sola vez, de conformidad con lo que establece el art. 19 R. 33/2020.

3.1. Definición

La R. 33/2020, de manera similar a sus predecesoras, define el significado del término Contrato de Suministro de Fuerza de Trabajo como “el concertado por escrito entre la entidad empleadora y la empresa o las partes en los contratos de asociación económica internacional, con el objetivo de que trabajadores de la primera presten servicios en la segunda”. Se trata del instrumento legal que formaliza la relación mercantil entre la entidad empleadora y la empresa usuaria de la mano de obra.

3.2. Causa

Al igual que sucede con las ETT y su contrato de puesta a disposición, las empresas de inversión extranjera en Cuba no pueden contratar directamente mano de obra cubana sino es través de las entidades empleadoras (EE) aprobadas por el Estado para ello, con alguna excepción,⁵ y esto se realiza solo mediante el CSFT entre la EE y la empresa que requiere el servicio del trabajador, pero no se realiza con el trabajador directamente, por lo que estamos en presencia de un contrato mercantil y no laboral, técnicamente equiparable al contrato de puesta a disposición, aun cuando la causa del mismo en última instancia es de naturaleza laboral dado el objeto del contrato o la cualidad de las prestaciones. Solo que en rigor no se reconoce formalmente una relación laboral, porque el concepto de empleador recae en la EE y no en la empresa con capital extranjero; por consiguiente, la nota de subordinación que caracteriza a la relación laboral tutelada por el Derecho del Trabajo se establece con la EE, que es la que paga el salario y todas las garantías a este asociadas, por la prestación de trabajo de la mano de obra suministrada a la empresa con capital extranjero, la cual no paga salarios de manera directa a los trabajadores contratados, sino una cuantía a la EE por el suministro de dicha mano de obra.

Sin embargo, en el CSFT para el caso cubano no ocurre lo mismo que en el contrato de puesta a disposición que utilizan las ETT, sobre todo con respecto a la cuestión de la temporalidad de las prestaciones. Mientras que en el contrato de puesta a disposición opera el principio de causalidad en la contratación temporal, que señala que solo se puede recurrir a vínculos laborales a plazo fijo cuando las labores a realizar tienen la misma característica, o dicho de otra manera, que la contratación temporal tendría que ser necesariamente causal y fundarse siempre en una necesidad transitoria equivalente (Ferriol Molina, 2018); en el CSFT cubano subyace la idea de estabilidad laboral en el sentido de la subsistencia de la causa que le dio origen a la relación de trabajo. Aun cuando los trabajadores contratados pueden ser devueltos o sustituidos por la empresa con capital extranjero por mediación de la EE, la duración del contrato de trabajo puede llegar a ser indeterminada, toda vez que podrá durar lo que dure el negocio que dio origen a la inversión extranjera.

3.3. Configuración legal

El régimen jurídico que cubre al CSFT en Cuba está integrado en esencia por las siguientes disposiciones normativas vigentes:

– *Constitución de la República de Cuba de 10 de abril de 2019*: en el sentido de que los extranjeros residentes permanentes en el territorio nacional de la República de Cuba se equiparan a los cubanos

5 La Ley de la Inversión Extranjera vigente dispone que los extranjeros no residentes permanentes en Cuba y los miembros del Órgano de Dirección y Administración de la Empresa Mixta, que son designados por la Junta General de Accionistas, se vinculan laboralmente a esta por decisión del órgano de dirección, sin participación de la entidad empleadora, debiendo tramitar oportunamente los extranjeros no residentes permanentes su permiso de trabajo.

en el disfrute de los derechos y en el cumplimiento de los deberes reconocidos en la ley, a tenor del art. 91 (e), y por tanto son de hecho y de derecho sujetos de las relaciones laborales individuales.

– *Ley No. 118, de 29 de marzo de 2014, Ley de Inversión Extranjera, y Decreto No. 325, de 9 de abril de 2014, Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera*: por ser las normas básicas que establecen el marco legal de la inversión extranjera en el territorio nacional cubano, definen los sujetos que intervienen en ese proceso y pautan las relaciones entre ellos.

– *Ley No. 116, Código de Trabajo, de 20 de diciembre de 2013, y Decreto No. 326, de 12 de junio de 2014, Reglamento del Código de Trabajo*: para aquellos aspectos no regulados en las normas relativas a la Inversión Extranjera y a los cuales estas remiten de manera expresa, básicamente en relación con el acceso al empleo (periodo de prueba) y los contratos individuales de trabajo suscritos entre los trabajadores suministrados y la EE, seguridad social, seguridad y salud en el trabajo, solución de conflictos, tratamiento laboral y salarial ante devolución por parte de la empresa con capital extranjero u otra contingencia laboral, etc.

– *Resolución No. 33, ya referida, complementaria del Capítulo XI de la Ley No. 118/2014 y en la que el CSFT constituye institución central objeto de regulación.*

– *Resolución No. 9/2014, del Ministro del Interior*, que aprueba el procedimiento sobre la clasificación migratoria de Residente Temporal para realizar actividades profesionales o laborales de cualquier índole otra índole en el territorio nacional cubano.

– *Decreto-Ley No. 313, De la Zona Especial de Desarrollo Mariel*: ámbito jurídico-mercantil en el cual operan las entidades empleadoras y por tanto nacen relaciones interempresariales al amparo de CSFT para la contratación de mano de obra.

– *Resolución No. 42/2020*: complementaria de la norma anterior, que establece las normas para determinar las cuantías a pagar por el suministro de la fuerza de trabajo entre la entidad cubana designada y el concesionario o usuario extranjero de la Zona Especial de Desarrollo Mariel.

– *Decreto-Ley No. 384, de la contratación de trabajadores para prestar servicios a las representaciones extranjeras*: ámbito jurídico-mercantil en el cual operan las entidades empleadoras y por tanto nacen relaciones interempresariales al amparo del CSFT para la contratación de los referidos trabajadores.

3.4. Caracterización

El contrato de suministro de fuerza de trabajo se concierta por escrito y debe contener al menos, de acuerdo con el art. 15 R. 33/2020, lo siguiente: a) identificación de las partes; b) objeto del contrato, que especifica cargos, cantidad de trabajadores, características personales que se exigen en el desempeño de determinados cargos, entre otros aspectos; c) término para el suministro de la fuerza de trabajo y de la sustitución, cuando corresponda; d) duración del período a prueba; e) pago por el servicio realizado; f) las normas de conducta y disciplina que debe cumplimentar el trabajador; g) causales de devolución o sustitución del trabajador; h) causales de interrupción laboral y el pago como mínimo de un mes por el suministro de la fuerza de trabajo para el pago de la garantía salarial a los trabajadores interruptos; i) obligaciones de los contratantes en el cumplimiento de lo dispuesto en este Reglamento y la legislación de trabajo vigente; j) responsabilidad

por incumplimiento de las cláusulas del contrato; k) duración y revisión del contrato; y l) fecha en que comienza a regir el contrato. De acuerdo con las características de la empresa y del trabajo a realizar, las partes contratantes pueden incorporar otros elementos que no se opongan a la ley.

El pago del servicio por el suministro de fuerza de trabajo se acuerda entre la EE y la empresa (art. 16 R. 33/2020), pero este monto no es considerado como tal el salario nominal de los trabajadores contratados. Este salario es el que se fija en el contrato de trabajo con la EE, que es la relación de índole laboral legalmente reconocida. Hacemos esta acotación pues algunos autores pertenecientes a una línea hipercrítica del sistema socioeconómico y jurídico cubano (Díaz Vázquez, 2015; Mercader Uguina, s/f), haciendo una interpretación extensiva del Convenio No. 95 de la OIT con respecto a la libertad del trabajador de disponer de su salario, han apuntado que el “salario” les es escamoteado a los trabajadores, ya que en la práctica el monto de dinero que la EE les paga representa un porcentaje insignificante de lo que en realidad la empresa con capital extranjero ha pagado por ellos, desconociendo con ello los fines de la inversión extranjera en el país y las características del modelo económico y social cubano.

Otro aspecto importante que contempla el CSFT es la indemnización de la empresa inversora a la EE por devolución del trabajador o por interrupción laboral no imputable a estos (arts. 18 a 22 R. 33/2020).

3.4.1. Concepción y rol de la entidad empleadora

La Ley No. 118/2014, Ley de la Inversión Extranjera, dispone en su Capítulo XI Del Régimen Laboral, que en la actividad de las inversiones extranjeras se cumple con la legislación laboral y de seguridad social vigente en Cuba, debiendo adecuarse a las precisiones que incorpora la citada Ley y su Reglamento (art. 27). Desde la entrada en vigor de la Ley y su Reglamento, su desarrollo normativo complementario se ha producido a través de resoluciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que establecen y oportunamente modifican el referido Reglamento del Régimen Laboral en la Inversión Extranjera, pautado actualmente por la mentada Resolución No. 33/2020. El art. 1 de la R. 33/2020 señala que: “Las normas que establece este Reglamento comprenden las especificidades que en materia de trabajo se aplican en las modalidades de inversión extranjera”, creadas a tenor de lo dispuesto en “Ley de la Inversión Extranjera”, en lo concerniente, entre otros aspectos, a la formalización de la relación de trabajo, a las funciones de las entidades empleadoras y de las empresas (mixtas o de capital totalmente extranjero), a la remuneración por el trabajo, a las relaciones entre la entidad empleadora y las empresas basadas en el contrato de suministro de fuerza de trabajo, a las especificidades relativas al contrato de asociación económica internacional,⁶ y a la solución de conflictos en esta sede.

6 El Capítulo VI de la R. 33/2020, en relación con este particular, refiere que: “Artículo 23. Las personas que presten sus servicios a las partes en los contratos de asociación económica internacional son contratadas por la parte cubana con arreglo a las disposiciones legales vigentes en materia de contratación laboral, incluida la específica para un sector o rama cuando así corresponda, tal como lo dispone la Ley 118 “Ley de la Inversión Extranjera”, del 29 de marzo de 2014.” Y en el artículo 24 dispone que en las relaciones de trabajo que se establecen en el cumplimiento de los contratos de asociación económica internacional son de aplicación, además de la legislación laboral vigente, lo dispuesto en el propio Reglamento, siempre que tengan pactado el pago por el servicio de suministro de fuerza de trabajo, con lo cual consideramos deja abierta la posibilidad de que se creen entidades empleadoras para dar respuesta a las demandas de mano de obra por parte de esta modalidad de inversión extranjera. *Vid. infra* nota al pie 6.

Por su parte, el art. 2 precisa el listado de cuestiones laborales que se rigen por la legislación de aplicación general vigente en la materia, a saber: contratación de los trabajadores, idoneidad demostrada, período a prueba, capacitación, disciplina de trabajo, solución de conflictos de trabajo, convenios colectivos de trabajo, reglamento interno, seguridad social, vacaciones anuales pagadas, trabajo extraordinario, pago de los días de conmemoración nacional, oficial, feriados y de receso adicional retribuido, la seguridad y salud en el trabajo y las acciones de control.

En cuanto al régimen jurídico de los trabajadores que presten sus servicios en el marco de esta relación, el art. 28 Ley No. 118/2014 mantiene una redacción similar a la de su antecedente art. 31 Ley No. 77/1995. De este modo, se dice que “los trabajadores que presten sus servicios en las actividades correspondientes a las inversiones extranjeras serán por lo general, cubanos o extranjeros residentes permanentes en la República de Cuba”. No obstante, “los órganos de dirección y administración de las empresas mixtas o de las empresas de capital totalmente extranjero o las partes en los contratos de asociación económica internacional pueden decidir que determinados cargos de dirección superior o algunos puestos de trabajo de carácter técnico, se desempeñen por personas no residentes permanentes en el país y en esos casos determinar el régimen laboral a aplicar así como los derechos y obligaciones de esos trabajadores”.

El art. 3 (b) R. 33/2020 aclara qué se entiende por órgano de dirección y administración de las modalidades de la inversión extranjera. En todo caso, “las personas no residentes permanentes en el país que sean contratadas están sujetas a las disposiciones legales de inmigración y extranjería vigentes en la nación” (art. 28.3 Ley No. 118/2014). En el caso de los trabajadores extranjeros, estos necesitan un permiso de trabajo emitido por el Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, que debe tramitar la empresa que le está contratando y ser renovado anualmente. También es obligatoria la contratación de un seguro privado para la atención médica en el país. Respecto al régimen de seguridad social, Cuba no ha suscrito acuerdos internacionales y los beneficiarios de su sistema nacional son exclusivamente trabajadores cubanos.

En relación con los sujetos intervinientes en las relaciones laborales singulares que se dan en este ámbito de la inversión extranjera (dígase entidad empleadora, empresa, trabajador contratado y personal designado), la Ley No. 118/2014 los define. En su art. 2 (i) define a la “entidad empleadora” como la “entidad cubana con personalidad jurídica facultada para concertar con una empresa mixta o de capital totalmente extranjero, un contrato mediante el cual facilite a solicitud de esta los trabajadores necesarios, quienes concertan sus contratos laborales con dicha entidad”. La autorización para que una organización opere como EE se emite por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, a propuesta del Ministro del Comercio Exterior y la Inversión Extranjera (art. 6 R. 33/2020).

Su concepción responde a criterios diversos, pero a mi juicio se revela como regla general la noción de: sector o actividad de la economía considerada como estratégica o de alta importancia para el desarrollo del país, ya sea por la atracción de inversión extranjera (en régimen de empresas mixtas o empresas de capital totalmente extranjero) o por su impacto en las exportaciones (tabaco, ron, productos biotecnológicos y farmacéuticos), o por su nivel de transversalidad (turismo, energía, construcciones, transporte, comunicaciones); o áreas sensibles como la defensa

o aduanas; o sectores con un elevado grado de especialización que precisan un control estricto de su mano de obra calificada o experta (servicios técnicos e ingenieriles, marinos mercantes).⁷

En el marco del régimen laboral para la inversión extranjera en Cuba, la entidad empleadora desempeña un doble papel:

– Como parte de una relación jurídica económica o mercantil, a través de la concertación de un contrato de suministro de la fuerza de trabajo, como ya hemos visto:

Este proceso se inicia con la presentación que hace la empresa a la entidad empleadora de su demanda de fuerza de trabajo, especificando -entre otros aspectos -profesiones, cantidad de trabajadores, características laborales de los mismos y período de entrega. Estos requerimientos se formalizarán mediante el “contrato de suministro de fuerza de trabajo” que se suscribirá entre la entidad empleadora y la empresa, con la participación de la organización sindical correspondiente.

Con posterioridad, la entidad empleadora capta y selecciona el personal que suministrará a la empresa de entre aquellos que posean los requisitos exigidos para el desempeño eficiente de la profesión o cargo de que se trate.

– Como parte en una relación jurídica laboral mediante la concertación de un contrato de trabajo individual con el trabajador que resulte seleccionado para laborar en la empresa. Las entidades empleadoras contratan a cubanos y a extranjeros residentes permanentes en el país. Por el contrario, son contratados directamente por los órganos de dirección y administración de las empresas o las restantes asociaciones económicas internacionales -previa obtención del permiso de trabajo-, los extranjeros no residentes permanentes en el país para cubrir determinados cargos de dirección superior o de carácter técnico de alta especialización que incluye ocupaciones de obreros con características particulares para la labor a desempeñar.

Por su parte, los miembros del órgano de dirección y administración de la empresa mixta son “designados” por la junta general de accionistas y se vinculan laboralmente a la empresa mixta en los casos que corresponda. Ambos conceptos, “contratado” y “designado”, son definidos en el art. 3 (c) y (d) R. 33/2020.

Con carácter residual, el art. 30.1, párr. tercero, Ley No. 118/2014, tal y como lo hacía su antecedente, establece que “solo por excepción, al otorgarse la Autorización, puede disponerse que todas las personas que presten sus servicios en la empresa mixta puedan ser contratadas directamente por esta y siempre con arreglo a las disposiciones legales vigentes en materia de contratación laboral”. Autores como Mercader Uguina critican vivazmente este aspecto y lo consideran antidemocrático y contrario al principio de libertad de contratación laboral. En el caso de las sucursales de sociedades mercantiles extranjeras radicadas en suelo cubano, opera el mismo sistema de una entidad empleadora cubana que media en la búsqueda de fuerza de

⁷ En cuanto a la rama petrolera, por ejemplo, la contratación laboral de los trabajadores que prestan servicios en las modalidades de inversión extranjera también se realiza a través de una entidad empleadora, PetroEmpleo, la cual suscribe el correspondiente contrato de suministro de fuerza de trabajo con empresas de capital totalmente extranjero, con empresas mixtas y con sociedades mercantiles que tienen firmado contrato de asociación económica internacional con la Unión Cubapetróleo, para las cuales no estaría prevista la intervención de la empleadora, pues según lo estipulado en la Ley 118, es la parte cubana en función del negocio conjunto, la que deberá contratar el personal que prestará servicios en dicho contrato.

trabajo para la sucursal de la sociedad mercantil y controla el desenvolvimiento de la relación laboral. El sistema dual de relaciones jurídicas dentro del triángulo es el mismo. En la fase de selección del personal y previo a su contratación, la entidad empleadora cubana se asegura que el trabajador posea (Viamontes, 2007):

- la experiencia laboral demostrada;
- los conocimientos y habilidades para el correcto desempeño del cargo u ocupación;
- el comportamiento social, laboral y moral correcto;
- la autorización expresa del jefe de la entidad en que trabaja. Si se trata de un organismo o empresa del sector externo o de una rama de comercio exterior, o personal administrativo o de servicio directamente vinculado a dirigentes funcionarios estatales de primer nivel de dirección de los organismos de la Administración Central del Estado, se requerirá la autorización expresa del jefe del organismo.
- la autorización del jefe del organismo del cual procede si el trabajador ha sido propuesto para desempeñar un cargo de dirección o de funcionario en una sucursal. Excepcionalmente y con previa aprobación de la autoridad competente, podrán contratarse para estas tareas a personas que no tengan vínculo laboral; pero en ningún caso el personal cubano será contratado para ocupar el cargo de dirección de mayor nivel de la sucursal.

Mustelier Suárez y Santos Domínguez (2013) consideran que la entidad empleadora cubana tiene como rasgos distintivos los siguientes:

- Se crea para gestionar la fuerza de trabajo, pero continúa participando en las relaciones laborales, aun cuando el trabajador sea contratado por tiempo indeterminado y si la entidad usuaria lo devuelve por una causal de ineptitud, falta de idoneidad u otras que la ley señala, debe ocuparse de la reubicación del trabajador o por su recalificación para que pueda ser reubicado.
- No tiene carácter exclusivo de empleadora, sino que puede ser una entidad existente con otras funciones en su objeto social a la que se le autorice la actividad empleadora o una que se crea con la actividad empleadora como su objetivo fundamental pero que se le agregan otras funciones a su objeto social.
- Es la única vía para trabajar en la empresa cliente, la cual no tendrá trabajadores nacionales o extranjeros residentes permanentes contratados por otra vía y constituye una violación en materia de contratación laboral la existencia en la empresa usuaria de trabajadores no contratados por la entidad empleadora, lo cual da lugar a la imposición de multas administrativas.
- Su acción se mantiene cuando el trabajador deja de prestar el servicio al receptor de la fuerza de trabajo, al ocuparse del pago de la indemnización, la reubicación y demás protecciones que la ley ofrece a los trabajadores.

El art. 9 R. 33/2020 relaciona nueve funciones específicas que tienen las entidades empleadoras del régimen de inversión extranjera, aunque deja abierto el camino para el reconocimiento legal de otras:

- seleccionar y suministrar el personal que presta los servicios a las empresas, según lo previsto en la legislación vigente;

- garantizar a los trabajadores el disfrute de los derechos de trabajo y de seguridad social;
- convenir con la empresa el precio de los servicios por la fuerza de trabajo que suministra;
- pagar el salario al trabajador por la prestación de sus servicios en la empresa;
- cumplir con la legislación de seguridad y salud en el trabajo;
- sustituir temporalmente al trabajador durante el período de suspensión de la relación de trabajo, cuando así lo acuerde con la empresa, por las causas previstas en la legislación;
- reemplazar al trabajador que es devuelto por la empresa, cuando corresponda;
- indemnizar al trabajador devuelto por las causales pactadas en el contrato de suministro, cuando corresponda;
- elaborar, de común acuerdo con la empresa y la organización sindical correspondiente, el reglamento disciplinario interno que incluye las normas de conducta y disciplina que debe cumplimentar el trabajador; de acuerdo con lo pactado en el Contrato de Suministro de Fuerza de Trabajo;
- aplicar las medidas disciplinarias, solucionar los conflictos de trabajo de conformidad con lo establecido en la legislación general, así como garantizar el cumplimiento de las decisiones de los órganos de solución de conflictos; y k) otras que se determinen en la legislación o se aprueben específicamente en su objeto social.

En el entramado de entidades mercantiles vinculadas con la Zona Especial de Desarrollo Mariel se hallan las denominadas “agencias empleadoras”, las cuales brindan los siguientes servicios y cobran una tarifa que no excede el 20% del monto total de los salarios acordados:

- Reclutamiento y selección del personal adecuadamente calificado.
- Procesamiento de nóminas, vacaciones, pagos relativos a la seguridad social por concepto de ingresos personales de los empleados.
- Realización y tramitación de la solución de conflictos laborales.
- Realización y tramitación de las reclamaciones por accidentes laborales, etc.
- Trámites migratorios y de permisos de trabajo del personal extranjero contratado. Entre ellas se relacionan: Almacenes Universales S.A., BioCubaFarma, CubaTabaco, Empresa Empleadora de la Construcción, TecnoSIME, PetroEmpleo, etc. No obstante, se reconoce que este tipo de entidades no tiene fines recaudatorios o lucrativos, sino facilitadores del proceso de intermediación laboral.

A mi juicio, a las entidades empleadoras se les puede reconocer los siguientes: Aspectos positivos:

- Ente facilitador
- Actúa como filtro
- Protege al trabajador

- Evita la cesión ilegal o tráfico de mano de obra
- Garantiza la aplicación del mejor derecho en la selección y puesta a disposición de los trabajadores, con base en el principio de idoneidad demostrada que rige la política de empleo en Cuba.

Aspectos negativos:

- Constituye un mecanismo centralizador de las relaciones laborales.
- Coarta la libertad de contratar.
- Deslegitima el vínculo real que se establece entre el trabajador contratado (suministrado) y la empresa de inversión extranjera, aun cuando es esta última la que detenta al poder de dirección empresarial.
- Desestimula al trabajador, que no recibe en moneda nacional todo el dinero equivalente a los haberes en divisa o moneda de referencia internacional que pagan por su servicio.
- Puede favorecer el favoritismo y la corrupción.

En cuanto a las funciones de la empresa usuaria en materia de trabajo, el art. 10 R. 33/2020 estipula las siguientes:

- pagar a la entidad empleadora el precio convenido de los servicios por el suministro de la fuerza de trabajo;
- dirigir, controlar y supervisar la ejecución del trabajo;
- determinar el lugar donde se efectúa el trabajo;
- garantizar el suministro de herramientas y útiles para el desarrollo de la actividad laboral;
- entrenar y capacitar al personal cuando existan nuevas exigencias debido a cambios técnicos, tecnológicos u otras causas, o puede acordar con la entidad empleadora la forma de ejecución de este proceso;
- cumplir la legislación sobre seguridad y salud en el trabajo y adoptar las medidas que garanticen las condiciones laborales seguras e higiénicas, así como la prevención de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, incendios, averías u otros daños que puedan afectar la salud de los trabajadores y el medio ambiente laboral;
- indemnizar a la entidad empleadora por la devolución de un trabajador contratado, cuando corresponda;
- solicitar a la entidad empleadora la aplicación de medidas disciplinarias, ante violaciones de la disciplina de trabajo; e
- otras que se establezcan en la legislación o se acuerden durante el proceso de negociación del Contrato de Suministro de Fuerza de Trabajo.

4. CONSIDERACIONES PARA SU PERFECCIONAMIENTO DE *LEGE FERENDA*

A mi criterio, desde el punto de vista jurídico-normativo debería concebirse en predios cubanos una regulación específica para las denominadas entidades empleadoras, en que se reconozca por un lado su carácter específico o *sui generis*, es decir, acotando qué tipo de ente es o puede ser, ya sea empresa mercantil o agencia; se identifiquen con claridad sus funciones en el tráfico jurídico mercantil y los espacios laborales que pueden -y de hecho lo hacen- llegar a cubrir, más allá del sector de la inversión extranjera. Ello permitiría, por un lado, complementar la legislación de empresas y equipararía el caso cubano con otros ordenamientos en los cuales se reconocen las empresas de trabajo temporal, aun cuando ha quedado demostrado en epígrafes anteriores que es cuestionable la noción de temporalidad para la cobertura de cargos dentro de una entidad inversionista extranjera en Cuba. Por otro lado, contribuiría sin dudas a superar la actual dispersión normativa que hay en esta sede (basada en regímenes laborales definidos según la tipicidad de los entes usuarios de la mano de obra, y no desde la esencia de las relaciones de intermediación que cumple para todos ellos una determinada entidad empleadora a partir de la institución central del contrato de suministro de fuerza de trabajo).

Sobre la base de las características del proceso de intermediación laboral o de cesión de trabajadores en predios cubanos, la concepción y el rol que tienen las entidades empleadoras y su correlato, el contrato de suministro de fuerza de trabajo, considero que la contratación laboral debe responder al principio general del Derecho del Trabajo “primacía de la realidad”, con lo cual la relación de trabajo debería formalizarse o establecerse legalmente con la entidad laboral extranjera y no con la entidad empleadora, a la que solo correspondería en ese caso el rol de supervisión, control e inspección, más allá de los esenciales de captación, procesamiento, selección, suministro y otros relativos a la mano de obra calificada que ponen en disposición de las empresas de inversión extranjera. Ello sin duda estaría más a tono con los principios de autonomía de la voluntad y libertad en la contratación laboral, y en función del vínculo de trabajo real que se establece, que lejos de ser temporal o puntual como en los supuestos de los contratos de puesta a disposición, es totalmente de tipo indeterminado.

Visto así, la bisagra que conecta las tres aristas del triángulo relacional se trasladaría de la entidad empleadora tal cual opera hoy a la empresa con capital extranjero, lo que implicaría reforzar el papel del contrato de suministro de fuerza de trabajo como instrumento principal de la relación interempresarial; que cobre sentido la relación de trabajo entre el trabajador y su empleador “real” -jurídicamente inexistente-; y, por tanto, que se le confiera más valor a la negociación colectiva. De no ser así, cuando menos debería considerarse la existencia de una doble contratación laboral -supuesto a nuestro juicio excesivamente burocrático y que complejiza más la relación triangular establecida-, definiendo con claridad qué cláusulas contractuales competirían a cada empresa y cuáles implicarían una responsabilidad compartida, teniendo en cuenta que en la práctica operan dos sujetos empleadores.

5. A MANERA DE CIERRE

La denominada jurídicamente como entidad empleadora dentro del ordenamiento legal cubano constituye un ente de intermediación laboral cuyo funcionamiento no se equipara a una empresa de trabajo temporal que cede mano de obra y crea un mercado de trabajo *ad hoc* de forma

permanente, teniendo en cuenta que se afectan dos requisitos básicos para su configuración como tal:

- El suministro de mano de obra que estas realizan no es en rigor una cesión legal de trabajadores de manera temporal o en misión de trabajo, pues estas entidades se conciben fundamentalmente para cubrir plantillas de cargos de manera indefinida y no para la ejecución de trabajo u obras de manera puntual, con lo cual no es posible asimilar el contrato de suministro de mano de obra con el contrato de puesta a disposición, aun cuando sus contenidos mínimos sean totalmente equiparables o en la práctica coexistan; y
- no generan un mercado *ad hoc* accesible para cualquier empresa o ente que solicite los servicios de los trabajadores enlistados en ella, sino que se trata de “bolsas” o listas de cargos y calificaciones consideradas “cautivas” en función de la empresa, actividad o zona de desarrollo para la cual fue diseñada la empleadora, razón por la cual tampoco puede ser entendida como una mera agencia de colocación.

6. REFERENCIAS

6.1. Bibliográficas

Díaz Vázquez, Julio A. (2015). Cuba: inversión extranjera y salarios. En: Desde la isla: una perspectiva original sobre eventos en Cuba no. 27 (abril). Washington D.C.: Cuba Study Group. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Cuba/ciei-uh/20150428094247/desdelaisla.pdf>.

Ferriol Molina, G. (2018). Derecho del trabajo, su actualización: ¿renovación, modernización o refundación? La Habana: Ediciones ONBC, 356 p.

Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., y García Murcia, J. (2018). Derecho del Trabajo. Tecnos.

Mercader Uguina, J. (2014). Los Derechos Laborales en Cuba Frente a la Ley de Inversión Extranjera. Disponible en: https://www.ascecuba.org/asce_proceedings/los-derechos-laborales-en-cuba-frente-a-la-ley-de-inversion-extranjera/

Mustelier Suárez, M. y Santos Domínguez, GC. (2013). La entidad empleadora como garante de los derechos laborales en la inversión extranjera. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, vol. 4, no 8, 2013, pp. 121-131. Disponible en: <https://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/view/42760>

Pérez Del Castillo, M. (s/f). Tercerizaciones: subcontratación, intermediación y suministro. Disponible en: <https://www.pdelc.com.uy/espanol/tercerizaciones-subcontratacion-intermediacion-y-suministro-7?nid=138>

Periódico Trabajadores, Cuba, Redacción Digital. ¿Cómo influirá el ordenamiento monetario en la inversión extranjera? disponible en: <http://www.trabajadores.cu/20201221/como-influira-el-ordenamiento-monetario-en-la-inversion-extranjera/>. Publicado: 21 diciembre, 2020.

Viamontes Guilbeaux, E. (2007). Derecho Laboral cubano, teoría y legislación, La Habana, Editorial Félix Varela, 381 p.

– Sitiográficas:

Cesión temporal de trabajadores a otra empresa. <https://www.iberley.es/temas/cesion-trabajadores-8771>. Fecha última revisión: 25/03/2019

Contrato de puesta a disposición entre empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria. https://www.iberley.es/temas/contrato-puesta-disposicion-141?__cf_chl_captcha_tk__=svCsiyH1AU5JLlzM79_CjhgKMLuxSzO8WNYbvUSh.OA-1636304207-0-gaNycGzNCJE. Fecha última revisión: 09/06/2020.

Contrato de puesta a disposición. <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/contrato-de-puesta-a-disposicion/C3%B3n/contrato-de-puesta-a-disposicion/C3%B3n.htm>

Cuándo existe cesión ilegal de trabajadores. <https://www.cuestioneslaborales.es/cuando-existe-la-cesion-ilegal-de-trabajadores/>. Contenido actualizado: enero 29, 2020

El contrato de puesta a disposición. <https://www.cuestioneslaborales.es/el-contrato-de-puesta-disposicion/>. Contenido actualizado: septiembre 2, 2020 <https://www.zedmariel.com/es/listado-agencias-empleadoras>

6.2. Legales

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Constitución de la República, promulgada el 10 de abril de 2019 y publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5 de igual fecha.

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley No. 116, de fecha 20 de diciembre de

Código de Trabajo. Gaceta Oficial No. 29 Extraordinaria de 17 de junio de Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley No. 118, Ley de Inversión Extranjera, de 29 de marzo del 2014 (Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 20 de 2014).

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley No. 77, Ley de la Inversión Extranjera, de 5 de septiembre de 1995. Cuba. Consejo de Estado. Decreto-Ley No. 313, De la Zona Especial de Desarrollo Mariel. Gaceta Oficial de la República de Cuba, número 26 Extraordinaria, de fecha 23 de septiembre de 2013.

Cuba. Consejo de Estado. Decreto-Ley No. 384 de la contratación de trabajadores para prestar servicios a las representaciones extranjeras. Gaceta Oficial No. 85 Ordinaria de 6 de noviembre de 2019 Cuba. Consejo de Ministros. Decreto No. 325, Consejo de Ministros, Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera, de 9 de abril del 2014 (publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 20 de 2014). Cuba. Consejo de Ministros. Decreto No. 326, de fecha 12 de junio de 2014, Reglamento del Código de Trabajo. Gaceta Oficial No. 29 Extraordinaria de 17 de junio de 2014.

Cuba. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Resolución No. 33/2020, Reglamento sobre régimen laboral en la inversión extranjera. Gaceta Oficial No. 69 Extraordinaria de 10 de

diciembre de 2020. Cuba. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Resolución No. 42/2020. Gaceta Oficial

No. 69 Extraordinaria de 10 de diciembre de 2020. Cuba. Ministro del Interior. Resolución No. 9/2014. Gaceta Oficial No. 29 Extraordinaria de 17 de junio de 2014. España. Jefatura del Estado. Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. Publicado en: BOE núm. 131, de 02/06/1994. <https://www.boe.es/eli/es/l/1994/06/01/14/> con España. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal. Publicado en: BOE núm. 147, de 20 de junio de 2015, páginas 51530 a 51542 (13 págs.). <https://www.boe.es/eli/es/rd/2015/05/29/417> España. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Publicado en: BOE núm. 255, de 24/10/2015. <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con> España. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. Publicado en: BOE núm. 255, de 24/10/2015. <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/3/con> España. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación. Publicado en: BOE núm. 318, de 31 de diciembre de 2010, páginas 109404 a 109415 (12 págs.). <https://www.boe.es/eli/es/rd/2010/12/30/1796>.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE

GLORIA MARÍA MONTES ADALID
Universidad de Málaga
gloriamontes@uma.es

1. Introducción
2. Orígenes legislativos
3. Marco conceptual previo a la Reforma Laboral
 - 3.1. Finalidad y objeto del contrato para la formación y el aprendizaje
 - 3.2. Condiciones necesarias y requerimientos del contrato para la formación y el aprendizaje ordinario
 - 3.2.1. Destinatarios
 - 3.2.2. Límites cuantitativos
 - 3.2.3. Requisitos formales
 - 3.2.4. Retribución
 - 3.2.5. Incentivos
 - 3.2.6. Duración
 - 3.2.7. Duración de la jornada laboral
 - 3.2.8. Extinción
 - 3.2.9. Formación teórica, contenido de la actividad formativa y acuerdo
 - 3.2.10. Acción protectora y cotización a la Seguridad Social
4. Normativa de referencia
5. Marco conceptual posterior a la Reforma Laboral
6. Conclusiones y Covid-19
7. Referencias

RESUMEN

La presente ponencia aborda el desarrollo del contenido del contrato para la formación y el aprendizaje desde una perspectiva teórica, así como una breve revisión histórica inicial. La finalidad perseguida es brindar conocimiento sobre este tipo de contrato temporal orientado a favorecer la inserción profesional y la formación teórico-práctica de los jóvenes y hacer una especial referencia en la situación actual de crisis sanitaria derivada de la COVID-19. Por esta razón, se analizará la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje, a partir del Decreto Ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes y las diferentes modificaciones realizadas a través del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo que más tarde se convirtió en la Ley 3/2012, de 7 de julio y que desemboca en una modificación del artículo 11.2 del Estatuto de los Trabajadores, así como una aproximación a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, no sin antes hacer una breve mención a los orígenes legislativos de la institución en los Gremios. El contrato para la formación y el aprendizaje tiene la finalidad de ofrecer la cualificación profesional de los trabajadores, en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa, con actividad formativa.

PALABRAS CLAVE

Gremios, aprendiz, cualificación profesional, formación, aprendizaje, jóvenes, inserción laboral

1. INTRODUCCIÓN

Los contratos formativos se consideran una de las herramientas más relevantes relacionadas con la política de inserción de los jóvenes en el mercado laboral en España. Con dicha denominación, podemos encontrar dos modalidades contractuales: el contrato en prácticas y el contrato para la formación y el aprendizaje.

El presente trabajo aborda el desarrollo del contenido del contrato para la formación y el aprendizaje desde una perspectiva teórica, dirigida a los alumnos del grado en relaciones laborales y recursos humanos. Tiene el objetivo de brindar conocimiento sobre este tipo de contrato temporal orientado a favorecer la inserción profesional y la formación teórico-práctica de los jóvenes y hacer una especial referencia en la situación actual de crisis sanitaria derivada de la COVID-19.

Se analizará la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje, a partir del Decreto Ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes y las diferentes modificaciones realizadas a través del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo que más tarde se convirtió en la Ley 3/2012, de 7 de julio y que desemboca en una modificación del artículo 11.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El contrato para la formación y el aprendizaje tiene la finalidad de ofrecer la cualificación profesional de los trabajadores, en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa, con actividad formativa.

2. ORÍGENES LEGISLATIVOS

El aprendizaje es una institución que tiene su origen en los Gremios¹. Aparece en los mismos de manera autónoma, frente a otros tipos de enseñanza, y comienza a formar parte de la jerarquía gremial. El aprendiz se encontraba en el último escalafón de la jerarquía del gremio, por debajo del maestro o patrono, y de los oficiales o trabajadores².

Estas figuras que conformaban el sistema jerárquico de los gremios se apoyaban en la regulación contenida en las Ordenanzas Gremiales. En concreto, la figura del aprendiz se constituía con una finalidad formativa y como medio para situar al aprendiz en disposición de acceder al desempeño de un oficio, el modo de acceder a una profesión, a la vez que cumplían con la prestación de servicios propias de dicha profesión. En definitiva, se requería el aprendizaje, examen y agremiación para trabajar en este mercado de trabajo tan limitado y restringido.

En España, los inicios legislativos del aprendizaje moderno llegan conjuntamente con las primeras manifestaciones normativas en materia laboral. Esto se debe a que la institución del

1 Gremio: “Toda reunión de mercaderes, artesanos, trabajadores u otras personas que tenían la misma profesión, arte u oficio, y que estaban sujetas al cumplimiento de ciertas ordenanzas, privativas a cada uno de ellos”, García Barza-Llana, J. (1889). Los antiguos gremios.

2 Para el acceso a oficial, era necesario el paso por la figura de aprendiz, así como para ser maestro, era necesario el paso por la figura de oficial. Se debía realizar un examen para acceder a las figuras superiores del gremio.

aprendizaje se materializa en la actualidad de manera muy diferente, aunque con la misma finalidad formativa. Si bien, no responde de manera estricta al fin de regular el acceso a una profesión como en los gremios, regulado en la Real Cédula de 4 de marzo de 1798.

El aprendizaje moderno, con una regulación especial, nace con la Ley de 17 de julio de 1911. Posteriormente, se avanza en su regulación mediante el Código de Trabajo de 1926 y es en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 cuando se reconoce de manera expresa la naturaleza laboral de la relación jurídica originada por la celebración de un contrato de aprendizaje. Por su parte, en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 se produce un desarrollo más amplio y en la Ley de Relaciones Laborales de 1976 se elimina cualquier duda sobre su carácter laboral, reconociendo la remuneración y pasando a llamarse contrato de formación en el trabajo.

A la luz de la Constitución Española de 1978, se produce una adaptación del ordenamiento laboral a las exigencias del Estado democrático de Derecho, con la Ley 8/1980, por la que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores. En dicha versión inicial del precepto, ya se reconoce como función de esta modalidad contractual “la adquisición (por el trabajador) de los conocimientos teóricos y prácticos que le permitan desempeñar un puesto de trabajo”, regulación definitiva de esta institución del aprendizaje, que ha sufrido numerosas reformas y que se configura como un sistema de cualificación profesional y medida de fomento de empleo en época de crisis.

Se vislumbra, por tanto, la nota caracterizadora de este tipo de contrato: la causa formativa como elemento definitorio y diferenciador respecto a la relación laboral común.

3. MARCO CONCEPTUAL PREVIO A LA REFORMA LABORAL

El contrato para la formación y el aprendizaje se ubica regulado en el artículo 11.2 del Estatuto de los trabajadores, en el que se define como un contrato que *“tendrá por objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo”*.

Por su parte, el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE, en lo sucesivo) establece una definición similar, añadiendo que se trata de *“un instrumento destinado a favorecer la inserción laboral y la formación de las personas jóvenes”*.

3.1. Finalidad y objeto del contrato para la formación y el aprendizaje

El contrato para la formación y el aprendizaje tiene un doble objetivo: suministro, por parte del empresario, y adquisición, por parte del trabajador, de una formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o puesto de trabajo cualificado (STS 18.12.2000).

Es subrayable, en adición, que en la exposición de motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, con las modificaciones introducidas, se establece que el contrato para la formación y el aprendizaje mismo tiene la finalidad de *“potenciar el empleo juvenil mediante la supresión de limitaciones injustificadas”*, convirtiéndolo en la herramienta para paliar el desempleo juvenil.

3.2. Condiciones necesarias y requerimientos del contrato para la formación y el aprendizaje ordinario

3.2.1. Destinatarios

Los destinatarios de este contrato son los trabajadores mayores de 16 y menores de 25 años que tengan una carencia de cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo que se requiera para acordar un contrato en prácticas.

De conformidad con la modificación establecida para el art. 11.2.a) ET por la Ley 3/2012, también se pueden incluir bajo esta modalidad contractual las personas que estén cursando formación profesional en el sistema educativo.

Hay ciertas excepciones a este límite temporal para sujetos especiales concretos: personas con discapacidad o en situación de exclusión social o de riesgo de exclusión social si el contrato lo realiza una empresa de inserción. También existe otra excepción si la persona carece de la referencia cualificación y tiene un máximo de 30 años al momento de la contratación, pero solo será de aplicación cuando la tasa de desempleo esté por debajo del 10 por ciento en España.

No podrán celebrarlo, para la misma empresa y ocupación, las personas que hayan superado la duración máxima mediante uno o varios contratos, ni podrán celebrarlo con el fin de ocupar un puesto que ya haya sido desempeñado anteriormente por un tiempo superior a 12 meses en la misma empresa y con la misma persona, de conformidad a lo establecido por el art. 11.2.c) del ET.

3.2.2. Límites cuantitativos

Han sido eliminados por la reforma de 2012 los relativos a la dimensión de la empresa.

3.2.3. Requisitos formales

Se establece que este contrato ha de ser por escrito y en los modelos oficiales establecidos por el SEPE, acompañado de un anexo en el que se haga constar el acuerdo celebrado por la empresa con la entidad de formación. El trabajador no podrá realizar horas extraordinarias, ni trabajar en periodo nocturno ni en régimen de turnos, según lo establecido en el art. 11.2.f) del ET.

Serán los Servicios Públicos de Empleo competentes los que autorizarán previamente a la formalización inicial y las prórrogas, el momento del inicio de la actividad formativa y si el trabajador continuase en la empresa al término del contrato, no será posible concertar un nuevo período de prueba y se computará la duración del contrato a efectos de antigüedad en la empresa.

Por otra parte, es relevante destacar la adquisición de la condición de trabajador fijo o indefinido bajo las siguientes circunstancias:

- Los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social.
- Contratos celebrados en fraude de ley
- Terminado el tiempo convenido en el contrato, sin denuncia expresa de las partes.

Los empresarios tendrán la obligación de notificación a la representación legal de los trabajadores en las empresas de los contratos celebrados de conformidad con las modalidades de contratación por tiempo determinado si no existiese obligación legal de entregar copia básica de los mismos.

Se realizará comunicación al Servicio Público de Empleo correspondiente sobre contenido del contrato y sus anexos, en el plazo de los 10 días siguientes a su concertación o finalización, así como sus prorrogas. Si el trabajador con el cual se concierta el contrato tuviese discapacidad, el contrato se formalizará por escrito, en cuadruplicado ejemplar, en modelo oficial, y se acompañará solicitud de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, así como el certificado de discapacidad.

3.2.4. Retribución

De conformidad a lo establecido en el art. 9 del RD 1529/2012 de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual, la retribución será la que se establezca por convenio colectivo, siempre respetando los límites del salario mínimo profesional.

3.2.5. Incentivos

Existen dos posibilidades en las que las empresas reciben incentivos por la celebración de este tipo de contratos:

– Si la contratación tuviera lugar considerando a un trabajador desempleado, inscrito como demandante de empleo:

Reducción del cincuenta por ciento en las cuotas empresariales de la Seguridad Social para las empresas que celebren contratos para la formación y el aprendizaje.

Reducción del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional, correspondientes a dichos contratos, durante toda la vigencia del contrato, incluida la prórroga, a una si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75%, en el caso de que la empresa posea una plantilla igual o superior a esa cifra.

Bonificación en el caso de trabajadores inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, a partir del 1 de enero de 2017.

Ligado al caso anterior, reducción del 100% de las cuotas de los trabajadores a la Seguridad Social durante toda la vigencia del contrato, incluidas sus prórrogas.

– Si hubiese una conversión en indefinidos de los contratos para la formación y el aprendizaje:

Derecho a una reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 €/año, durante tres años (si se trata de mujeres, dicha reducción será de 1.800 €/año) en el caso de que los contratos se transformen en indefinidos a la finalización de su duración inicial o prorrogada, cualquiera que sea la fecha de celebración.

Bonificación en el caso de trabajadores inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, a partir del 1 de enero de 2017.

Se abre la posibilidad de recepción de estos incentivos en caso de cumplir los requisitos y no encontrarse en las causas de exclusión contemplados en la sección 1ª del capítulo I de la Ley 43/2006.

3.2.6. Duración

La duración mínima de este contrato será de un año, y la máxima de tres años, con la posibilidad de acordar hasta dos prórrogas de 6 meses, siempre hasta este tope temporal. Existen algunas excepciones con respecto a colectivos concretos de trabajadores. Algunas causas de suspensión del contrato de trabajo, como la incapacidad temporal o nacimiento de hijo, interrumpen el cómputo de la duración del contrato, conforme a lo que indica el art. 11.2.b) del ET.

La empresa, atendiendo a necesidades organizativas o productivas, puede prever reglas distintas de duración, siempre siendo igual o superior a 6 meses, hasta un máximo de 3 años.

3.2.7. Duración de la jornada laboral

El tiempo de trabajo efectivo no puede superar el límite del 75 por 100 (en el primer año de contrato) ni el 85 por 100 (años sucesivos) de la jornada ordinaria de trabajo correspondiente, para facilitar esta formación teórica. Todo ello, de acuerdo al at. 11.2.f) del ET.

3.2.8. Extinción

Se extingue por expiración del tiempo acordado o denuncia de alguna de las partes.

3.2.9. Formación teórica, contenido de la actividad formativa y acuerdo

Recibir una formación teórica es un requisito esencial de esta modalidad contractual. Si no se cumple, el contrato pasa a ser ordinario e indefinido. Los límites mínimos de la duración de la formación teórica son: un 25 por 100 el primer año y un 15 por 100 los años sucesivos. Esta, puede retribuirse de manera flexible a lo largo del tiempo: combinándose con la jornada laboral, o estableciendo periodos concretos para la misma, de manera presencial, telemática o mixta.

La actividad formativa intrínseca al contrato para la formación y el aprendizaje tiene la finalidad de cualificar profesionalmente a los destinatarios del mismo, en un régimen de alternancia de la actividad laboral retribuida en la empresa. Habrá de estar orientada a la obtención de un título de formación profesional de grado medio o superior, o un certificado de profesionalidad, certificación académica o acreditación parcial acumulable (que el trabajador podrá solicitar de la Administración pública competente) y, por ende, la actividad laboral desarrollada tendrá que estar en concordancia con dicha actividad formativa.

El trabajador tendrá que recibir la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje directamente en un centro formativo de la red a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, previamente reconocido para ello por el Sistema Nacional de Empleo o también:

- Centros que imparten formación en títulos de formación profesional dependientes de las Administraciones educativas
- Centros que imparten formación de certificados de profesionalidad, acreditados por los Servicios Públicos de Empleo.
- En las propias empresas cuando dispongan de las instalaciones y el personal adecuados y estén debidamente autorizadas y/o acreditadas, sin perjuicio de la necesidad, en su caso, de la realización de periodos de formación complementarios en los centros de la red mencionada.

Es reseñable la competencia de los Servicios Públicos de Empleo, en colaboración con las Administraciones educativas, de información y orientación a las empresas y personas trabajadoras de las posibilidades de contratación, de formación y del ajuste entre las características del puesto de trabajo ofertado por la empresa y los centros de formación disponibles para impartir la formación inherente al contrato, así como la autorización de la actividad formativa.

Es necesaria la suscripción de un acuerdo para la actividad formativa entre la empresa, el centro de formación acreditado u órgano de la Administración educativa o laboral que vaya a impartir la formación del contrato, y la persona trabajadora. El contenido mínimo de dicho acuerdo es el siguiente:

- Identificación de los representantes de la empresa, centro de formación y persona trabajadora.
- Identificación de las personas que vayan a ejercer la tutoría de la empresa y del centro de formación.
- Título de formación profesional, o certificado de profesionalidad, certificación parcial acumulable o certificación académica objeto del contrato y detalle de la formación complementaria, en su caso.
- Modalidad de impartición de la formación: presencial, teleformación o mixta, en el ámbito de la formación profesional para el empleo, y en régimen presencial o a distancia, en el ámbito educativo, de acuerdo con la normativa reguladora de los certificados de profesionalidad o de los títulos de formación profesional, indicándose en el acuerdo del contrato qué parte se desarrollará en la empresa y en el centro de formación, el profesorado así como la forma y criterios de evaluación.
- Contenidos del programa de formación calendario, jornada, programación y horario de la actividad laboral y de la de formación, su distribución temporal o concentración con respecto a la actividad laboral.
- Duración de la formación, que será al menos la necesaria para la obtención del título de formación profesional, certificado de profesionalidad o de certificación académica o acreditación parcial acumulable.
- Criterios para la conciliación de las vacaciones en la empresa y periodo no lectivo en el centro de formación.
- Si la formación se realiza en la propia empresa de acuerdo con el artículo 18.4 del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y

el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual, el contenido será acorde con este supuesto y se firmará por la empresa y la persona trabajadora.

3.2.10. Acción protectora y cotización a la Seguridad Social

A partir de la reforma del año 2010, se ha producido una equiparación social de este contrato al resto, incluyendo la contingencia por desempleo, que estaba excluida con anterioridad, pero con una bonificación para el empresario. Asimismo, se tendrá derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial.

4. NORMATIVA DE REFERENCIA

- Artículo 11.2 y Disposición Transitoria 2ª del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.
- Disposición final quinta de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.
- Disposición final segunda y disposición final sexta del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.
- Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, por la que se regulan los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje, en desarrollo del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.
- Real Decreto-ley 6/2016, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso del Sistema Nacional de Garantía Juvenil.

5. MARCO CONCEPTUAL POSTERIOR A LA REFORMA LABORAL

En relación a los contratos formativos, la nueva reforma laboral materializada en el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, dispone dos posibilidades: contrato de formación dual o en alternancia trabajo-formación y contrato para la obtención de la práctica profesional. Nos centraremos en dar unas breves pinceladas sobre el contrato de formación dual o en alternancia trabajo-formación, que es el equivalente al objeto de esta revisión.

En cuanto al contrato de formación dual o en alternancia trabajo-formación, tiene el fin de compatibilizar la actividad laboral retribuida con los procesos formativos (cabe mencionar que se incorpora la posibilidad de compatibilizarlo con estudios universitarios). Su duración se ubica entre los 3 meses y los 2 años, no existiendo derecho a indemnización tras el fin del mismo.

Otros aspectos a destacar son la nueva D.A. 43.^a de la LGSS, la cual establece que a los a los contratos formativos en alternancia se les aplican los beneficios en la cotización ya establecidos para los contratos para la formación y el aprendizaje. En contraposición con la antigua modalidad de contrato para la formación y el aprendizaje, en esta misma D.A. 43.a de la LGSS se establece la necesidad de cotizar por formación profesional. A su vez, se realiza una modificación de la D.A. 20.a del ET relativa a las bonificaciones de los contratos formativos celebrados con trabajadores con discapacidad.

Por otra parte, no se permite la realización de horas extraordinarias (salvo fuerza mayor), ni periodo de prueba o trabajos nocturnos (sí de manera excepcional), pero sí el contrato a tiempo parcial. Se modifica la distribución entre trabajo efectivo (65% y 85%) y formación durante la duración del contrato, y la retribución se fija por convenio, atendiendo a la limitación de no ser inferior al SMI (en proporción al trabajo efectivo) y no inferior al 60% el primer año ni al 75% el segundo. También se establecen límites para su utilización para confirmar su carácter formativo y requisitos formales.

En ambas modalidades de contratos formativos, se excluye la utilización de estos trabajadores como sustitución de personas afectas por ERTE o mecanismo RED. Tampoco es posible acordar un nuevo período de prueba si continúa en la empresa y se recuperará la regulación reglamentaria sobre el número máximo de contratos.

6. CONCLUSIONES Y COVID-19

En la actualidad, estamos inmersos en una situación muy grave de crisis sanitaria, marcada por una gran incertidumbre y una influencia en el empleo y en la contratación empresarial. Las empresas, más que nunca, buscan soluciones para las contrataciones. El contrato para la formación y el aprendizaje se presenta como una oportunidad de ampliar la plantilla de la empresa en esta situación y brindar apoyo al empleo juvenil.

Como hemos establecido previamente, el contrato para la formación y el aprendizaje tiene un doble objetivo: suministro, por parte del empresario, y adquisición, por parte del trabajador, de una formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o puesto de trabajo cualificado.

Por un lado, este contrato comporta una serie de ventajas para la empresa, como el ahorro, al ser el único contrato bonificado. Puede conllevar una reducción de hasta el 100% de las cuotas de la Seguridad Social, se puede financiar la formación y existen incentivos por su conversión en indefinidos.

Por otro lado, también presenta una serie de ventajas para los trabajadores como protección total y derecho a desempleo, formación e inserción laboral.

Con esta nueva reforma laboral de diciembre de 2021, la modalidad contractual de contrato de formación dual o en alternancia trabajo-formación entrará en vigor con efectos de 30 de marzo de 2022, mientras que el ex contrato para la formación y aprendizaje (ex art. 11.2 del ET) al que ha sustituido permanecerá vigente de forma transitoria cuando se haya concertado con anterioridad al 30 de marzo.

Definitivamente, la reforma laboral ha sido el foco central de los debates más recientes. Supone una serie de modificaciones que tienen un gran impacto en distintos ámbitos del mercado laboral, como las modificaciones en las modalidades contractuales, que vienen al dedo. No cabe duda de que este contrato se presenta como una de las alternativas más rentable para las empresas en tiempos de Covid-19, siempre teniendo en cuenta que, con la nueva ley de trabajo a distancia, los contratos concertados bajo esta modalidad deben garantizar un 50 por 100 de presencialidad y que habrá que estar a lo dispuesto en este nuevo Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

7. REFERENCIAS

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., & GARCÍA MURCIA, J., “Derecho del Trabajo” (28º ed.), Tecnos, 2019.

MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., & MORENO VIDA, M.N., “Manual de Derecho del Trabajo” (14º ed.), Editorial Comares, 2016.

SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, “Contratación para la formación y el aprendizaje”, 2021.

VILA TIERNO, F., “El Contrato para la Formación en el Trabajo”, Thomson Aranzadi, 2008.

VILA TIERNO, F., “Unas mínimas reflexiones en materia de contratos y negociación colectiva en la reforma laboral 2021 (RDL 32/2021)”, Blog TRABAJO, PERSONA, DERECHO Y MERCADO. Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento, 2022.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA
PECULIARIDADES DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS PARA LOS
COLECTIVOS EN RIESGO DE EXCLUSIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A
TRABAJADORES MADUROS

JUAN MARÍA ROLDÁN CONESA
Contratado Predoctoral FPU Dpto. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

1. Introducción
2. El concepto de trabajador maduro
3. Edadismo profesional
4. El contrato de formación en alternancia
5. El contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios como medida de fomento de inserción laboral
6. Excepciones
 - 6.1. Ley 44/2007 de 13 de diciembre
 - 6.2. Los programas de empleo y formación
7. Conclusiones
8. Referencias bibliográficas

1. INTRODUCCIÓN

Históricamente, el aprendizaje laboral surgió en la Edad Media durante la época de los gremios, donde poseía un carácter más educativo que laboral y estaba configurado como un contrato de enseñanza, en el que los aspectos formativos prevalecían frente a los laborales, situándose en un segundo plano todo lo relativo al trabajo del aprendiz y no siendo, desde luego, elemento esencial al contrato la remuneración de dicho trabajo¹. Al margen de ciertas características de los referidos contratos, se puede inferir que el actual contrato formativo deviene de aquellos contratos de enseñanza. Actualmente, el aprendizaje constituye una institución que se tipifica, frente a la prestación de trabajo común, por su finalidad didáctica, y frente a las restantes técnicas de formación por adoptar un sistema de enseñanza de carácter individualizado y esencialmente práctico.

En lo referente a España, debe señalarse que este tipo de contratos han experimentado diferentes modificaciones desde que fueron regulados por primera vez, tras la aprobación de la Ley de 17 de Julio de 1911² hasta la actualidad³. Pero a pesar de los distintos cambios sociales, económicos y demográficos acaecidos desde su instauración, este tipo de contratos siempre han presentado un denominador común entre sus objetivos, por una parte, reducir el desempleo juvenil y, por otra, fomentar la inserción laboral de la población juvenil, obviando de manera precisa cierto tipo de colectivos, entre los que se encuentra el de los trabajadores maduros. Este grupo integra en la actualidad un importante número de desempleados, que presenta relevantes limitaciones para su reinserción laboral, el cual, hasta hace pocas fechas tenía serias dificultades para acceder a un contrato formativo.

Pero desde la publicación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre⁴, el cual, entrará en vigor en materia de contratos formativos el 30 de marzo de 2022, con el objeto de que las empresas se adapten al mismo, el colectivo de trabajadores maduros podrán acceder a este tipo de contrato sin más limitaciones que las establecidas para el resto de colectivos, a excepción del “supuesto de que el contrato se suscriba en el marco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo-formación, que formen parte del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo, el contrato solo podrá ser concertado con personas de hasta treinta años”⁵. No obstante, es preciso detallar que el legislador vuelve a potenciar este tipo de contratación para los jóvenes, obviando de manera indirecta a los trabajadores maduros, y así lo demuestra en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley donde expone que: “se pretende establecer una regulación eficaz de los contratos formativos, que proporcione un marco idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral, ya se trate de contratos en alternancia con los estudios o bien de contratos para la obtención de una práctica profesional adecuada al nivel de estudios”.

1 Pedrajas Moreno, A. “El contrato de aprendizaje”. *Relaciones Laborales*, núm. 1/1994. p.1.

2 Vid. Gaceta de Madrid. Núm. 200 de 19 Julio 1911.

3 Entre otras podemos citar: Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, Ley de contrato de trabajo de 31 de marzo de 1944, Ley de formación profesional industrial de 20 de julio de 1955, Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

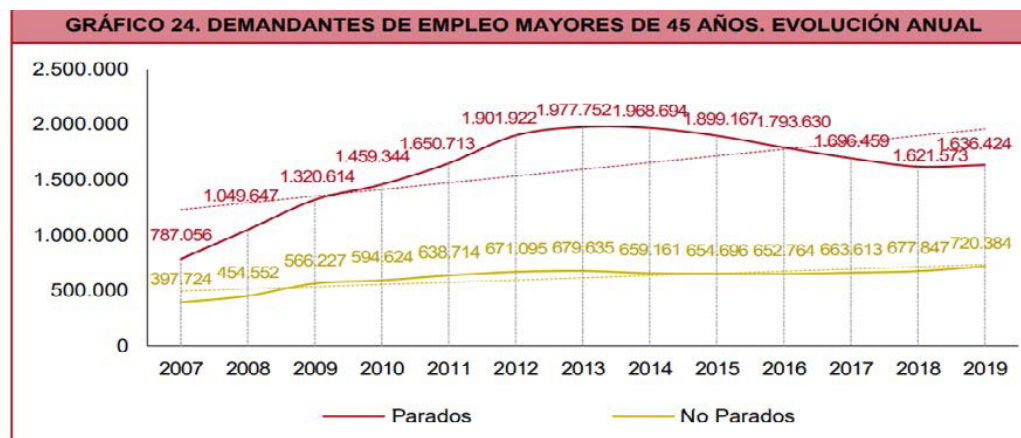
4 Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. BOE núm. 313, de 30/12/2021.

5 Vid. Artículo 11.2.b) del citado Real Decreto-Ley.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
 PECULIARIDADES DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS PARA
 LOS COLECTIVOS EN RIESGO DE EXCLUSIÓN: ESPECIAL
 REFERENCIA A TRABAJADORES MADUROS

Antes de la reforma laboral acaecida a finales del mes diciembre de 2021, el legislador solo permitía la formalización de alguno de estos tipos de contratos por parte del colectivo de trabajadores maduros, cuando se daban una serie de condicionantes que llevaran a considerarlos como personas en riesgo de exclusión social, tal como se dicta en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre⁶. Concretamente, el artículo 2.1 de la Ley citada establece que “las empresas de inserción podrán contratar como trabajadores, a efectos de lo previsto en esta Ley, a las personas en situación de exclusión social desempleadas e inscritas en los Servicios Públicos de Empleo, con especiales dificultades para su integración en el mercado de trabajo, que estén incluidos en alguno de estos colectivos”... De igual forma, también estaba permitido este tipo de contratación cuando estos trabajadores se incluían dentro de los denominados Programas de Empleo y Formación, donde son considerados como un colectivo desfavorecido para la reinserción laboral, tal como se expone en el Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre⁷, cuya finalidad es tanto la reinserción laboral, como aminorar las altas tasas de desempleo que presenta dicho colectivo, tal como se expone en el apartado III de su Preámbulo: “Hay una serie de herramientas e instrumentos específicamente diseñados para fortalecer las carreras profesionales estables de las personas: de un lado, se promueven las medidas dirigidas a incentivar la integración estable en las empresas; de otro lado, se refuerza que los programas públicos de empleo-formación se articulen por medio de contratos de trabajo. Se pretende con ello, que las experiencias laborales y la formación en alternancia se produzcan fundamentalmente por medio de los mecanismos de contratación formativos previstos en la normativa laboral (contratos en prácticas y contratos para la formación y el aprendizaje”...

Tal como se ha expuesto anteriormente, en referencia al gran problema de desempleo que sufre el colectivo de trabajadores maduros, resulta interesante exponer unos datos para visualizar el incremento exponencial acaecido en los últimos años.



Fuente: Elaborado por el Observatorio de las Ocupaciones del SEPE a partir de los datos del SISPE. 31 de diciembre de 2007-2019.

⁶ Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción. BOE núm. 299, de 14/12/2007.

⁷ Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo. BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2021.

Al analizar los datos que arrojan las estadísticas podemos observar que en el año 2007, en España había aproximadamente 780.000 desempleados de más de 45 años, actualmente son más de 1,4 millones. Porcentualmente, el incremento se ha trasladado del 20% del total de desempleados hasta el 38,8% actual⁸. A nuestro juicio, este incremento es debido principalmente a dos factores: el envejecimiento de la población activa, la cual ha aumentado un 48% en los últimos diez años, y el factor edad, que se presenta como un freno a la contratación e inserción de este colectivo de trabajadores. Por ende, entendemos que el contrato formativo puede ser una de las herramientas que faciliten la reinserción laboral de estos trabajadores.

2. EL CONCEPTO DE TRABAJADOR MADURO

Dado que el concepto de trabajador maduro se puede encontrar asociado a diferentes terminologías: trabajadores de edad, trabajadores maduros, trabajadores mayores, etc.⁹, es posible afirmar que se trata de un segmento de la población activa que se sitúa desde los 45 años en adelante. A nuestro entender, trabajadores maduros o de edad avanzada son aquellos que en ocasiones puedan presentar algún déficit profesional, - esencialmente formativo-, lo cual no es óbice para disminuir sus aptitudes y competencias profesionales. Para Lama (2020), un trabajador maduro es toda persona que, por el significado del avance su edad, determinable en virtud de un trabajo específico y en cualquier fase del itercontractual laboral, está expuesta a sufrir, al menos, una desventaja o una afectación en sus derechos¹⁰. A tenor de esta aseveración, se plantea la cuestión sobre las dificultades y limitaciones que encuentran estos trabajadores para su inserción en el mercado laboral, así como la inquietud que provoca su salida prematura del mercado de trabajo, sobre todo en sus expectativas de futuros derechos prestacionales. En consecuencia, es factible encontrar el origen a estas dificultades en el carácter pernicioso del factor edad, el cual se ha instaurado entre la clase empresarial, como un elemento disuasorio a la hora de contratar y de mantener en su empleo a trabajadores mayores de 45 años.

Pero el hecho de una tener carencias formativas o ciertas limitaciones derivadas de la edad no es óbice para reducir el derecho al trabajo de estos trabajadores¹¹, y así lo expresaba el Tribunal Constitucional en su sentencia 22/1981, de 2 de julio, donde precisaba que “No cabe duda de que algunas actividades exigen unas condiciones físicas o intelectuales que el transcurso del tiempo puede menoscabar, por lo que en estos casos puede presumirse razonablemente que esa disminución de facultades resulta ya patente a una edad determinada y sobre esta base establecerse la extinción de la relación laboral. Pero, dadas las distintas aptitudes requeridas en las diversas actividades laborales, lo que ya no es razonable es presumir esa ineptitud con carácter general y a una misma edad para todos los trabajadores cualquiera que sea el sector económico en que se hallen integrados y el tipo de actividad que dentro de él desarrollen. Y aún más difícil

8 Datos extraídos del Informe del Mercado de Trabajo de los Mayores de 45 años realizado por el Observatorio de las ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal.

9 Vid Sánchez-Urán Azaña, Y. “Trabajadores de edad avanzada: empleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 33/2001, pp. 217 - 221.

10 Lama Gálvez, T. “Los trabajadores de edad y el envejecimiento activo laboral”. *Rev. Bolív. de Derecho* 30/ 2020, pp. 526-557.

11 “Aparicio Tovar, J. “Discriminación por razón de edad”. *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*, (Lousada, J.F y Movilla M. Coodres) Ed. Comares, Granada. 1998, pp.1 y ss; González Ortega, S. “La discriminación por razón de edad”. *Temas Laborales* 59/2001, pp. 93 y ss.

resulta alegar esa ineptitud para justificar una limitación al derecho al trabajo si se tiene en cuenta que se presume no de todos los ciudadanos que alcanzan una edad determinada¹²... En esta sentencia del Tribunal Constitucional se aprecia la temeridad de presumir la ineptitud de estos trabajadores con carácter general, por lo que se hace necesario un estudio individualizado de cada caso.

De igual forma, en la actualidad parece aceptarse social y laboralmente, que un trabajador a partir de los 45 años comienza a estar más expuesto a una salida del mercado de trabajo, aunque se conciba de forma temporal, debido a la escasez de oferta y al aumento de una demanda cada vez más cualificada, incluso tecnológicamente hablando¹³. Por consiguiente, esta aceptación de una salida temporal colisiona con la realidad, ya que estadísticamente se viene demostrando que los trabajadores maduros que de forma involuntaria salen del mercado laboral debido a múltiples vicisitudes, se convierten en desempleados de larga duración, con un horizonte laboral incierto.

Por ende, los trabajadores maduros que se encuentran en esta situación, se convierten en el eje típico de desigualdad personal y social, transformándose en firmes candidatos a engrosar la ratio de personas en exclusión social, con las consecuencias que ello conlleva. Así pues, para algún sector doctrinal este colectivo ha pasado a formar parte de la denominada generación obsoleta, por las casi inexistentes posibilidades de adaptación e inserción en el mercado laboral, pues uno de los principales problemas de este grupo de trabajadores aparece cuando sufren una pérdida de empleo. En estos casos, son más proclives a caer en el paro de larga duración, que de hecho se cronifica, convirtiéndose en parados perennes, sin apenas expectativas de volver a encontrar un empleo, más allá de servicios puntuales y de poca calidad¹⁴.

En la actualidad, la normativa vigente que ha sido dictada con la finalidad de evitar la discriminación por razón de edad de estos trabajadores¹⁵, está siendo identificada por los actores de las relaciones laborales como medidas anticipativas a la jubilación, en lugar de como disposiciones que permitan su reinserción en el mercado laboral.

3. EDADISMO PROFESIONAL

El término edadismo, se refiere a los estereotipos sistemáticos y discriminatorios contra las personas por el simple hecho de ser mayores y que se reflejan en conductas como el desdén, el desagrado, el insulto o, simplemente, evitando la cercanía y el contacto físico. Estas conductas

12 A mayor abundamiento, ver sentencia Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio.

13 En el Eurobarómetro sobre la discriminación en la UE en 2015, un 67% de los encuestados españoles cree que un candidato con más de 45 años está en situación de desventaja frente a otro candidato de menor edad a la hora de ser contratado por una empresa, pese a tener ambos las mismas habilidades y cualificaciones.

14 Gimeno Díaz de Atauri, G. Los trabajadores de más de 45 años en la crisis del mercado de trabajo. *Jurisprudencia laboral práctica*. 2015: jurisprudencia, negociación colectiva y estudios sobre el mercado de trabajo. Lex Nova-Thomson Reuters, Madrid. 2015.

15 La edad constituye un motivo de discriminación prohibido indirectamente por el artículo 14 CE (STC 75/1983) y de forma expresa en el artículo 17 LET en el ámbito de las relaciones laborales. A nivel comunitario cobra especial relevancia la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 que prohíbe cualquier discriminación directa o indirecta por motivo de la edad en el empleo y la ocupación.

se basan en un conjunto de tres elementos: las actitudes hacia las personas mayores, la edad avanzada y el proceso de envejecimiento¹⁶.

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud define el edadismo como un estereotipo, prejuicio y discriminación hacia las personas de ciertas edades debido a la afectación o deterioro natural de su salud¹⁷.

Es importante señalar que son diferentes los ámbitos en los que se produce discriminación por edadismo, entre otros, podemos señalar la economía y el tratamiento de la salud, pero fundamentalmente donde se viabiliza con mayor notoriedad es en el ámbito laboral. Es por ello que, los sesgos edadistas favorecen una descripción de los trabajadores mayores basada fundamentalmente en rasgos negativos, lo que puede fomentar la realización de prácticas profesionales discriminatorias¹⁸. Asimismo, y debido a la extendida creencia de que la persona mayor está limitada a causa de problemas físicos o mentales, una gran parte de la población concluye que las personas mayores no están en una disposición adecuada para trabajar y que aquellos que lo hacen, lo hacen de una forma poco productiva. Sin embargo, las personas mayores trabajadoras han demostrado que realizan su labor tan bien o mejor que otros grupos de edad en la mayoría de las tareas.

Pero, no solo el ámbito profesional minusvalora a las personas mayores, sino que, en una época de máximo encandilamiento hacia la juventud, ser mayor de 45 años supone, con demasiada frecuencia, una condena. A esta situación alude el llamado edadismo, una forma de discriminación poco conocida, pero que afecta a millones de personas en sus vidas cotidianas. Según el Instituto Nacional de Estadística, aproximadamente un 30% de las personas de más de 45 años en nuestro país afirman haber sufrido discriminación por su edad, un porcentaje comparable al sexismo o al racismo, las otras dos grandes discriminaciones de nuestro tiempo.

Ciñéndonos estrictamente al edadismo laboral, debemos indicar que es una forma de discriminación negativa hacia un colectivo determinado de trabajadores, siendo practicado en dos vertientes por un elevado número de empresas. Por una parte, en la forma de gestionar su capital humano e intelectual¹⁹, dejando de invertir en la formación de los profesionales maduros porque deducen que esa inversión tendrá un retorno menor a largo plazo que si se invierte en los profesionales más jóvenes y pasando por alto que el grado de compromiso estos trabajadores con la empresa es mucho mayor. Y por otra, a la hora de la contratar mano de obra, implementando estas empresas estrategias de contratación que evitan contratar a trabajadores de más edad, aduciendo, entre otras causas, su presunta falta de habilidades tecnológicas, suponiendo que sus conocimientos laborales estarán obsoletos, su dificultad para encajar en una plantilla mayoritariamente más joven, o su absentismo, que se entiende que será superior a causa de que se presume que los problemas de salud serán mayores.

Como consecuencia de estas prácticas potencialmente discriminatorias, se puede deducir que estas empresas incumplen lo establecido en la vigente normativa tanto nacional como internacional, en cuanto a la discriminación de ciertos colectivos. En tal sentido, se puede traer

16 Butler, R. "Ageism: Another form of bigotry". *The Gerontologist*, 9/1969; pp. 243-246.

17 Organización Mundial de la Salud. *Informe mundial sobre el edadismo - Resumen*. 18 de marzo de 2021.

18 Montoro Rodríguez, J. "Actitudes hacia las personas mayores y discriminación basada en la edad". *Revista multidisciplinar de gerontología*, Vol. 8, 1/1998; pp. 21-30

19 Para mayor información, ver Informe de transparencia y buen gobierno sobre la gestión del talento sénior en las empresas del IBEX 35, elaborado por la Fundación Compromiso y Transparencia. 2019.

a colación el Convenio número 111 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual, se puede considerar como la piedra angular de la legislación internacional en materia de discriminación. Con su entrada en vigor, se pretendían fomentar diversas medidas para mitigar los efectos perniciosos que la discriminación produce en las personas trabajadoras. Aunque en dicho convenio no se hace referencia explícita a la discriminación por razón de la edad, este tipo de discriminación sí puede considerarse implícita en su articulado²⁰.

A mayor abundamiento, es el propio estamento el que por medio de una ficha informativa denominada “*Conditions of work and employment for older workers in industrialized countries: Understanding the issues*”, trata de forma específica la situación de los trabajadores de edad madura. Con la publicación de este documento, se expone el cambio en la estructura de la población, visibilizando el avance paulatino del envejecimiento en los países desarrollados, principalmente a causa del aumento de la esperanza de vida, lo que obliga a afrontar el futuro laboral y prestacional de las personas trabajadoras de edad madura. No obstante, admite que el legislador ya ha emprendido medidas para paliar el impacto económico del envejecimiento, concretamente en lo referente al coste de las prestaciones tanto económicas como sanitarias, pero obviando de forma preocupante la situación que padecen estos trabajadores para su reinserción en el mercado laboral y los efectos que les produce esta situación tanto en su vida personal, familiar como social.

Posteriormente, en el año 1980, este mismo organismo, tras observar que lo estipulado en sus anteriores disposiciones no se estaba implementando de forma efectiva por los distintos países, acordó la publicación de la Recomendación 162 sobre los trabajadores de edad, donde instaba a los Estados miembros a la revisión de sus disposiciones legislativas, con el objetivo de elaborar medidas apropiadas para posibilitar a los trabajadores de edad encontrar empleo en condiciones adecuadas, haciendo especial hincapié en que las referidas medidas debían ser participadas tanto por las organizaciones de empleadores como de trabajadores, con el objetivo facilitar su readaptación profesional²¹.

En cuanto a la normativa europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, vigente desde el 7 de diciembre de 2000, en su artículo 21, prohíbe de forma estricta cualquier tipo de discriminación, y de forma particular, las derivadas por razón de edad²². Asimismo, la Directiva 2000/78/CE de 17 de noviembre²³ decreta esta prohibición en el ámbito laboral, ordenando a los Estados miembros a aplicar el principio de igualdad de trato. Sin embargo, considera que no existe discriminación cuando se establezcan políticas de empleo de acción positiva, orientadas a los colectivos con mayor dificultad para el acceso o reingreso al mercado de trabajo, como es el caso de los trabajadores de edad avanzada.

20 Concretamente el apartado b) del artículo 1 que define la discriminación en el trabajo “como cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación”.

21 Esta norma internacional tenía la intención de enmarcar las cuestiones de interés relacionadas con el empleo y las circunstancias laborales de los trabajadores mayores y estimular la acción para mejorarlas.

22 El art. 21 de la Carta de la UE dicta que: “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o raciales, características genéticas, lengua, religión, convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

23 Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. DOCE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000, páginas 16 a 22

Cabe resaltar, que el tratamiento normativo de la edad como causa de discriminación prohibida, es relativamente reciente en el Derecho Europeo en relación con otras causas de discriminación también prohibidas por el ordenamiento jurídico europeo, tales como la nacionalidad o el género²⁴. No obstante, en los últimos años la discriminación por razón de edad ha sido uno de los motivos que ha suscitado la elevación de un mayor número de cuestiones prejudiciales por los órganos judiciales nacionales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dando ello lugar a una profusa jurisprudencia en torno a dicha causa discriminatoria, tal como se configura en la Directiva 2000/78²⁵.

A tenor de estas consideraciones, la redacción de la Directiva 2000/78 condiciona la actuación de los distintos tribunales a la hora de aplicar criterios interpretativos, pues en su redacción son frecuentes las excepciones generales a la prohibición de la discriminación por razón de la edad. Al margen de estas excepciones, entiende el legislador europeo que existe otro conjunto de posibilidades de trato diferenciado de forma justificada, en función de la concurrencia de ciertos “requisitos profesionales”, los cuales deben ser esenciales y determinantes para ejercer una concreta actividad profesional.

Como conclusión de lo expuesto, se debe señalar que la edad como causa de discriminación es para la normativa europea una de las más difíciles de delimitar, porque puede operar en dos situaciones diferentes. Por una parte, en cuanto a la edad máxima legal para trabajar, y por otra sobre la edad mínima. Asimismo, el edadismo abarca múltiples estereotipos y generalizaciones acerca de las habilidades y capacidades personales que no están necesariamente ligadas a la edad cronológica, sino más bien a la biológica.

4. EL CONTRATO DE FORMACIÓN EN ALTERNANCIA

El contrato de formación en alternancia, tiene por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo, tal como recoge el artículo 11.2 ET. Por lo que entendemos, que la persona trabajadora recibe una formación, en el marco del sistema de formación profesional para el empleo, los conocidos como, certificados de profesionalidad o del sistema educativo de formación profesional o universitaria, a la vez que tiene un contrato laboral, y por tanto, una remuneración salarial.

En relación con sus posibles destinatarios, esta modalidad de contrato está dirigida a las personas que no puedan celebrar el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios, o que posean otra titulación diferente a la que estén cursando

24 En este sentido, ver Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de septiembre de 2007. Asunto C-227/04, donde los límites impuestos a la prohibición de discriminación por razón de la edad fueron destacados por el Abogado General Jacobs en las conclusiones presentadas, al admitir que los límites de edad resultan a menudo “no sólo aceptables, sino claramente beneficiosos, y en ocasiones esenciales”. Por su parte, en las conclusiones presentadas en este mismo asunto, la Abogada General Sharpston reinterpretó las observaciones realizadas por Jacobs, al señalar que: no resulta apropiado - ni tampoco posible - aplicar la prohibición de discriminación basada en la edad en este supuesto con el mismo rigor que la prohibición de toda discriminación fundada en el sexo.

25 Como ejemplo, Sentencia TJUE de 12 de enero de 2010, Petersen c. Berufsgausschuss Für Zahnärzte, Asunto C-341/08. Sentencia TJUE de 13 de septiembre de 2011, R. Prigge, M. Fromm & V. Lambach c. Deutsche Lufthansa AG, Asunto C-447/09.

y no hayan tenido otro contrato similar. Ésta modalidad viene a sustituir al contrato para la formación y el aprendizaje, el cual, estaba diseñado en exclusiva para regular la relación laboral anexa al proceso formativo en el marco del sistema de formación profesional.

A tenor de lo anteriormente expuesto, es fácilmente entendible la intención del legislador de atender tanto a sujetos que no dispongan de cualificación académica, así como, a los que estando en posesión de alguna titulación, no hayan tenido otro contrato de similares características previo en una formación del mismo nivel formativo y del mismo sector productivo. Al margen de otros procesos formativos, una cuestión importante en lo referente a los contratos que se vayan a perfeccionar con estudiantes universitarios, es que esta modalidad contractual ofrece un marco jurídico adecuado para su formalización, evitando así, una posible fuente de fraude, abuso o inaplicación de la norma, ya que la anterior Formación Universitaria Dual, la cual fue introducida en el ordenamiento por medio de Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, carecía del pertinente desarrollo reglamentario, lo cual conllevaba a una interpretación errónea por parte de algunas empresas.

Con respecto a su finalidad, este tipo de contrato debe, por una parte, proporcionar una cualificación profesional acreditada con una formación teórica y una práctica adecuada para el desempeño de una profesión, a través de un contrato laboral retribuido, y por otra, activar la inserción laboral de los jóvenes debido a su dificultad para acceder al mercado laboral. Esto último, es lo que actualmente está tomando más relevancia, ya que se ha demostrado que se está fomentando más este tipo de contratación como una medida para potenciar la inserción laboral de los jóvenes, que como una medida formativa²⁶.

Ahora bien, tal y como se ha adelantado en la introducción de este estudio en relación con la posibilidad de contratación del colectivo de trabajadores maduros, al igual que ocurre con el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional, esta modalidad no pone trabas alguna a este colectivo para su formalización, exceptuando las referidas cuando se suscriba en el marco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo-formación, que formen parte del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo.

No obstante, hay que destacar que encontramos dos excepciones que operan en relación al factor edad en relación con esta prerrogativa. Estas excepciones se encuentran enumeradas, por una parte, en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre para la regulación del régimen de las empresas de inserción, donde en su artículo 2.1 establece que: Las empresas de inserción podrán contratar como trabajadores, a efectos de lo previsto en esta Ley, a las personas en situación de exclusión social desempleadas e inscritas en los Servicios Públicos de Empleo, con especiales dificultades para su integración en el mercado de trabajo, que estén incluidos en alguno de estos colectivos. Y por otra, en la disposición adicional novena de la Ley de Empleo²⁷, donde en su apartado segundo indica que: Las personas trabajadoras mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación previstos en este texto refundido de la Ley de Empleo, podrán ser contratadas mediante el contrato formativo previsto en el artículo 11.2 del Estatuto de los Trabajadores.

26 Herraiz Martín, M. “El contrato para la formación: nueva legislación y jurisprudencia”. *Aranzadi Social*, 5/2006. pp. 1181-1200.

27 Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. BOE núm. 255, de 24/10/2015

5. EL CONTRATO FORMATIVO PARA LA OBTENCIÓN DE LA PRÁCTICA PROFESIONAL ADECUADA AL NIVEL DE ESTUDIOS COMO MEDIDA DE FOMENTO DE INSERCIÓN LABORAL

Es una evidencia aceptada socialmente que la finalización de unos estudios reglados cuya finalidad es la obtención de una titulación académica o profesional por parte de un trabajador, no le abre de manera automática las puertas del mercado de trabajo, principalmente cuando se trata de adquirir una primera experiencia laboral que le habilite a un mejor desarrollo de las funciones para las que ha sido formado²⁸.

Como se ha señalado anteriormente, el desempleo en nuestro país afecta a la totalidad de los trabajadores, pero hay algunos colectivos más desfavorecidos que otros, que presentan una tasa de desempleo muy elevada. Entre ellos, se encuentra el colectivo de parados de larga duración formado por las personas de avanzada edad²⁹, los cuales pueden encontrar una vía de reinserción laboral con la formalización de un contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios, siempre que cumplan los requisitos establecidos en la normativa.

En lo referente al contrato formativo para la obtención de la práctica profesional, podríamos asimilarlo al anterior contrato en prácticas. Este contrato se formaliza para la obtención de la práctica profesional en una empresa adecuada al nivel de estudios obtenidos por la persona trabajadora. Este tipo de contratación permite a quienes poseen una titulación reciente la adquisición de una experiencia profesional práctica adecuada a su nivel de estudios, que les va a permitir el desempeño de una profesión u oficio y les va a facilitar su inserción laboral. En este sentido, como se puede comprobar, tras las modificaciones introducidas en el art. 11 del ET se amplía el círculo de sujetos que pueden celebrar un contrato formativo, lo que, a su vez, determina que algunos de los que quedaban excluidos de acuerdo con la regulación anterior prevista en el art. 11.1 del ET, ahora puedan concertar este tipo de contrato y adquirir la citada experiencia profesional.

En esencia, el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional tiene la finalidad de facilitar el desarrollo de una práctica profesional para recientes titulados, por lo que está enfocado al fomento de la ocupación de personas tituladas, que, sin embargo, carecen de experiencia laboral. Esta pretensión trae a colación, en referencia a que no se desvirtúe el propósito de este contrato, el papel fundamental que tienen los convenios colectivos tanto sectoriales de ámbito sectorial estatal, autonómico o, en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, en la regularización de los puestos de trabajo, las actividades, y los grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio del contrato formativo.

Asimismo, a través de esta modalidad contractual se pretende dar la oportunidad de aplicar en la práctica aquellos conocimientos previamente adquiridos y romper, de este modo, el círculo vicioso

28 González Díaz, F.A., “Un análisis de los estímulos a la contratación contenidos en la Ley 11/2013”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 8, 2013, pp. 22 y ss. Sánchez Trigueros, C., González Díaz, F.A., Fernández Collados, M.B., “El fomento de la formación como vehículo de inserción laboral de jóvenes”, en AA.VV. *Retos del Derecho del trabajo frente al desempleo juvenil*, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, pp. 802 y ss.

29 El paro de larga duración se concentra en los grupos de más avanzada edad, especialmente entre las franjas de los 45 y 60 años, que llevan sin trabajar más de 12 meses debido a sus características peculiares, lo que impide reincorporarse al mercado laboral.

de inexperiencia y no contratación. No obstante, en puridad, el artículo 11.3.a. ET expresa que: Podrá concertarse con quienes estuviesen en posesión de un título universitario o de un título de grado medio o superior; especialista, máster profesional o certificado del sistema de formación profesional, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, así como con quienes posean un título equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral. Por lo que esta modalidad contractual no impone un límite de edad³⁰, ya que se presupone que quién ha concluido sus estudios, indistintamente del momento de su vida en que se encuentre, tiene derecho a ser contratado bajo esta modalidad. Su régimen jurídico no fija una edad máxima para el trabajador, sino que simplemente hace una referencia al período inmediatamente posterior a la finalización de los estudios, por lo que se deduce que no es la edad una exigencia expresa para la celebración del contrato formativo para la obtención de la práctica profesional.

A tenor de esta aseveración, el art. 11.3.a. ET no vincula edad y modalidad contractual, sino estudios recientes y aplicación productiva de lo aprendido³¹. Es la fecha de finalización de los estudios, y no la edad del trabajador, la que se debe tener en cuenta como fecha indicativa del período temporal dentro del cual resulta lícito concertar este tipo de contrato³².

Aunque como se ha dicho anteriormente, como regla general, este tipo de contratación está más enfocada a la inserción de jóvenes titulados en el mercado laboral que a la reinserción de trabajadores de edad que por distintas circunstancias - ya sean voluntarias o involuntarias - hayan perdido su empleo, se deben tener en consideración una serie de datos que evidencian el elevado número de trabajadores de edad madura que consiguen una titulación -concretamente universitaria- que les habilita para reinsertarse en el mercado de trabajo. Según el Ministerio de Universidades en el año 2019 casi 50.000 estudiantes de más de 45 años obtuvieron un título de Grado, Máster o Doctorado en las distintas ramas de conocimiento³³, lo que provoca que esta modalidad contractual se convierta en una importante oportunidad de contratación para estas personas, y así lo estima, entre otros organismos, la Unión Europea, que entiende que las prácticas laborales, tanto para estudiantes como para jóvenes que han finalizado su formación, son una pasarela idónea en la transición hacia la inserción laboral. Unas prácticas que incluso aportan ventajas en las propias empresas, ya que permiten abordar los desfases de capacidades, explorar conocimientos actualizados y facilitar futuras contrataciones³⁴. En este punto, es importante resaltar la importancia del vocablo “estudiantes” que utiliza el referido organismo, pues engloba a cualquier persona, al margen de la edad a la que haya finalizado alguna formación académica.

30 Montoya Melgar, A. *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid. 2004, p. 593.

31 Sánchez Trigueros, C., González Díaz, F.A., Fernández Collados, M.B., “El fomento de la formación como vehículo de inserción laboral de jóvenes”, en AA.VV. *Retos del Derecho del trabajo frente al desempleo juvenil*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, pp. 802 y ss.

32 Selma Penalva, A., “Los trabajadores más jóvenes como colectivo especialmente protegido en el ámbito laboral”, *Actualidad Laboral* 3/2014, pp. 13 y ss.

33 Datos extraídos del informe del Ministerio de Universidades “Datos y cifras del sistema universitario español 2020-2021”, donde se evidencia el elevado número de egresados mayores de 45 años, siendo especialmente importante en referencia a la obtención de un título de Master, ya que el 34% de los egresados eran mayores de 40 años.

34 Morales Ortega, J.M., “La estrategia del emprendimiento y empleo joven y la Ley 11/2013 en el contexto europeo: garantía laboral y garantía formativa”, en AA.VV. *La estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*. Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 91 y ss.

Pero alrededor de esta cuestión de inserción o reinserción laboral del citado colectivo de trabajadores maduros, y reiterando que este tipo de contratación está más enfocada a la inserción de jóvenes titulados en el mercado laboral que a la reinserción de trabajadores de edad, se debe exponer que hasta hace pocas fechas se producía una situación de potencial discriminación con esta forma de contratación. Ello era debido a que se ofrecían por el Servicio Público de Empleo Estatal³⁵, una serie de bonificaciones a la contratación a trabajadores menores de 30 años³⁶, lo cual les proporcionaba una cierta ventaja frente a la contratación de otros colectivos, y, consecuentemente, resultaba evidente que una empresa optaba por la contratación de un trabajador joven, el cual, le suponía menores costes laborales, tal como ocurría con el extinguido contrato en prácticas³⁷. En la actualidad, este tipo de bonificaciones solo son aplicables cuando se celebren con trabajadores con discapacidad.

De igual forma, con esta modalidad contractual se pretende zanjar diferentes irregularidades que se producían -en especial con trabajadores maduros- que daban lugar al incumplimiento del objeto de este tipo de contratos. Entre estas anomalías, hay que resaltar la frecuente práctica empresarial de emplear a los trabajadores contratados bajo esta modalidad para realizar labores que no guardan relación con la titulación obtenida. Esta mala praxis, se basa principalmente en la constatación de dos supuestos de hecho. Por una parte, los casos en los que la experiencia laboral anterior de estos trabajadores los condiciona, haciéndolos proclives a ocupar diferentes puestos en la organización más acordes a las necesidades de la misma, que a perfeccionar su titulación. Por lo que, resulta interesante en este punto, exponer lo establecido en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sobre este hecho: “Pues bien, partiendo de que este tipo de contratos formativos se caracteriza frente al contrato de trabajo común, por su especial finalidad de proporcionar al trabajador inexperto una capacitación profesional obtenida a través de la práctica en la empresa de conocimientos previamente adquiridos, por lo que en consecuencia al decir de la doctrina, la formación no constituye una obligación autónoma del empresario sino que constituye un límite a la determinación contractual de la prestación de trabajo, debiendo por tanto el puesto de trabajo asignado permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados. Por lo que son requisitos esenciales para su validez, en primer lugar que el trabajador disponga de un título apto para la formalización de este tipo de contratos y segundo, que sea destinado por la empresa a un puesto de trabajo que conlleve la realización de tareas y funciones que efectivamente permitan la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de la titulación”³⁸. Y por otra parte, los derivados de que la empresa aprecie la inadecuada cualificación del trabajador para determinados puestos, lo que, que a nuestro juicio, debe ser fiscalizado por los organismos de inspección. En referencia a esta segunda cuestión, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana declara que: “Lo que se trata de lograr no es la comprobación por el empresario de la idoneidad profesional del

35 Servicio Público de Empleo Estatal. Guía de bonificaciones / reducciones a la contratación laboral. 2020.

36 Moreno Gené, J., “Los estímulos a la contratación laboral de los jóvenes en el Real Decreto-Ley 4/2013”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 364/2013, pp. 67 y ss. Taléns Visconti, E.,

“Estímulos a la contratación”, en AA.VV. *Reforma laboral y de Seguridad Social 2013*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 208 y ss. González Díaz, F.A., “Un análisis de los estímulos a la contratación contenidos en la Ley 11/2013”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, 8/2013, pp. 1 y ss.

37 Valle Muñoz, F.A. “El contrato en prácticas incentivado como mecanismo de inserción laboral”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 42/2016. pp. 110-142.

38 STSJ de Andalucía núm 15165/1999, de 3 de diciembre de 1999. Rec: 1745/1999.

trabajador, sino la adquisición por el contratado de una práctica profesional que mejore su nivel formativo y su posición en el mercado de trabajo ³⁹.

A colación de estas fraudulentas prácticas, hemos de señalar que el art. 11.4.f ET señala que: las empresas que estén aplicando algunas de las medidas de flexibilidad interna reguladas en los artículos 47 y 47 bis, podrán concertar contratos formativos siempre que las personas contratadas bajo esta modalidad no sustituyan funciones o tareas realizadas habitualmente por las personas afectadas por las medidas de suspensión o reducción de jornada. A pesar de que este dictado es lo suficientemente conciso, puede dar lugar a una aplicación incorrecta del objeto del contrato formativo, en pos, de la salvaguarda de los intereses de la empresa, por lo que la formalización de este tipo de contrato, deberá ser fiscalizado de forma escrupulosa tanto por la autoridad laboral, como por la representación de las personas trabajadoras.

6. EXCEPCIONES

Como se ha adelantado en epígrafes anteriores, este tipo de contrato no observa limitación alguna en referencia a la edad del trabajador, exceptuando, que el contrato se suscriba en base al art. 11.2.b ET, el cual restringe la edad a 30 años como máximo.

No obstante, se producen dos excepciones a esta limitación. La primera en virtud del art. 11.4.d ET, la cual establece que: Los límites de edad y en la duración máxima del contrato formativo no serán de aplicación cuando se concierte con personas con discapacidad o con los colectivos en situación de exclusión social previstos en el artículo 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, en los casos en que sean contratados por parte de empresas de inserción que estén cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente. Reglamentariamente se establecerán dichos límites para adecuarlos a los estudios, al plan o programa formativo y al grado de discapacidad y características de estas personas. Y la segunda, en virtud de la nueva disposición adicional novena de la Ley de Empleo, donde en su segundo punto expone: Las personas trabajadoras mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación previstos en este texto refundido de la Ley de Empleo, podrán ser contratadas mediante el contrato formativo previsto en el artículo 11.2 ET.

6.1. Ley 44/2007 de 13 de diciembre

A continuación, expondremos brevemente, una de las excepciones que obran para la contratación de los trabajadores de edad madura vía un contrato formativo a través de lo regulado en la Ley 44/2007 de 13 de diciembre, cuando sean considerados como un colectivo en riesgo de exclusión social, y siempre que cumplan ciertos requisitos que deberán ser acreditados por los correspondientes servicios sociales competentes y sean contratados por empresas de inserción. Tal como expone Del Negro (2012)⁴⁰, las personas a las que van especialmente dirigidas las empresas de inserción son aquellas que cuentan con algún tipo de desventaja. Estas desventajas no tienen por qué referirse a una discapacidad física o mental, sino que pueden ser limitaciones que le impiden acceder a un empleo. Por tanto, se puede afirmar que estas desventajas en el colectivo

39 STSJ de la Comunidad Valenciana 3385/2018, de 18 de abril de 2018 Rec: 844/2018.

40 Del Negro, G. "Las empresas sociales de inserción frente a la exclusión social: Antecedentes metodológicos y perspectivas de análisis". *Prisma Social*, 9/2010, pp. 285-310.

de trabajadores maduros se concentran generalmente en la edad, la cual actúa como una rémora para su contratación. Asimismo, es importante precisar que no todos los colectivos en exclusión social reciben el mismo apoyo de las instituciones.

De forma específica, la referida Ley expone en su Preámbulo que: un rasgo común a casi todas las situaciones de exclusión social es la dificultad para participar en los mecanismos habituales de formación e inserción laboral. Pero una cuestión que resulta cuanto menos singular en comparación con otras disposiciones⁴¹, es que en esta norma no se considera como un colectivo en riesgo de exclusión a los trabajadores mayores de 45 años, por lo que entendemos que acceder a este tipo de contratación puede presentar problemas de calificación que dificultarán la determinación de si un supuesto fáctico determinado cae o no dentro del ámbito de aplicación de la norma. No obstante, de forma residual, los trabajadores mayores de 45 años podrían ser incluidos en el apartado 2º del artículo 2 b) de la citada Ley, es decir, en aquellas personas que hayan agotado la percepción de la renta mínima de inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, si fuese el caso.

En relación con la no consideración de los trabajadores mayores de 45 años como un colectivo en riesgo de exclusión social, es habitual pensar que un trabajador en riesgo de exclusión social es aquel que lleva desempleado un largo periodo de tiempo y ha agotado cualquier tipo de prestación o subsidio, pero realmente un trabajador puede estar en riesgo de exclusión incluso teniendo empleo. Esta circunstancia se da, por ejemplo, cuando tenga un contrato a tiempo parcial y su jornada de trabajo sea ínfima. Es por ello que, en supuestos como el descrito, es necesario ofrecerle herramientas como la formación y el aprendizaje, para salir de dicha situación sin tener que llegar a la situación de ser un colectivo en riesgo de exclusión social.

6.2. Los programas de empleo y formación

El Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, en su disposición final segunda, introduce una nueva disposición adicional novena en el texto refundido de la Ley de Empleo con la siguiente redacción en su punto segundo: Las personas trabajadoras mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación previstos en este texto refundido de la Ley de Empleo, podrán ser contratadas mediante el contrato formativo previsto en el artículo 11.2 del ET.

Por lo que, esta excepción favorece la contratación de un trabajador maduro a través de un contrato formativo, cuando se incluya en alguno de los Programas de Empleo y Formación, que se encuentran regulados en el Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre⁴². En este reglamento, se otorga una especial atención al colectivo de trabajadores mayores de 45 años y así se manifiesta en su artículo 75, que precisa que: Serán objeto del programa para evitar la discriminación por razón de edad las medidas o acciones de políticas activas de empleo que faciliten la reactivación e inserción laboral de personas demandantes de empleo y servicios que

41 Como ejemplo, podemos señalar el artículo 2.d) del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, donde entre sus objetivos se encuentra asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente jóvenes, mujeres, personas con discapacidad y parados de larga duración, mayores de 45 años.

42 Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo. BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2021.

sean mayores de 45 años, preferentemente desempleadas de larga duración, así como las ayudas o subvenciones públicas que incentiven su contratación y el emprendimiento de una actividad por cuenta propia. Además de lo establecido en este artículo, una novedad que presenta este RD es la incorporación de un programa específico para evitar la discriminación por razón de edad, en el que se contemplan acciones para facilitar la inserción laboral de este colectivo, dando preferencia de participación a los desempleados de larga duración.

Esta esperada novedad jurídica, abre nuevas expectativas de inserción para estos trabajadores, sin necesidad de tener que ser evaluados ni calificados como un colectivo en riesgo de exclusión social.

No obstante, el citado RD en su disposición final novena concede a las distintas Administraciones en sus respectivos ámbitos competenciales, un plazo de un año para realizar las adaptaciones que resulten necesarias de cada uno de los programas comunes de activación previstos en el mismo. Es decir, que mientras que no transcurra el citado año seguirá en vigor la normativa actual, en caso de no haber sido derogada o modificada por el propio RD⁴³. Ello conlleva que el novedoso programa sobre discriminación por razón de edad quedará en suspenso hasta que no se produzcan las referidas adaptaciones.

7. CONCLUSIONES

Entre los distintos instrumentos que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para el fomento del empleo, el contrato formativo en sus dos modalidades posibles es una de las herramientas más útiles destinadas a estimular la contratación de ciertos colectivos y su inserción en el mercado de trabajo.

Como se ha detallado en este estudio, los distintos contratos formativos tienen una larga trayectoria en nuestro ordenamiento jurídico y su regulación ha sido objeto de numerosas modificaciones con el propósito de que se cumplan los fines para los que fueron instaurados: la obtención de una formación y unas prácticas laborales y la inserción o reinserción en el mercado laboral. No obstante, hay que resaltar que estos contratos han sido proyectados por el legislador como un estímulo a la contratación de un sector concreto de la población, la juvenil, obviando de manera expresa a otros colectivos con las mismas o superiores dificultades de inserción, como pueden ser, entre otros, el de los trabajadores maduros.

Debido a las altas tasas de desempleo, así como a la estigmatización que sufren estos trabajadores por razón de su edad, se ha demostrado que el régimen jurídico laboral de los contratos formativos anteriores en España, presentaban algunas carencias que debían ser solventadas con pertinentes reformas legislativas. De igual forma, se hacía necesaria una mayor involucración tanto de las organizaciones empresariales, como de los sindicatos, para elaborar una serie de iniciativas en el contexto formativo y de las políticas activas de empleo, que ayudasen, cuanto menos, a reducir los inconvenientes y prejuicios que soporta este colectivo para la reinserción laboral.

De igual forma, otro aspecto que merece la implementación de unas medidas de control más exhaustivas para evitar abusos y fraudes, es la referente al cumplimiento del objeto de este

43 Este RD en su disposición derogatoria única procede a derogar diecinueve normas y modifica cinco normas vigentes para su adaptación al nuevo marco normativo.

contrato. Pese a la importancia que tienen las prácticas profesionales desarrolladas a través de estos contratos, las mismas no siempre desempeñan el papel que debieran, ya que hasta ahora, se estaba potenciando un tipo de contrato que en la mayoría de los casos se estaba utilizando como un contrato ordinario, en el que el trabajador veía como se precarizaban sus condiciones de trabajo y el empresario se beneficiaba de la exención de diferentes gastos, teniendo a su disposición un contrato de bajo coste.

Otra cuestión reseñable sobre este contrato, es la importancia que se da a los convenios colectivos sectoriales como de ámbito inferior, para la determinación de los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio este contrato. Por lo que es de esperar, que los actores sociales no se limiten a reproducir lo dictado en la norma, ya que hasta ahora eran exiguas las ocasiones en las que podíamos encontrar una regulación más detallada de lo establecido contractual que no presentaba una importancia relevante en la negociación colectiva.

Ahora bien, al margen de las posibles lagunas y carencias que puedan mostrar tanto la actual normativa como la negociación colectiva en relación con los diferentes contratos formativos, se puede concluir que este modelo de contratación también debe fomentarse como una verdadera oportunidad de inserción o reinserción laboral de los trabajadores de edad madura, en la que dichos trabajadores obtengan no sólo la formación, sino también la cualificación o recualificación profesional que les sirva tanto en el presente como en su futuro profesional, y que, por ende, les proporcione un acceso y permanencia lo más estable posible en el mercado laboral.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APARICIO TOVAR, J. “Discriminación por razón de edad”. *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*. (Lousada, J.F. y Movilla M. Coodres) Ed. Comares, Granada. 1998, pp.1 y ss.

BUTLER, R. “Ageism: Another form of bigotry”. *The Gerontologist*, 9/1969; pp. 243-246.

Del Negro, G. “Las empresas sociales de inserción frente a la exclusión social: Antecedentes metodológicos y perspectivas de análisis”. *Prisma Social*, 9/2010, pp. 285-310.

GIMENO DÍAZ DE ATAURI, G. *Los trabajadores de más de 45 años en la crisis del mercado de trabajo. Jurisprudencia laboral práctica. 2015: jurisprudencia, negociación colectiva y estudios sobre el mercado de trabajo*. Lex Nova-Thomson Reuters, Madrid. 2015.

GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. “Un análisis de los estímulos a la contratación contenidos en la Ley 11/2013”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, 8/2013, pp. 1 y ss.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. “La discriminación por razón de edad”. *Temas Laborales* 59/2001, pp. 93 y ss.

HERRAIZ MARTÍN, M. “El contrato para la formación: nueva legislación y jurisprudencia”. *Aranzadi Social*, 5/2006. pp. 1181-1200.

LAMA GÁLVEZ, T. “Los trabajadores de edad y el envejecimiento activo laboral”. *Rev. Boliv. de Derecho* 30/ 2020, pp. 526-557.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
PECULIARIDADES DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS PARA
LOS COLECTIVOS EN RIESGO DE EXCLUSIÓN: ESPECIAL
REFERENCIA A TRABAJADORES MADUROS

513

MONTORO RODRÍGUEZ, J. “Actitudes hacia las personas mayores y discriminación basada en la edad”. *Revista multidisciplinar de gerontología*, Vol. 8, 1/1998; pp. 21-30

MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid. 2004, p. 593.

MORALES ORTEGA, J.M. “La estrategia del emprendimiento y empleo joven y la Ley 11/2013 en el contexto europeo: garantía laboral y garantía formativa”, en AA.VV. *La estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*. Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 91 y ss.

MORENO GENÉ, J. “Los estímulos a la contratación laboral de los jóvenes en el Real Decreto-Ley 4/2013”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF* 364/2013, pp. 67 y ss.

MORENO GENÉ, J. *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*. Atelier. Barcelona. 2015, p. 50.

PEDRAJAS MORENO, A. “El contrato de aprendizaje”. *Relaciones Laborales*, núm. 1/1994. p.1.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., “El fomento de la formación como vehículo de inserción laboral de jóvenes”, en AA.VV. *Retos del Derecho del trabajo frente al desempleo juvenil*, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, pp. 802 y ss.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. “Trabajadores de «edad avanzada»: empleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 33/2001, pp. 217 - 221.

SELMA PENALVA, A. “Los trabajadores más jóvenes como colectivo especialmente protegido en el ámbito laboral”, *Actualidad Laboral* 3/2014, pp. 13 y ss.

TALÉNS VISCONTI, E. “Estímulos a la contratación”, en AA.VV. *Reforma laboral y de Seguridad Social 2013*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 208 y ss.

VALLE MUÑOZ, F.A. “El contrato en prácticas incentivado como mecanismo de inserción laboral”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 42/2016. pp. 110-142.

**PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
EL CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADOS.
EL REFUERZO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD**

JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ TORRADO
Doctorando Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

1. El contrato de obra o servicio y su evolución normativa en la historia reciente
2. Interpretación jurisprudencial de los requisitos del contrato de obra o servicio en la doctrina reciente
 - 2.1. La contrata no tiene autonomía y sustantividad propia si es la actividad normal de la empresa (STS de 29 de diciembre de 2020)
 - 2.2. La naturaleza temporal de la actividad a realizar (STS de 5 de marzo de 2021)
 - 2.3. El contrato fijo de obra y su duración (STJUE de 24 de junio de 2021)
 - 2.3.1. Supuesto de hecho y contrato fijo de obra
 - 2.3.2. Problemática del litigio y fundamentos de derecho
3. El contrato de obra o servicio en la negociación colectiva
 - 3.1. Espacio de la negociación colectiva en la regulación del contrato de obra o servicio
 - 3.2. Algunos contenidos negociales sobre el contrato de obra o servicio
 - 3.2.1. Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center y SAN de 9 de septiembre de 2021 (JUR/2021/307402)
 - 3.2.2. Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado
 - 3.2.3. VII Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos
 - 3.2.4. Convenio colectivo de la provincia de Navarra del Sector de la limpieza
 - 3.2.5. Convenio colectivo de establecimientos financieros de crédito
4. Efectos tras el cambio de jurisprudencia y perspectivas futuras tras la reforma laboral
 - 4.1. Posibles efectos tras el cambio de jurisprudencia
 - 4.1.1. Conversión de contratos temporales en indefinidos
 - 4.1.2. Previsiones de convenios colectivos contrarias al art. 15.1. a) ET
 - 4.1.3. Aumento de los despidos colectivos
 - 4.1.4. Régimen extintivo de los contratos
 - 4.1.5. Penalización a la subcontratación
 - 4.1.6. Cumplimiento del principio de no discriminación
 - 4.2. Nuevas perspectivas tras la aprobación de la reforma laboral operada por el RDL 32/2022

1. EL CONTRATO DE OBRA O SERVICIO Y SU EVOLUCIÓN NORMATIVA EN LA HISTORIA RECIENTE

En este apartado reflejaremos de forma breve y a grandes rasgos el iter de reformas que ha experimentado el contrato de obra o servicio, en concreto el art.15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹, hasta llegar a su redacción actual. Asimismo, haremos alusión a la normativa que desarrolla el citado artículo y la normativa comunitaria que afecta a la referida modalidad contractual. Con esta breve exposición se pretende mostrar la inercia de la regulación legal ante el problema del abuso de la temporalidad.

Con carácter preliminar, conviene hacer referencia al principio de contratación indefinida, en relación con el principio de causalidad en la contratación de duración determinada². Según el art. 15.1 ET -aunque al inicio del precepto da la sensación de que exista libertad de elección entre las dos modalidades³- la contratación temporal, únicamente, se podrá celebrar en los supuestos concretos previstos en el art. 15.1 ET (obra o servicio, incremento de la producción o interinidad) siempre que concurra la causa de temporalidad fijada legalmente que justifique el recurso a esta modalidad. Consecuentemente, la relación laboral no será temporal por la decisión de las partes, sino porque la realidad inicial y el desarrollo de la relación responda efectivamente a las causas establecidas por la reguladora de los contratos temporales, convirtiendo la falta de causa en contrato indefinido⁴.

En cuanto a la evolución de la regulación del contrato de obra o servicio, apreciamos un progresivo -aunque lento y no siempre efectivo- interés del legislador por delimitar y restringir el recurso al mismo para los supuestos en los que concurra realmente la causa temporal que lo justifica. Desde nuestro punto de vista, el iter de reformas del contrato de obra o servicio en la historia reciente se podría clasificar en tres fases en atención a la actuación del legislador: 1- indefinición (1976-1997); 2- intento delimitador (1997-2010) y; 3- inacción (2010-actualidad).

En relación a la primera fase, que hemos denominado como de *indefinición (1976/1994)*, tanto la Ley 16/1976 de Relaciones Laborales como el ET de 1980⁵, en términos muy similares, establecen como primera excepción a la contratación indefinida al contrato de obra o servicio determinado. Ninguna de las dos normas establece ninguna característica que delimite la aludida modalidad contractual, lo cual incrementaba el riesgo de utilización para necesidades permanentes de la empresa.

Seguidamente, la Ley 11/1994⁶ introduce dos cambios relevantes: En primer lugar, en cuanto al concepto del contrato de obra o servicio determinado, se introduce el elemento definitorio de sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa. En segundo lugar, se atribuye a

1 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 13-11-2015).

2 Sobre las implicaciones del principio de causalidad, vid. Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021, pp. 181 a 190.

3 Vid. Art.15.1 ET “El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada”.

4 Mercader Uguina, J., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p 296.

5 Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (BOE 26-04-1976).

Ley 8/1980 de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE 14-03-1980).

6 Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE 23-05-1994).

la negociación colectiva la facultad de identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.

Por lo que respecta a la segunda fase, de *intento de delimitación (1997-2010)*, se percibe la intención del legislador de especificar y limitar los supuestos de contratación temporal, restringiendo su uso injustificado. Igualmente, se otorga un mayor protagonismo a la negociación colectiva en la contratación temporal.

Así, la Ley 63/1997⁷ introduce un criterio temporal en la definición del contrato del art. 15.1. a) ET e introduce la nota de autonomía a la definición de la actividad que justifique el contrato de obra o servicio. Si bien, el criterio temporal presenta una importante indeterminación, provocando que al amparo del mismo se hayan desarrollado -en términos del TS- relaciones laborales con expectativas de finalización remota provocando una desnaturalización de la causa temporal, como explicaremos más adelante en este trabajo⁸.

Además, como novedad, la citada ley concreta el nivel de negociación colectiva - convenios colectivos sectoriales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresas- facultado para identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos temporales⁹.

Por su parte, el RD 2720/1998¹⁰, en relación a la definición y requisitos del contrato referido no presenta ninguna innovación, como es propio de un reglamento de desarrollo. Si bien, en relación a la formalidad del contrato -necesariamente escrita-, exige la obligatoriedad de especificar e identificar en el contrato, con precisión y claridad, la obra que constituya el objeto. Acerca de la duración del contrato referido, se vincula la misma a la realización de la obra, no siendo necesaria su fijación en el contrato. En caso de que se fije la duración, deberá considerarse de carácter orientativo en función de lo indicado previamente¹¹.

En la esfera europea, en esta etapa presenta una importante incidencia la Directiva 1999/70 CE¹² sobre el trabajo de duración determinada, cuyo objeto es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación y establecer un marco para evitar abusos derivados de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

En relación a los instrumentos para evitar abusos de la contratación temporal, el RDL 5/2006¹³ introdujo en la legislación (art. 15.5 ET) un mecanismo a fin de evitar la sucesión o encadenamiento de contratos temporales coherente con el principio esencial de contratación indefinida.

7 Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y Fomento de la Contratación Indefinida (BOE 30-12-1997).

8 STS de 19 de julio de 2018 (RJ 2018/4184).

9 En el ET 1995 se hace referencia a la negociación colectiva en general, sin determinar el nivel adecuado.

10 Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada (BOE 8-01-1999).

11 Art. 2.2 RD 2720/1998.

12 Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (BOCE 10-07-1999).

13 Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE 14-06-2006).

Finalmente, la Ley 35/2010¹⁴ también pretende restringir el uso injustificado de la contratación temporal. Para ello, la norma establece un límite temporal máximo en los contratos para obra o servicio determinado a partir del cual se entiende la relación indefinida; se introducen unos ajustes en el mecanismo del art. 15.5 ET¹⁵; y, por último, se establece un incremento de la indemnización para los supuestos finalización de contratos temporales, aunque con implantación gradual en el tiempo.

El límite temporal determinado para los contratos de obra o servicio, hasta entonces inexistente, se fija por la ley en tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo sectorial o, en defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior.

Las intervenciones normativas nacionales referidas anteriormente, desde la Ley 63/1997, presentan como elemento común la presencia de disposiciones transitorias que permiten a los contratos celebrados antes de las reformas seguir rigiéndose por la norma legal o convencional vigente en el momento de celebración del contrato.

La tercera fase, que hemos denominado como de *inactividad (2010-actualidad)*, se caracteriza por la inactividad normativa para hacer frente a la masiva utilización del contrato de obra o servicio determinado, puesto que no ha existido ninguna novedad normativa tendente combatir la realidad patológica de la temporalidad, siendo objeto no obstante de importantes y decisivos pronunciamientos judiciales acerca de la delimitación de la causa temporal en este tipo de contrato. Además, en los últimos años, han sido numerosos los anuncios de una inminente reforma de la contratación laboral que apunta a la eliminación del contrato de obra o servicio, lo que parece que será una realidad muy próxima, como veremos más adelante.

Del breve recorrido normativo, se constata que los intentos del legislador por evitar el abuso de la contratación temporal, y concretamente del contrato de obra y servicio, han sido insuficientes, ya que según los datos del INE del tercer trimestre del 2021, la tasa de temporalidad en España se sitúa en el 26%, con 4.401.300 contratos temporales vigentes, de los cuales 2.330.600 han sido celebrados por mujeres. Asimismo, el contrato de obra y servicio se sitúa como la modalidad contractual más utilizada con 1.492.700 de contratos. Asimismo, según datos previos a la pandemia, España duplica la tasa de temporalidad media de la UE situada en el 16,6%¹⁶.

Un reflejo de la fragilidad de los contratos temporales se hizo visible en la destrucción de empleo durante el inicio de la pandemia. Durante los primeros veinte días desde la declaración del Estado de Alarma, de las 731.000 personas asalariadas que causaron baja en la Seguridad Social, un total de 592.000 tenían un contrato temporal. Es decir, el 81% del empleo destruido en marzo de 2020 era temporal¹⁷.

14 Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 18-09-2010).

15 Sepúlveda Gómez, M., “Contratación temporal sucesiva y declaración de fijeza da la relación laboral ex artículo 15.5 ET del Estatuto de los Trabajadores. Incidencia de la reforma de 2010”. *Temas Laborales* 106/2010, pp. 225-243.

16 Vid. Olias, L., “Así es la “cultura de la temporalidad” en España: 27 millones de bajas de contratos al año, uno de cada cinco de un día”. *elDiario.es*, 12 de junio de 2021. Recuperado en:

<https://www.eldiario.es/economia/cultura-temporalidad-espana-27-millones-bajas-contratos-ano-cinco-dia-1-8028345.html>

17 Vid. “La crisis del COVID-19 aflora de nuevo la brecha entre fijos y temporales”, *CincoDías*, 25 de mayo de 2020.

Recuperado en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/05/25/economia/1590395781_673271.html

2. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS REQUISITOS DEL CONTRATO DE OBRA O SERVICIO EN LA DOCTRINA RECIENTE

El papel de la jurisprudencia en relación al contrato de obra o servicio presenta una importante relevancia debido a la ambigüedad de los términos de sustantividad propia y duración limitada que configuran su definición, este último aclarado tras la reforma operada por la Ley 35/2010. Seguidamente, abordamos las novedades jurisprudenciales más recientes en la interpretación del contrato de obra o servicio, a través de dos sentencias del Tribunal Supremo y una del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pretendemos con ello sobre todo destacar el impacto en el alcance del contrato de obra o servicio a través de la interpretación judicial de conceptos tales como “autonomía y sustantividad propia de la obra o servicio” o “actividad normal de las empresas contratista”. Como veremos a continuación, especialmente en lo relativo a la sustantividad propia, nos encontramos ante una materia con un casuismo muy variado donde el significado de dicho concepto dependerá en buena medida de cuál sea la actividad principal de la empresa¹⁸.

2.1. La actividad de la contrata no tiene autonomía y sustantividad propia si es la actividad normal de la empresa (STS de 29 de diciembre de 2020)

Con el análisis de esta sentencia se abordan: los requisitos generales necesarios para celebrar un contrato de obra o servicio, la evolución de la doctrina del contrato de obra o servicio en el marco de las contratas y la argumentación del cambio jurisprudencia.

En relación al supuesto de hecho, nos encontramos con tres empresas: una principal (Elcogas S.A) propietaria de la Planta Térmica y dos contratistas (Babcock Montajes S.A. y Masa Puertollano S.A) que se suceden en la prestación de servicio de mantenimiento en la planta térmica referida. Por otro lado, el trabajador (Don Augusto) en virtud de un contrato de obra o servicio determinado ha venido prestando servicios de mantenimiento mecánico, eléctrico e instrumentación en las dos empresas anteriores en el centro de trabajo de la Central Térmica de Elcogas S.A. en Puertollano. De este modo, la duración del contrato referido se extendió desde el 1 de abril de 2000 hasta el 31 de agosto de 2015 fecha en la cual cesa la actividad de la Planta.

El motivo principal del recurso se basa en la infracción de los arts. 15 y 49.1 c) ET. La empresa contratista recurrente sostiene que el contrato de obra o servicio no puede ser considerado en fraude de ley porque ha estado supeditado siempre al contrato mercantil mediante el cual se prestaban los servicios en la central térmica de Elcogas de Puertollano.

Para resolver este supuesto la Sala IV: en primer lugar, expone los requisitos generales del contrato de obra o servicio y, en segundo lugar, atiende específicamente al supuesto de contratas argumentando el cambio de doctrina.

En cuanto a los requisitos generales del contrato de obra o servicio, y según la reiterada jurisprudencia de la Sala IV, para que un contrato sea verdaderamente temporal no basta con la expresión en el texto del mismo de carácter temporal o de la duración concreta que se le asigne, sino que tiene que cumplir inexorablemente todos los requisitos y exigencias que la Ley impone.

¹⁸ La STS de 5 de marzo de 2021 (RJ 2021/1049), con carácter inicial, destaca la relevancia de las situaciones concretas, que deben ser contextualizadas en el sentido de no obviar la actividad a que se refiere, al ser elemento fundamental para poder solventar el debate.

El TS, concretamente para los contratos de obra o servicio determinado, sostiene que es necesaria la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: “a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de las empresas; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que en el contrato se especifique e identifique, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas STS de 27 de abril de 2018 (RJ 2018/2309)”.

Por otro lado, destaca especialmente en la sentencia comentada la evolución jurisprudencial y el cambio de doctrina en los supuestos de contratos mercantiles. Para el caso concreto de la justificación del contrato de obra o servicio en los supuestos de celebración de la contrata, la Sala IV reconoce una doctrina cambiante. Del texto de la sentencia hemos podido diferenciar cuatro fases de criterios hasta llegar a la actualidad:

Inicialmente el TS utiliza un criterio restrictivo¹⁹ de la utilización del referido contrato que finaliza en 1997, momento a partir del cual viene admitiendo la naturaleza temporal de la relación laboral en el marco de una contrata²⁰.

En la segunda fase interpretativa, la doctrina del TS ha venido admitiendo que: a pesar de que no exista un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, sí se daba la necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, siendo una limitación conocida por las partes²¹. Por tanto, el TS ha admitido que la duración del contrato de trabajo se vincule a la duración de la contrata, siendo la finalización de esta la causa válida de aquél²².

Respecto al tercer criterio interpretativo, aunque no cambia la jurisprudencia, sí se aprecian inercias en ese sentido de restringir la causa temporal para el supuesto de contrata. De esta forma, en los supuestos de una contrata de obra y servicio que hayan sufrido varias modificaciones, sin solución de continuidad, el TS precisa que: “la autonomía e identidad de la contrata, justificativa de la contratación, se desdibuja al convertirse en una actividad que, por sus características de reiteración a través

19 La STS de 26 de septiembre 1992 (RJ 1992/6816) considera que la limpieza de un centro de trabajo responde a necesidades permanentes de la empresa que detenta el centro.

Por su parte la STS 17 marzo 1993 (RJ 1993/1866), sobre la contrata para el mantenimiento del servicio de alumbrado en una entidad local, concluye que no puede atribuirse duración limitada al servicio prestado en el mantenimiento de ese servicio, dado el carácter permanente del mismo.

20 Para el profesor Mercader Uguina, la STS de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497) supone el nacimiento de una “norma jurisprudencial”. Este criterio extensivo anterior se consolidó tras la STS de unificación de doctrina de 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5209).

21 STS de 20 de julio 2017 (RJ 2017/3992) y STS de 17 de abril de 2018 (4193/2015).

22 En relación a lo expuesto, el TS ha negado: 1. Extinción del contrato sin finalizar la obra por la decisión unilateral de la empresa contratista/empleadora [STS de 17 junio de 2008 (RJ 2008/229) y STS de 23 septiembre 2008 (RJ 2008/5534)]. 2. La extinción del contrato por resolución parcial del encargo de la empresa cliente [STS de 12 de junio de 2018 (RJ 2008/4447)].

Asimismo, en relación a las modificaciones de una misma contrata, el TS ha sostenido que la relación laboral se mantiene sin alteración mientras la contrata está atribuida al mismo contratista, sea por prórroga o por nueva adjudicación [STS de 17 de junio de 2008 (RJ 2008/4229) y STS de 23 de septiembre de 2007 (RJ 2008/5534)].

de sucesivas ampliaciones renegociaciones, evidencia que la empresa necesariamente ha incorporado ya su habitual quehacer, pese a lo cual ha mantenido el mismo contrato de obra o servicio”²³.

Finalmente, el cuarto criterio interpretativo aparece con el cambio de la doctrina mantenida, anunciada por la STS de 29 de diciembre de 2020 (RJ 2020/5028). En esta sentencia considera la Sala IV que “llegado a este punto, no solo debe rechazarse que estemos ante una relación laboral de carácter temporal en base a la desnaturalización de la causa que la justifica; sino que, debemos plantearnos la propia licitud de acudir a este tipo de contratos cuando la actividad de la empresa no es otra que la de prestar servicios para terceros”.

La Sala IV sostiene que “no es posible continuar aceptando ni la autonomía ni la sustantividad porque el objeto de la contrata es, precisamente, la actividad ordinaria, regular y básica de la empresa”. De este modo, la sentencia sostiene que “la duración determinada del mismo está justificada por la particularidad de la obra o servicio, en la medida en que ésta pueda claramente definirse y delimitarse respecto del volumen ordinario o habitual y surgir, precisamente por ello, como un elemento destacado y no permanente respecto del ritmo de actividad de la empresa”.

Por tanto, para las empresas que basan su actividad en desarrollar servicios para terceros, la Sala IV afirma que “la duración del nexo contractual entre las empresas referidas no puede permear en la duración de la relación laboral de la plantilla si no atiende a las notas estrictas del art. 15.1.a) ET”.

Consecuentemente, el TS rectifica la doctrina que había ampliado el concepto de obra o servicio determinado del precepto legal y, consecuentemente, se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina de la empresa.

2.2. La naturaleza temporal de la actividad a realizar (STS de 5 de marzo de 2021)

A través de la siguiente sentencia observaremos la actividad compleja y controvertida que supone identificar las tareas con sustantividad propia en el convenio colectivo, así como, la posterior aplicación por el TS del art. 15.1.a) ET atendiendo a los elementos sustantividad propia y duración limitada.

En esta sentencia se discute si resulta ajustado a derecho, conforme al art.15.1 a) ET, el art. 17 del convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada. Según este precepto del citado convenio, se consideran actividades susceptibles de ser cubiertas mediante la contratación de obra y servicio determinado: a) las actividades extraescolares, b) las de vigilancia de ruta y comedor, y c) la consistente en impartición de asignaturas que no figuran en nuevos Planes²⁴.

La AN valida la modalidad de obra y servicio para asignaturas no contempladas en los nuevos Planes de estudio y extraescolares, ya que no tienen naturaleza estructural y de impartición obligatoria y revisten una duración incierta, ofertándose o no en función de la demanda y las necesidades de los alumnos. Sin embargo, la AN no considera posible que el servicio de

23 STS de 19 julio 2018 (RJ 2018/4184) y STS 26 marzo 2020 (RJ 2020/1144). Según el TS “se excede y se supera así la particular situación de la mera prórroga de la contrata, desnaturalizando la contrata temporal y pervirtiendo su objeto y finalidad”. Por tanto, en estos supuestos concretos, el TS sostiene que “ha desaparecido por completo la esencia del mismo, al no hallarnos ya ante una obra o servicio con sustantividad propia”.

24 Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (BOE 11-07-2018).

vigilancia de ruta escolar y de comedor se pueda cubrir a través de la vía del art. 15.1.a) ET; ya que reconoce el carácter de autonomía y sustantividad propia, pero no aprecia que estemos ante una ejecución limitada en el tiempo debido a la inversión realizada por el centro de enseñanza.

Por su parte, el TS en la resolución del recurso de casación de doctrina razona lo siguiente²⁵:

En primer lugar, que las asignaturas no contempladas en los nuevos planes de estudio y las actividades extraescolares no son comparables al supuesto de asignaturas de planes de extinción ya que las asignaturas que no se califican como asignaturas a extinguir se mantienen de futuro por la propia decisión del centro privado en base a la autonomía para configurar su proyecto educativo y a organizar actividades culturales y extraescolares²⁶.

Según el TS, la naturaleza reglada de la asignatura es relevante para ver si una contratación para impartir la misma puede ser de naturaleza temporal, pero ello no significa que, en todo caso, las demás materias que no tengan o dejen de tener ese carácter deban ser atendidas necesariamente por un contrato para obra y servicio determinado y menos cuando estamos ante centro privados de enseñanza no concertada cuya autonomía es plena. También en relación a la temporalidad del contrato, el TS argumenta que no puede venir determinada por el mayor o menor número de alumnos que vayan a recibir en cada curso escolar, ya que no es un dato que afecte a la esencia o naturaleza de la actividad, sino a la conveniencia empresarial.

En segundo lugar, coincide con la sentencia recurrida en que existe ausencia del elemento temporal respecto a los servicios complementarios de vigilancia comedor o transporte escolar, pero con distinta argumentación. Para el TS, a diferencia de la sentencia recurrida, la infraestructura y la inversión que lleva aparejada la actividad no constituye un elemento que configure la temporalidad, sino la actividad en sí misma que complementa el objeto empresarial que viene constituido por la educación.

Por todo lo expuesto, el TS casa parcialmente la sentencia recurrida, ya que de lo contrario se dejaría la temporalidad del contrato en manos del empleador cuando decide atender determinadas áreas de formación de sus alumnos acudiendo a contrataciones temporales cuando la actividad carece de tal condición.

2.3. El contrato fijo de obra y su duración (STS de 24 de junio de 2021)

El interés de la presente sentencia, a diferencia de las anteriores, reside en el conflicto entre la normativa nacional y el Derecho de la Unión Europea. Como veremos seguidamente, en este caso el objeto de debate no se centra en el art. 15.1.a) ET, sino en una adaptación habilitada por la ley del contrato de obra o servicio para el sector de la construcción.

²⁵ En relación a la actividad de la enseñanza, la STS de 26 de octubre de 1999 (RJ 1999/7838) calificó como inadecuada la contratación de obra o servicio determinado de profesores de enseñanza que atendían a actividades cotidianas, normales y permanentes del centro (en aquel caso se impartían materias obligatorias y comunes).

Criterio reiterado por otras sentencias como la STS de 8 de noviembre de 2005 (RJ 2006/1301) y STS de 22 de febrero de 2007 (RJ 4969/2004), relativa a un profesor de música contratado por un Ayuntamiento para prestar servicios en el Conservatorio Profesional de Música.

²⁶ Para llegar a esta conclusión el TS: en primer lugar, analiza el ámbito funcional del convenio colectivo aplicable y, en segundo lugar, atiende a la normativa que regula la enseñanza, destacando la libertad de enseñanza que permite la creación de un proyecto educativo propio.

2.3.1. Supuesto de hecho y contrato fijo de obra

El fáctico de esta sentencia, muy brevemente, versa sobre un trabajador que ha prestado servicios a través de seis contratos de «fijo de obra» durante veinticinco años en dos empresas debido a una subrogación. En el contexto anterior, el trabajador reclama el reconocimiento de la antigüedad desde el 8 de enero de 1996, fecha del inicio del primer contrato.

El régimen normativo del contrato fijo de obra lo encontramos en la disposición adicional tercera del ET, la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y en el artículo 24 del convenio colectivo general del sector de la construcción.

Según el art. 24.2 del convenio referido el contrato se concierta con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, y terminará cuando finalicen los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra, no aplicándose el límite temporal del art. 15.1.a) ET ni el mecanismo corrector de encadenamiento de contratos del art. 15.5 ET.

Asimismo, el personal fijo de obra, sin perder la condición de fijo de obra y el carácter único del contrato, podrá prestar servicios a una misma empresa en distintos centros de trabajo de una misma provincia siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un periodo máximo de tres años consecutivos.

A nuestro parecer nos resulta paradójica la nomenclatura de este tipo de contrato de obra o servicio, adaptado para el sector de la construcción, como “contrato fijo de obra”, ya que ni es fijo ni es de obra atendiendo a la regulación contenida en el citado convenio. El contrato anterior podría no considerarse «fijo» ya que es una adaptación del contrato de obra y servicio cuyo régimen extintivo se corresponde al contrato de obra con la especialidad relativa a la indemnización²⁷. Asimismo, tampoco podría considerarse «de obra» puesto que el trabajador puede prestar servicios en distintos centros de trabajo dentro de la misma provincia. En cuanto a la limitación temporal prevista en el art. 24.3 del convenio referido, conviene precisar que ésta afecta exclusivamente a la posibilidad de trabajar en diferentes centros de trabajo dentro de la misma provincia para una misma empresa, pero no afecta a la duración máxima del contrato temporal.

2.3.2. Problemática del litigio y fundamentos de derecho

Situándonos ya en la problemática del litigio y sus fundamentos de derecho, la cuestión principal versa sobre el posible abuso en la utilización de los contratos de duración determinada «fijo de obra». Concretamente, si la normativa legal aplicable que habilita a celebrar sucesivos contratos de duración determinada «fijos de obra» incumple lo previsto en cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco²⁸.

El TJUE recuerda que la cláusula 5 del Acuerdo Marco, para regular la utilización sucesiva de los contratos de duración determinada, impone a los Estado Miembros la adopción efectiva y vinculante de -por lo menos- una de las tres medidas que enumera cuando su Derecho interno no

27 En relación al cese resulta destacable la indemnización por cese del 7% calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del convenio aplicables devengados durante la vigencia del contrato, y siempre y en todo caso, respetando la cuantía establecida en el citado art. 49.1.c) ET.

28 En la STJUE referida también se plantea una cuestión principal sobre la antigüedad laboral en supuestos de subrogación, aunque no nos referiremos a ella por escapar del objeto del presente trabajo.

contemple medidas legales equivalentes. Las tres medidas se refieren, respectivamente, a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y al número máximo de sus renovaciones [STJUE de 11 de febrero de 2021 (TJCE 2021/30)]²⁹.

De este modo, el TJUE analiza si la normativa controvertida (art. 24.2 y 5 del convenio colectivo general de la construcción) cumple o no con alguna de las tres medidas referidas anteriormente. No obstante, conviene subrayar que le corresponde al órgano remitente apreciar si las medidas previstas para evitar el abuso en la normativa nacional son apropiadas y suficientes para cumplir la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Si bien, el Tribunal de Justicia, al pronunciarse en un procedimiento prejudicial que interpreta el Derecho Europeo puede aportar precisiones destinadas a orientar en su apreciación al órgano jurisdiccional remitente.

De forma muy breve, y recomendando una lectura detenida de la sentencia, las precisiones del TJUE respecto a la cuestión planteada son las siguientes:

En primer lugar, el art.24 del convenio aludido no prevé en relación al contrato «fijo de obra» una duración máxima total de los sucesivos contratos, según lo dispuesto en el apartado 1, letra b), de la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Al contrario, el convenio prevé que los contratos aludidos se celebren con independencia de su duración.

En segundo lugar, no existe para este tipo de contratos ninguna medida nacional que fije un «máximo de renovaciones», en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra c), del Acuerdo Marco.

En tercer lugar, considera preciso comprobar si la normativa nacional controvertida establece alguna medida que encaje en el concepto de «razones objetivas que justifiquen la renovación»³⁰. No obstante, una disposición nacional que se limite de forma general y abstracta a la utilización sucesiva de los referidos contratos no se ajustaría a las exigencias anteriores [STJUE de 19 de marzo de 2020 (TJCE 2020/17)].

Según la normativa nacional controvertida relativa al contrato fijo de obra, las razones de la adaptación del contrato de obra y servicio se realiza con el objetivo de garantizar mayor estabilidad en el empleo y una mejor garantía de la salud y seguridad laboral. Sin embargo, para el TJUE el art. 24 aludido no permite justificar la utilización de sucesivos contratos de duración determinada, pues dicho artículo entraña un riesgo real de provocar una utilización abusiva de este tipo de contratos para atender necesidades permanentes y estables.

En cuarto lugar, valora la posible existencia de «medidas legales equivalentes para prevenir el abuso» según lo dispuesto en la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco. Para lo cual, le corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la indemnización por cese puede ser adecuada para prevenir tales abusos.

29 De este modo, la cláusula referida asigna a los Estados Miembros un objetivo general - prevención de abusos- dejando elección de los medios para alcanzarlo, siempre que no se ponga en peligro el objetivo o el efecto útil de este Acuerdo Marco.

30 El TJUE entiende por razones objetivas las circunstancias específicas y concretas que caracteriza una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro (STJUE de 19 de marzo de 2020 TJCE 2020/17).

A este respecto, el TJUE ha declarado que para constituir una «medida legal equivalente» la concesión de una indemnización debe tener específicamente por objeto compensar los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada. Igualmente, el TJUE sostiene que es necesario que la indemnización no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula.

Finalmente, por todo lo expuesto, el TJUE responde a la cuestión prejudicial indicando que incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la normativa nacional controvertida contiene medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o medidas equivalentes en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco. Sin perjuicio de lo anterior, el TJUE sostiene que la normativa nacional no puede ser aplicada de modo que la renovación de sucesivos contratos de duración determinada «fijos de obra» se considere justificada por «razones objetivas» meramente porque cada uno de esos contratos se suscriba con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, puesto que tal normativa nacional no impide en la práctica atender a través de dicha renovación necesidades de personal permanentes y estables.

3. EL CONTRATO DE OBRA O SERVICIO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Dado que la negociación colectiva cuenta con un determinado espacio legal para regular algunos aspectos del contrato de obra o servicio, resulta de interés conocer, siquiera sea de forma sintética, la identificación de ese espacio regulador en la vía convencional y, en segundo lugar, constatar en el terreno práctico cómo se implementa en los convenios colectivos, para lo que nos serviremos de una muestra de algunos de los más recientes.

3.1. Espacio de la negociación colectiva en la regulación del contrato de obra o servicio

En la actualidad, los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia que puedan cubrirse con un contrato de obra o servicio determinado³¹. Asimismo, los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenios colectivos de ámbito inferior pueden ampliar hasta en doce meses los tres años máximos fijados por la ley. A sensu contrario, los convenios de empresas no podrían ampliar la duración máxima de los contratos temporales, reservada únicamente a los sectoriales.

Por otra parte, en relación a una posible situación de concurrencia de convenios, el art. 84.2. e) ET prevé la prioridad aplicativa del convenio de empresa para la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por el ET a los convenios de empresa. En base al apartado anterior, la ley -previamente- debe de habilitar a los convenios de empresas. Por ello, en los supuestos en los que la ley se remite expresamente al convenio colectivo de ámbito sectorial, el convenio colectivo de empresa no gozará de prioridad aplicativa de empresa³².

31 La actividad de identificar los trabajos o tareas con autonomía y sustantividad propia, según la STS de 5 de marzo de 2021 no impide el control jurisdiccional de la adecuación de dicha regulación a las previsiones legales que constituyen derecho necesario indisponible por las partes como ocurre con la contratación temporal.

32 Vid. Sanguinetti Raymond W, Martínez Hernández, M. L., Muñoz Ruiz, A. B., “Las cláusulas sobre modalidades contractuales de contratación y derechos sindicales en los nuevos convenios de empresa,

Por lo expuesto anteriormente, en la labor de identificar tareas o actividades con sustantividad propia al amparo del art. 15.1.a) ET el convenio colectivo de empresa goza de prioridad aplicativa respecto del sector; aunque éste tenga vigencia anterior a tenor de lo dispuesto en el art. 84.2 ET. No obstante, la incidencia de esta prioridad es limitada ya que se refiere únicamente a la adaptación de aspectos, sin que pueda desnaturalizar el diseño de las unidades de contratación, incluyendo la exigencia legal de causalidad³³.

3.2. Algunos contenidos negociales sobre el contrato de obra o servicio

Seguidamente, traemos a colación una breve muestra de convenios colectivos de ámbito sectorial, en sectores que suelen recurrir con frecuencia a contratos de obra o servicio en el marco de una contrata, con el objeto de observar la posible incidencia que el cambio de doctrina ha podido provocar en el contenido de los mismos.

3.2.1. Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center³⁴ y SAN de 9 de septiembre de 2021 (JUR/2021/307402)³⁵

Las partes negociadoras del referido convenio, en base a la realidad compleja del sector del contact center y la alta incidencia de los cambios tecnológicos, justifican la creación de dos categorías de personal. El «personal de estructura» cuyas funciones se realizan dentro de la organización de la empresa y el «personal de operaciones» que realiza su trabajo para empresas clientes.

Según la norma paccionada, el personal de estructura presta sus servicios mediante contrato indefinido, con carácter general. En cambio, el personal de operaciones utilizará el contrato de obra y servicio como modalidad más normalizada. Asimismo, según el art. 14.b) del citado convenio, entiende con sustantividad propia todas las campañas o servicios contratados por terceros para la realización de actividades de contact center cuya ejecución en el tiempo es, en principio, de duración incierta, y cuyo cumplimiento permanece hasta la finalización de la campaña o cumplimiento del servicio objeto del contrato.

También, el referido convenio prevé la posibilidad de que el personal de operaciones preste servicios a la misma empresa en otras campañas o servicios y en centros de trabajo distintos, cuando vea reducida su jornada por causa ajena a la empresa de contact center, por el tiempo reducido y a fin de percibir la totalidad de su retribución³⁶.

Tras el cambio de doctrina con la STS de 29 de diciembre de 2020 (RJ 2020/5028), los sindicatos impugnan el convenio colectivo a fin de que declare la ilegalidad del primer párrafo del art. 14 b). La SAN de 9 de septiembre de 2021 (JUR/2021/307402), atendiendo al cambio de doctrina

en AA.VV. *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma de 2012*”, ALFONSO MELLADO. C.L. (Coord.), Lefebvre, Madrid, 2016. p. 452.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Resolución de 29 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing) (BOE 12 de julio de 2017).

³⁵ En relación al sector del Contact Center; véase también STS de 3 de febrero de 2021 (RJ 2021/808), STS de 30 de junio de 2021 (RJ 2021/3015), STS de 10 de julio de 2021 (RJ 2021/3762) y STS de 20 de julio de 2021 (RJ 2021/3762).

³⁶ Art.14.a) del Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (BOE 12-072017).

sostiene que la actividad prevista en el art. 14.b) no presenta sustantividad propia porque el objeto de la contrata es, precisamente, la actividad ordinaria, regular y básica de la empresa. Asimismo, afirma la AN que la mayor o menor duración del encargo del cliente no puede seguir vinculándose a la nota de temporalidad de este tipo de contrato de trabajo, sino que la duración determinada está justificada por la particularidad de la obra, en la medida que esta puede definirse como un elemento destacado y no permanente respecto al ritmo de la actividad de la empresa.

***3.2.2. Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado*³⁷**

El presente convenio colectivo, anteriormente a la declaración de nulidad parcial de su artículo 17 mediante la STS de 5 de marzo de 2020, que hemos comentado *ut supra* (apdo.2.2) fue objeto de modificación parcial en 2019 en lo que se refiere al contrato de obra y servicio.

A diferencia de la redacción inicial, la modificación elimina algunas actividades concretas previstas como susceptibles para recurrir al contrato de obra o servicio en el texto inicial, concretamente: impartir asignaturas optativas y/o de libre configuración; impartir docencia en niveles no obligatorios de duración anual como Programas de Cualificación Profesional Inicial, Programa de diversificación curricular, y otros de similares características; vigilancia de patios. Asimismo, el nuevo precepto elimina la facultad concedida a la Comisión Paritaria para determinar el ámbito convencional de cualquier otra actividad -docente o no- susceptible de aplicar esta modalidad de contratación.

***3.2.3. VII Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos*³⁸**

En relación la labor de identificar actividades y tareas con sustantividad propia, se percibe en este convenio una lista reducida pero abierta y respaldada por la jurisprudencia reciente.

Además, resulta destacable el establecimiento de un límite para la contratación temporal situado en el 25%. No obstante, a nuestro parecer excluye para el cálculo del porcentaje demasados supuestos (contrato de interinidad, relevo, contrato por obra o servicio referido en el art. 18 y personal contratado para actividades extracurriculares). Tampoco se aplica el límite en centros de trabajo con menos de ocho trabajadores.

***3.2.4. Convenio colectivo de la provincia de Navarra del Sector de la limpieza*³⁹**

Este convenio no identifica actividades o tareas susceptibles de contratación de obra o servicio, aunque sí prevé una conversión del contrato a indefinido para el personal cuya antigüedad sea superior a 18 meses consecutivos. Asimismo, prevé una mayor indemnización a la legal- una mensualidad por año de servicio- para la finalización del contrato de obra y servicio de duración inferior a 18 meses.

³⁷ Resolución de 2 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (BOE 11-07-2018).

³⁸ Resolución de 15 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE 27 de septiembre de 2021).

³⁹ Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Navarra (BON 14-102021).

3.2.5. *Convenio colectivo de establecimientos financieros de crédito*⁴⁰

En este convenio resulta llamativa la ausencia de regulación del contrato de obra o servicio, únicamente regula el contrato eventual por circunstancias del mercado o de la producción, acumulación de tareas o exceso de pedidos.

4. EFECTOS TRAS EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA Y PERSPECTIVAS FUTURAS DEL CONTRATO DE OBRA O SERVICIO AL ALBUR DE LAS ANUNCIADAS REFORMAS

En el presente apartado, de forma breve y general, pretendemos dejar constancia de algunos de los posibles efectos que puede producir el cambio de jurisprudencia, que hemos analizado *ut supra*. Abordaremos también, de forma sintética, la previsión de próximas reformas legislativas de los contratos temporales, en particular del contrato de obra o servicio anunciadas recientemente.

Con carácter preliminar, cabe preguntarse si después del cambio de doctrina sigue vivo el contrato de obra o servicio determinado.

Para algunos autores, si bien actualmente este tipo de contrato temporal no puede considerarse anulado tras el cambio de criterio jurisprudencial, éste es una especie de sombra de lo que fue. Aun así, reconoce cierto margen para aplicar el mismo incluso en el marco de una contrata⁴¹. De forma similar, otros autores precisan que el contrato de obra y servicio en la actualidad no ha muerto pero queda muy restringido tras la eliminación del núcleo más antinatural del contrato de obra o servicio⁴².

Además, atendiendo a los pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo se vislumbra los elementos necesarios para considerar conforme a derecho la celebración de un contrato de obra o servicio. Por ejemplo, la STS de 30 de junio de 2021(RJ 2021/3015) sostiene que para admitir el recurso de casación de la empresa que declare procedente a extinción del contrato de obra o servicio en el marco de una contrata hubiere sido necesaria la constatación de tres elementos: 1. Que la tarea objeto del contrato presente autonomía y sustantividad propia dentro de la ordinaria y habitual de una empresa; 2. La acreditación de la empresa de la concurrencia de los elementos jurídicos y de hecho que pudieran justificar el recurso a la contratación temporal, en función de las peculiaridades de las tareas dentro del contexto de las que constituyen el objeto habitual y ordinario de su actividad empresarial; 3. Que no exista una dilatada o especialmente extensa duración de la relación laboral ya que desnaturalizaría la contratación temporal en los términos ya indicados.

4.1. Posibles efectos del cambio de jurisprudencia

Aunque es necesario un periodo temporal más amplio y un estudio riguroso para constatar los efectos del cambio de doctrina en el mercado laboral, seguidamente apuntaremos algunos posibles efectos directos e indirectos de la sentencia del cambio de doctrina.

⁴⁰ Resolución de 5 de octubre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito (BOE 15 de octubre de 2021).

⁴¹ Sempere Navarro, A “Cuestiones actuales sobre empleo temporal”, ponencia presentada en las VII Jornadas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad del País Vasco, modalidad online, 29 de octubre de 2021.

⁴² Mercader Uguina, J. “¿Sigue vivo el contrato de obra o servicio determinado?: La STS 4383/2020”, *ASNALA seminario web*, 23 de febrero de 2021.

4.1.1. Conversión de contratos temporales en indefinidos

Antes del cambio de doctrina, el reconocimiento del carácter indefinido provenía - si se deban las circunstancias- de la desnaturalización de la causa temporal debido a la expectativa remota de finalización del servicio. En la actualidad, no se reconoce el elemento de sustantividad propia en las empresas contratistas donde el objeto de la contrata es la actividad ordinaria, regular y básica de la empresa contratista.

En numerosos sectores, como contact center, limpieza, construcción o seguridad donde predominan los contratos de obra y servicios en el marco de una contrata, posiblemente deban de convertir un gran número de contratos temporales en indefinidos⁴³. Consecuentemente, la sentencia puede tener un impacto en el mercado laboral materializándose en una conversión masiva de contratos temporales en indefinidos.

4.1.2. Previsiones de convenios colectivos contrarias al art. 15.1. a) ET

Después de que la Sala IV del TS haya restringido el criterio de autonomía y sustantividad propia, posiblemente numerosos convenios se encuentren en la actualidad con un tenor literal que exceda de lo previsto en el art. 15.1.a) ET. Por ello, resultaría necesario la actualización de tales cláusulas y hasta que éstas tengan lugar procedería la no aplicación de la misma. Un efecto indirecto de la sentencia puede ser el aumento de impugnaciones de convenios colectivos como hemos mostrado *ut supra* (apdo. 3).

4.1.3. Aumento de los despidos colectivos

El aumento de procedimientos de despidos colectivos podría ser un efecto colateral de la sentencia referida. Para los trabajadores afectados por la sentencia del cambio de doctrina, al considerarse trabajadores indefinidos, se eliminaría la vía extintiva del art. 49.1.c) ET y, consecuentemente, formarían parte del *quantum* a fin de valorar si se supera los márgenes del art. 51.1 ET.

A través del procedimiento del despido colectivo, entre otras implicaciones, es posible evitar o reducir los despidos colectivos y atenuar sus consecuencias. Asimismo, en el caso de que el trabajador tenga más de cincuenta y cinco años o más existirá la obligación de la empresa de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial según lo previsto en el art. 51.9 ET.

4.1.4. Régimen extintivo de los contratos

Todos los contratos de obra o servicio que deban de considerarse indefinidos a la luz de la STS de 29 de diciembre de 2020 (RJ 2020/5028) deben de someterse al régimen extintivo correspondiente. De este modo, la empresa contratista en caso de finalización de la obra podría utilizar la vía extintiva del art.52 o 51 ET -si se supera el cómputo del mismo- pero no la vía del art. 49.1.b) ET. La indemnización en el segundo supuesto se fija en 20 días de salario por año de servicio, mientras que en el primer supuesto se reconoce una indemnización de 12 días de trabajo por año de servicio.

43 Según informaciones periodísticas y de fuentes sindicales, en el sector de contact center se está produciendo una paulatina regularización de los contratos acorde a la nueva jurisprudencia debido a la labor inspectora y el control sindical.

Vid:<https://www.europapress.es/economia/noticia-empresas-contact-center-comienzan-abandonar-contratos-obra-servicio-20211102102402.html> y <https://www.ccooservicios.es/paisvalenciano/html/53173.html>

4.1.5. Penalización a la subcontratación

En relación a la diferencia del coste de la extinción anteriormente aludida, se puede prever un incremento del coste de las externalizaciones de la producción. De esta forma, parece previsible que la empresa contratista incremente el coste del servicio a la empresa principal rebajando atractivo a la opción de externalizar fases de la producción⁴⁴.

Asimismo, la sentencia referida no acaba con la posibilidad de la empresa contratista de aplicar a sus trabajadores un convenio colectivo diferente al convenio colectivo vigente en la empresa principal. A nuestro juicio, el hecho anterior constituye un atractivo económico de la figura de la subcontratación para las empresas a pesar de permitir la precarización de las condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas contratistas e incurrir, en muchas ocasiones, en discriminaciones no justificadas por la normativa laboral⁴⁵.

4.1.6. Cumplimiento del principio de no discriminación⁴⁶

Como reflexiona STS de 29 de diciembre de 2020 (RJ 2020/5028), la contratación temporal, automatizada en atención al mero mecanismo del tipo de actividad, puede conllevar la puesta en peligro de las garantías buscada por la Directiva 1999/70 relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada y, entre ellos, el principio de no discriminación⁴⁷.

La jurisprudencia anterior a sentencia referida, a nuestro entender, creó de *facto* una causa de temporalidad adicional no prevista en la ley que vinculaba el contrato del trabajador a la duración de la contrata.

Como resultado de la interpretación extensiva de causa temporal se fomentaba la externalización de actividades que forman parte de la actividad permanente de la empresa principal. Consecuentemente, la empresa principal gana en flexibilidad, reduciendo sus trabajadores en plantilla y la empresa contratista reduce costes a través de la contratación temporal de trabajadores y con la aplicación de un convenio colectivo menos garantista que el de la empresa principal. Con este mecanismo, contrario al principio de contratación indefinida, se podía producir la siguiente situación paradójica: Si los trabajadores de la empresa contratista que desempeñan sus servicios en puestos de trabajo permanente de la empresa principal fuesen trabajadores en plantilla de la anterior deberían de presentar la condición de indefinido. Sin embargo, a través de la externalización del servicio se permite que puestos permanentes sean ocupados por trabajadores temporales de forma duradera.

44 Sin perjuicio de lo anterior, este efecto se matiza o atenúa con el regular uso de la figura de la subrogación en caso de sustitución de la empresa contratista.

45 Como se recoge en la STS 12 de febrero de 2021 (RJ 2021/667) el art. 42 ET no obliga a las empresas contratistas o subcontratistas a aplicar el convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de dicha empresa principal.

Asimismo, Sobre la tarea controvertida de identificar la autonomía y sustantividad propia, en actividades que entrañan fraude, Vid. Nicolás Bernad, J.A., “*El fraude de Ley en la Contratación Temporal y su Incidencia en el Contrato de Trabajo para Obra o Servicio Determinado*”, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 92-138.

46 En relación a la aplicación a los trabajadores temporales del principio de igualdad de trato, vid Martín Valverde, A y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021, pp. 585-587.

47 Sobre la aplicación reciente del TJUE del principio de no discriminación previsto en la cláusula 4ª de la Directiva 99/70, vid. Sepúlveda Gómez, M., “Concepto europeo de “trabajador con contrato de duración determinada”. Diferencia de trato entre jueces de paz y jueces de carrera en Italia. STJUE DE 16 de julio 2020, Asunto C-658/18. *Temas Laborales*, núm. 155/2020, pp. 253-267.

Asimismo, según el TS, la estrategia de la temporalidad como recurso esencial del desarrollo de la actividad comporta la estanquidad de las relaciones laborales cuya vida- al supeditarse a la contrata- se desarrolla en espacio temporal y funcional limitado. Por lo tanto, tras el cambio de doctrina se contribuye a romper con un modelo dual de condiciones de trabajo justificados únicamente por la forma de organizar la producción.

4.2. Nuevas perspectivas tras la aprobación de la reforma laboral operada por el RDL 32/2022

En el presente subapartado abordaremos de forma breve el panorama tras la reciente aprobación del RDL 32/2022⁴⁸. Conviene advertir al lector que la norma referida se aprobó después de la elaboración y exposición de este trabajo, y a la espera de su publicación. Sin perjuicio de lo anterior, seguidamente destacamos las novedades más relevantes vinculadas a la temática de este trabajo.

La reforma aludida tiene como objetivo principal corregir de manera decidida la excesiva e inasumible temporalidad, cuyos efectos van más allá de la duración efímera de los contratos afectando de forma gravosa a las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras, a los sistemas públicos de protección social y a la menor productividad de la economía española⁴⁹.

El RDL 32/2021 para conseguir este objetivo, en primer lugar, aborda la simplificación y reordenación de las modalidades de contratación laboral a fin de que el contrato indefinido sea la regla general y el contrato temporal tenga un origen exclusivamente causal. En este sentido, sin desmerecer la relevancia de las profundas modificaciones del contrato de duración determinada y del contrato fijo discontinuo, las cuales no podemos valorar por motivos de extensión, consideramos que la medida estrella de la reforma para luchar contra la temporalidad es la derogación del contrato de obra y servicio determinado⁵⁰. A este respecto, destacar que, según datos de la EPA del año 2020, 1.492.700 personas trabajadoras tenían un contrato de obra o servicio de un total de 16 millones de personas asalariadas.

Llegado a este punto, nos podemos preguntar qué modalidad contractual dará cobertura a las situaciones previamente cubiertas por el contrato de obra o servicio tras la reforma laboral. Obviando la necesidad de un análisis profundo para responder la anterior cuestión por motivos de extensión, consideramos que, con carácter general, las situaciones cubiertas por el derogado contrato de obra o servicio deberán -o deberían- ser cubiertas por el contrato fijo-discontinuo en base a lo dispuesto en el art. 16.1 ET párrafo segundo. Según el anterior, “el contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios

48 Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE 30-12-2021).

El presente real decreto-ley introduce en la legislación española medidas relativas a: a) la simplificación de contratos; b) la modernización de la negociación colectiva; c) la modernización de la subcontratación y subcontratación de actividades empresariales; c) al establecimiento de un mecanismo de flexibilidad y estabilización en el empleo.

49 Exposición de motivos del RDL 32/2021.

50 Disposición derogatoria única, apartado tercero del RDL 32/2021. Sin perjuicio de lo anterior, en base a la disposición transitoria cuarta el contrato de obra o servicio seguirá vigente en el ordenamiento hasta el 30 de marzo de 2022. En relación al régimen transitorio del RDL 32/2022, vd. Calvo Gallego, F.J. La desaparición del contrato de obra o servicio determinado, *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*. Recuperado en: <http://grupo.us.es/iwpr/2022/02/08/la-desaparicion-del-contrato-de-obra-o-servicio-determinado/>

en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativos que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa”. De esta forma, se da respuesta legislativa a situaciones como la dilucidada por la STS de 29 de diciembre de 2020 ya tratada en este trabajo.

No obstante, conviene señalar que la norma deja espacio para utilizar la contratación temporal en el marco de los contratos, para lo cual resulta trascendental la interpretación del término indeterminado “imprevisible”, dado que si concurre esta condición existirá habilitación legal para celebrar un contrato de duración determinada.

Asimismo, el art. 15.2 ET, de forma expresa, excluye la posibilidad de que los trabajos realizados en el marco de contratos, subcontratos, o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa se cubran a través del contrato por circunstancias de la producción, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores del artículo referido. En este sentido, como sostiene la doctrina, los trabajos realizados por los contratos referidos podrían utilizar este nuevo subtipo de contrato temporal por circunstancias de la producción solamente de forma excepcional cuando: cubierto el volumen normal de la misma por fijos-discontinuos, se produzca de forma sobrevenida, o bien un incremento temporal e imprevisible en las necesidades de mano de obra, o, ahora, una oscilación de esta misma plantilla indefinida ligada a la contrata, con el consiguiente desajuste temporal, que podría ser cubierto solo dentro de los parámetros, por estos contratos por circunstancias de la producción. Por su parte, los contratos con necesidades de empleo imprevisibles y que no formen parte de la actividad ordinaria de la empresa no quedarían sujetas a la prohibición referida y podrían concertar contratos por circunstancias de la producción aunque, según la doctrina, se trata de un supuesto cuantitativamente de escasa relevancia⁵¹

Por lo tanto, a pesar de que la voluntad del legislador parece clara en el sentido de enmarcar los trabajos realizados en el marco de una contrata con carácter general en la modalidad de fijo-discontinuo, a nuestro juicio, una interpretación inadecuada del término imprevisible podría dar lugar a la utilización abusiva del contrato temporal en términos asimilables a la interpretación extensiva del concepto autonomía y sustantividad propia. No obstante, a nuestro parecer, tras la reforma la capacidad abusiva de la contratación temporal por parte de los operadores jurídicos se ha visto drásticamente limitada. Principalmente por la eliminación de contrato de obra y servicio⁵², pero también por la modificación profunda en sentido restrictivo del art. 15 ET, la nueva regla de prohibición de encadenamiento de contrato prevista en el apartado quinto del precepto anterior y, especialmente, por el aumento de las sanciones derivadas de incumplimientos de la normativa sobre modalidades contractuales *ex* art. 40 ter.2 c), entre otros.

En cuanto al papel asignado a la negociación colectiva, conviene subrayar la eliminación de la facultad de determinar las situaciones en las que concurre causa temporal para contratar. De este modo, el art. 15.8 ET, aunque atribuye un papel relevante a la negociación colectiva con un amplio margen de actuación, éste se circunscribe al ámbito de la limitación de la causa establecida por la ley. Por tanto, la norma parece pretender suprimir la capacidad de la negociación

51 Calvo Gallego. F.J. El contrato (o contratos) por circunstancias de la producción., *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado.*, 9 de febrero de 2022, pp. 5 y 6.

Recuperado en: <https://grupo.us.es/iwpr/2022/02/09/el-contrato-o-contratos-por-circunstancias-de-la-produccion/>

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
EL CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADOS.
EL REFUERZO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE
CAUSALIDAD

533

colectiva de desnaturalizar la causa temporal. Recuérdese, como hemos visto *ut supra* (apdo.3), que la norma anterior permitía a la negociación colectiva identificar trabajos o tareas con sustantividad propia susceptibles de cubrir el contrato de obra o servicio, o determinar las actividades en las que podían contratarse trabajadores eventuales.

Por lo que respecta al contrato fijo de obra, ya derogado, la nueva reforma crea el contrato de trabajo indefinido adscrito a obra según el art.2 del RDL 32/2022 que modifica la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006 reguladora del sector de la construcción. Con ello, el legislador pretende solventar el problema del abuso de la temporalidad reconocido por la, ya comentada, STJUE de 24 de junio de 2021.

La nueva regulación considera contratos indefinidos adscritos a obra aquellos que tengan por objeto tareas o servicios cuya finalidad y resultado estén vinculados a obras de construcción en atención al ámbito funcional del Convenio General del Sector de la Construcción. Esta modalidad contractual se caracteriza por su peculiar régimen extintivo relativo a la extinción por motivos inherentes a la persona trabajadora, el cual está siendo objeto de crítica por parte de la doctrina por motivos que no podemos abordar en este trabajo⁵³.

En relación al régimen extintivo aludido, aunque no es objeto de este trabajo, interesaría destacar tres aspectos de interés novedosos: primero, el establecimiento de la obligación empresarial de recolocación al finalizar cada una de las obras y formación de las personas trabajadoras; segundo, las distintas circunstancias que habilitan la extinción del contrato consideradas motivos inherentes a la persona trabajadora, a pesar de la distinta naturaleza de las mismas; y, en tercer lugar, la obligación de la empresa de comunicar la finalización de la obra a la presentación legal de los trabajadores así como de las comisiones paritarias de los convenios de ámbito correspondiente con cinco días de antelación antes de la efectiva finalización de la obra.

Por todo lo expuesto, y a la espera de observar la aplicación de la norma en un plazo de tiempo razonable y atender a los pronunciamientos judiciales sobre la materia, prevemos que la reforma puede tener una incidencia directa en la luchar contra el fenómeno patológico de la temporalidad del mercado laboral español y puede contribuir a hacer efectivo el principio general del carácter indefinido de la relación laboral conforme a las exigencias de la Directiva 1999/70 CE.

53 Vd. Beltrán de Heredia Ruiz, I. RD Ley 32/2021 y el contrato indefinido descrito a obra (Ley 32/2006): dudas de constitucionalidad y motivos para una (eventual) cuestión prejudicial. Una mirada crítica a las relaciones laborales, 24 de enero de 2022.

Recuperado en: <https://ignasibeltran.com/2022/01/24/rdley-32-2021-y-el-contrato-indefinido-ads-crito-a-obra-ley-32-2006-dudas-de-constitucionalidad-y-motivos-para-una-eventual-cuestion-prejudicial/>

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA
LA FORMACIÓN DUAL DE LOS ESTUDIANTES DE DERECHO.
UNA MIRADA DESDE LA EXPERIENCIA DE CUBA

JORGE LUIS SILVA GONZÁLEZ

Becario del Programa de cooperación internacional “Jóvenes Investigadores 2021”.

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Valencia

1. Introducción
2. Referentes teórico-conceptuales sobre la formación profesional de los estudiantes de Derecho en Cuba
3. La formación dual de los estudiantes de Derecho: especial referencia a la regulación jurídica de la contratación laboral en el Código de Trabajo cubano
4. La contratación laboral de los estudiantes en el sector jurídico de la provincia de Pinar del Río, Cuba
5. Conclusiones
6. Referencias bibliográficas

RESUMEN

La formación profesional integral de los estudiantes de Derecho en Cuba constituye una prioridad para el Ministerio de Educación Superior y las diferentes instituciones que conforman el Sistema Jurídico cubano, dígase, el Sistema de Tribunales Populares, la Fiscalía General de la República, la Organización Nacional de Bufetes Colectivos y el Ministerio de Justicia. En tal sentido, el presente estudio tiene como *objetivo* argumentar -desde el punto de vista teórico, legal y práctico- el desarrollo del proceso de formación dual de los estudiantes de la carrera de Derecho en Cuba, a partir de la experiencia de la provincia de Pinar del Río. Para ello, con el empleo de los métodos jurídico- doctrinal, exegético-analítico y la técnica de entrevista, se sistematizan los referentes teórico-conceptuales sobre la formación profesional de los estudiantes de Derecho, se analizan las normas jurídicas que sustentan la formación dual de los educandos entre la universidad y el sector jurídico a partir del contrato de trabajo por tiempo determinado y se expone parte de los resultados obtenidos de la experiencia práctica de algunos estudiantes que laboran en instituciones de dicha provincia.

PALABRAS CLAVE

Formación dual, estudiantes de Derecho, Cuba, contrato de trabajo por tiempo determinado.

ABSTRACT

The comprehensive professional training of law students in Cuba is a priority for the Ministry of Higher Education and the different institutions that make up the Cuban Legal System, say, the System of People's Courts, the Attorney General's Office, the National Organization of Collective Law Firms and the Ministry of Justice. In this sense, the present study aims to argue -from the theoretical, legal and practical point of view- the development of the dual training process of the students of the Law career in Cuba, based on the experience of the province of Pinar from the river. For this, with the use of legal- doctrinal, exegetical-analytical methods, and the interview technique, the theoretical-conceptual references on the professional training of law students are systematized, the legal norms that support dual training are analyzed. of the students between the university and the legal sector from the employment contract for a specified time, and part of the results obtained from the practical experience of some students who work in institutions in said province are exposed.

KEYWORDS

Dual training, law students, Cuba, fixed-term employment contract.

1. INTRODUCCIÓN

El componente laboral de los estudiantes de Derecho en la práctica jurídica constituye -a escala global- una de las opciones más eficaces para lograr una sólida formación del profesional. Los nuevos retos que impone el mundo del trabajo demandan de juristas más capaces y preparados para resolver los problemas/situaciones sociojurídicas que se presentan.

En tal sentido, la formación profesional desde los estudios universitarios de pregrado es imprescindible, no obstante, un rol significativo posee las prácticas de estudio que desarrollan en los diversos organismos e instituciones del perfil académico, las cuales constituyen según García-Perrote y Mercader (2015) “un complemento formativo de los estudiantes” (p. 435).

Pero, ¿son dichas prácticas suficientes para lograr la más alta instrucción/formación? ¿Es posible la contratación laboral de los estudiantes más allá de los ejercicios preparatorios que realizan en la práctica? ¿Qué experiencias pudieran vislumbrarse hoy en materia de contratación? ¿Qué retos presenta, actualmente, este proceso de formación dual?

Son algunas de las interrogantes que se intentan responder en el presente estudio. Para ello, se tiene como *objetivo* argumentar -desde el punto de vista teórico, legal y práctico- el desarrollo del proceso de formación dual de los estudiantes de la carrera de Derecho en Cuba, a partir de la experiencia de la provincia de Pinar del Río¹.

La aplicación del método teórico de análisis jurídico-doctrinal en correspondencia con las tareas de investigación previstas, posibilitó sistematizar los referentes teóricos sobre la formación profesional de los estudiantes de Derecho y la contratación laboral aplicable en función de la formación dual. En ese sentido, se tuvo en cuenta los criterios de autores tales como: Álvarez de Zayas (1999), Álvarez y Fuentes (2003), Páez Cuba (2014), Asquerino Lamparero (2021) y Moreno Gené (2021).

En el caso de estos dos últimos investigadores, sus estudios son esenciales porque figuran entre lo más avanzado y actualizado en torno a la formación dual, por medio de los artículos: “El contrato para la formación dual universitaria: una primera aproximación a la espera de su imprescindible desarrollo reglamentario” (*Revista internacional de la Protección Social*) y “La formación dual universitaria: impresiones iniciales” (*Revista Temas Laborales*).

En tanto, el método exegético- analítico posibilitó el estudio de la contratación laboral en Cuba antes y después de la aprobación del vigente Código de Trabajo, Ley No. 116 de 2014, el cual favorece la formación dual a través del contrato de trabajo por tiempo determinado. También se tuvieron en consideración los criterios de estudiantes de la Universidad de Pinar del Río, que disfrutaban de los beneficios de la contratación laboral, mientras realizan estudios de pregrado.

La formación dual constituye un tema recurrente y de relevancia en el marco de las relaciones laborales, tanto en el contexto intra como extra universitario, pues “se basa en el principio de complementariedad del aprendizaje en un entorno académico y en un entorno profesional” (Badía, 2015, p. 6). La Sociedad Cubana de Derecho Laboral está potenciando el estudio del tema como parte de un proceso novedoso que será vital tanto para educandos como para las instituciones del territorio; sin embargo, no existen estudios previos que traten la temática en el país.

¹ En esta provincia por ser una de las pioneras en el proceso de la contratación. A ello se agrega que el autor principal de esta memoria es profesor de Derecho de la Universidad en el mencionado territorio, lo que representa que imparte docencia a estudiantes contratados actualmente en organismos jurídicos.

2. REFERENTES TEÓRICO-CONCEPTUALES SOBRE LA FORMACIÓN PROFESIONAL DE LOS ESTUDIANTES DE DERECHO EN CUBA

La formación de profesionales competentes es un anhelo internacional que se convierte en reto fundamental de la Universidad cubana. La enseñanza del Derecho, en consonancia con las exigencias de la Educación Superior y de la práctica jurídica requiere ser perfeccionada (Silva, Pérez & Páez, 2017).

Dichas exigencias están encaminadas a perfeccionar los modos de actuación profesional desde la base, a partir del logro de una mayor relación entre la teoría y la práctica, vista desde la perspectiva de que los conocimientos adquiridos en las aulas puedan aplicarse tempranamente, no solo como parte del componente laboral concebido en el currículo propio de la carrera conforme al Plan de Estudios en el que se insertan, sino de una manera más responsable y comprometida, a través de un contrato como asistentes jurídicos u operadores del Derecho en sí, siempre y cuando las capacidades lo propicien.

Se trata de visualizar esta concepción como un proceso de retroalimentación intencional y consciente que prepara al estudiante en la que será su especialidad y centro laboral una vez graduado. En tal sentido, el término proceso en el Diccionario Filosófico “se refiere a los fenómenos, acontecimientos, hechos que se suceden, pasando por diferentes estados. Se define como transformación sistemática, sujeta a la ley, de un fenómeno; como el paso del mismo a otro fenómeno (desarrollo)”. (Rosental & Ludin, 1981, p. 376)

Para Álvarez (1999), un proceso es una sucesión de estados de un objeto determinado. Otros autores lo definen como una transformación sistemática de los fenómenos sometidos a una serie de cambios graduales, cuyas etapas se suceden en orden ascendente; como tal, solo puede entenderse en su desarrollo dinámico, su transformación y constante movimiento (Colectivo de autores, 2007).

Se entiende por proceso la sucesión de etapas de desarrollo de un fenómeno orientado hacia un fin determinado.

De esta idea se colige que todo proceso debe tener los siguientes elementos:

Actor, actividad, etapas y misión. El actor es el agente, el sujeto que interacciona con otros. La actividad es lo que el actor realiza en espacio-tiempo. Las etapas se refieren a las fases en que sucede la actividad del actor, y la misión es la finalidad teleológica de la actividad. (Páez, 2014, p. 16)

Según el Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado (1974), la formación es la acción de formar o formarse. Aparece como sinónimo de educación e instrucción. Por ello, en materia educativa, a decir de De la Luz y Caballero (1952), es dar carrera para vivir. “Es el proceso y el resultado cuya función es la de preparar al hombre en todos los aspectos de su personalidad” (Álvarez, 1999, p. 7). Y en la Educación Superior cubana, el término formación se emplea para caracterizar el proceso sustantivo desarrollado en las universidades con el objetivo de preparar integralmente al estudiante en una determinada carrera universitaria y abarca, tanto los estudios de pregrado como los de postgrado (Horruitiner, 2007).

La formación, a partir de las definiciones anteriores, aparece como un proceso multidireccional mediante el cual se transmiten y reciben conocimientos, habilidades, valores, actitudes,

costumbres y formas de actuar. En tal sentido, se puede dilucidar y asumir que se trata de un proceso orientado a preparar integralmente al ser humano para la vida social (Páez, 2014). Se coincide con Álvarez de Zayas (1999), en que el proceso de formación es aquel mediante el cual el hombre adquiere su plenitud, tanto desde el punto de vista educativo como instructivo y desarrollador. “Es el proceso totalizador cuyo objetivo es preparar al hombre como ser social”. (p. 9)

Para algunos autores como Álvarez & Fuentes (2003), el proceso de formación del profesional se concibe como un proceso consciente, holístico, dialéctico y complejo, que se configura en un espacio-tiempo flexible a través de la construcción de significados y sentidos entre sujetos; continuo y social, apoyado por las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que se desarrolla en las universidades con el propósito de garantizar la formación integral de los profesionales para la adaptabilidad al cambio continuo, mediante la apropiación significativa de la cultura general y profesional.

Por tanto, el proceso de formación dual de juristas es entendido como la sucesión de etapas en las que se prepara integralmente al estudiante de Derecho para dotarlo de las habilidades, conocimientos y herramientas necesarias, que le posibilitarán interpretar y aplicar el Derecho desde las dimensiones curricular y extracurricular en la práctica, conforme al rol profesional que ejerce y lo establecido en las normas jurídicas. Se coincide con Asquerino (2021) en que:

“La alternativa pasa por relacionar los dos mundos, siendo conscientes de que poner en práctica los conocimientos teóricos trasciende del espacio reducido del aula, que meta y camino están conectados desde el principio y, en este sentido, aunque la formación dual universitaria no sea la panacea, sí que se inserta debidamente (...) para lograr una formación integral del individuo, conectando de forma aún más adecuada la formación universitaria con las necesidades de las propias empresas en un entorno cambiante”. (p. 190)

3. LA FORMACIÓN DUAL DE LOS ESTUDIANTES DE DERECHO: ESPECIAL REFERENCIA A LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA CONTRATACIÓN LABORAL EN EL CÓDIGO DE TRABAJO CUBANO

Tradicionalmente el proceso de formación del profesional del Derecho en Cuba se ha realizado como parte del currículo base y conforme al Plan de estudios vigente. En la carrera de Derecho a nivel nacional se establece que desde el primer año los estudiantes deben realizar el componente laboral en instituciones jurídicas del territorio, a través de un sistema rotativo que permite al egresado durante los años de la carrera su vinculación con todas las especialidades que forman parte de la práctica y en las distintas ramas del Derecho.

La Disciplina Principal Integrada de cada departamento o facultad de Derecho en el país, teniendo como centro rector la Universidad de La Habana reconoce que, los *Ejercicios Jurídicos para el desempeño profesional* están llamados a conseguir la realización de los distintos modos de actuación de la Carrera. En ellos se entrelazan los componentes empírico e investigativo y se garantiza la integración de los contenidos a nivel vertical (por disciplinas) y horizontal (por años y períodos curriculares). Sus objetivos deben coincidir con los del año en que se desarrollan.

Asimismo, se plantea que dichos Ejercicios Jurídicos en la práctica deben organizarse teniendo como bases las siguientes:

- Vinculación de los estudiantes a entidades jurídicas seleccionadas (unidades docentes y entidades laborales de base) para la realización de las tareas descritas.
- Realización de investigaciones orientadas a integrar los conocimientos adquiridos en los diferentes perfiles de acción.
- Realización de la práctica laboral de forma sistemática y simultánea con la impartición de las diferentes asignaturas, al culminar el semestre o período lectivo del que se trate, o de modo concentrado en el año académico en que se ubiquen las asignaturas vinculadas con los modos de actuación profesional.
- Previsión de consultas para orientar y controlar las habilidades prácticas e investigativas en los diferentes perfiles de acción.
- La evaluación también debe ser flexible en su concepción, para que exista la posibilidad de alternar e introducir nuevas modalidades de esta.
- Se sugiere que la dirección metodológica recaiga en el Jefe de la Disciplina de conjunto con el Profesor principal del año académico en que este se desarrolla a los fines organizativos.
- Inserción de actividades teóricas, prácticas e investigativas dirigidas a la consecución del perfil pedagógico.

En correspondencia con lo anteriormente expuesto, para Moreno (2021):

“La participación de los estudiantes universitarios en estas prácticas supone un importante valor añadido en su formación, proporcionándoles múltiples y valiosas oportunidades. Así, entre otros efectos beneficiosos, permiten aplicar en el contexto real los conocimientos teóricos y prácticos adquiridos en las aulas; permiten obtener conocimientos relacionados con el ámbito profesional propio de la respectiva titulación; permiten conocer de primera mano los condicionantes con los que se desarrolla el trabajo correspondiente a su titulación en cualquier organización; permiten adaptar sus actitudes y comportamientos al medio profesional” (p. 190).

Aun cuando el trabajo metodológico ha estado dirigido a la formación integral del estudiante a partir del vínculo entre teoría-práctica, desde el año 2018, como parte del vigente Plan de estudio E (2018/2019-actualidad), se está ejercitando la formación dual universitaria como:

“Un paso hacia adelante en este proceso de interrelación entre el mundo académico y empresarial durante el itinerario formativo de los estudiantes universitarios, en tanto que posibilita a los jóvenes la obtención de un título universitario, a través de un proceso de aprendizaje que se desarrolla de manera compartida en el centro de formación -la universidad- y en la entidad colaboradora -empresas, administraciones y otras instituciones-, lo cual, sin lugar a dudas, permite al estudiante descubrir el funcionamiento real de la organización empresarial, al tiempo que adquiere destrezas y habilidades necesarias para ejercer la profesión y responder a las necesidades específicas demandadas por las empresas, administraciones y otras instituciones” (Moreno, 2021, p. 191).

Al respecto, la contratación laboral de estudiantes en instituciones jurídicas del territorio, se realiza con independencia de los Ejercicios Jurídicos que deben cumplir para graduarse. Dicha contratación y el plan de estudios, ponderan la denominada *esencialidad de los contenidos de las disciplinas*, la cual implica que en las disciplinas debe existir la unidad de la lógica interna de la ciencia con la lógica del proceso de enseñanza aprendizaje, garantizando una formación teórica dentro de su ámbito del saber y una aplicación de estos conocimientos en la resolución de problemas (vínculo *ciencia-profesión*). Se coincide con Asquerino (2021) en que:

“A través de esta concepción integral de los planes de estudio universitario se consigue la efectiva implantación del estudiante en el seno de una empresa, explorando otro cauce para tratar de alcanzar un objetivo mucho más ambicioso: la inserción laboral de nuestros jóvenes universitarios que no son atractivos para el mercado laboral, dato este que se encuentra refrendado por la realidad laboral en la que nos desenvolvemos y que nos da cuenta de cómo el sector juvenil afronta unos durísimos problemas a la hora de acceder a este complicado mundo profesional”. (p. 189)

La contratación laboral de los estudiantes se desarrolla con base en lo establecido en la Ley No. 116 de 2014, Código de Trabajo, a saber:

“Artículo 31.- Los estudiantes de cursos diurnos, con diecisiete años de edad o más, pueden contratarse por tiempo determinado o para la ejecución de un trabajo u obra, con jornada de trabajo a tiempo parcial en los períodos docentes a los efectos de no afectar sus estudios o en la totalidad de la jornada en las vacaciones o los períodos de receso, por lo cual, percibirán los ingresos por la labor realizada. Se les reconocen los derechos de trabajo y de seguridad social establecidos para estos contratos, así como los estipendios que por otros conceptos reciban”.

Esta normativa representa una nueva oportunidad que no se reconocía en el país anteriormente por medio de la derogada Ley 49 de 1984, Código de Trabajo, el cual, al hacer referencia al Contrato de trabajo por tiempo determinado, se limitaba a plantear:

“Artículo 31: El contrato de trabajo por tiempo determinado se concierne para realizar labores eventuales o emergentes, no obstante, cuando se cumplan los requisitos establecidos, pueden concertarse contratos de trabajo por tiempo determinado para desarrollar labores de carácter permanente; para sustituir a trabajadores ausentes durante el cumplimiento de misiones internacionalistas; movilizaciones militares, licencias de maternidad, enfermedad o accidente; privación de libertad preventiva o por períodos inferiores a seis meses; por acompañar al cónyuge a misiones oficiales; por licencias legítimamente autorizadas u otras causas que con carácter excepcional se autoricen legalmente”.

Y continua el artículo: “*El contrato de trabajo por tiempo determinado debe expresar la fecha de su terminación, que no puede exceder de tres años, salvo los casos de excepción que el Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social (actual Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social) determine*”. Como se ha expuesto, el contrato para la formación dual:

“Tiene como objetivo la cualificación profesional de los estudiantes universitarios, fijando para ello una determinada metodología, que no es otra que la del aprendizaje en alternancia, es decir, aquella que combina la “actividad laboral retribuida en una empresa” con la “actividad formativa recibida en el marco de su formación universitaria”. De este modo, mediante esta mayor relación entre la formación universitaria recibida en la universidad y la actividad laboral desarrollada en la empresa, se presume una mejor formación y aprendizaje del estudiante-trabajador. (Moreno, 2021, p. 201)

Actualmente, la modalidad de contrato por tiempo determinado (que además en España se consideraría también a tiempo parcial, como se ha visto en la regulación cubana, al menos en los períodos que coincidan con la actividad académica y para no perjudicarla), se ha fomentado a partir de un acuerdo entre el Ministerio de Educación Superior, el Tribunal Supremo Popular, la Fiscalía General de la República y la Federación Estudiantil Universitaria, específicamente para la carrera de Derecho en Cuba, aunque se ha ampliado la experiencia en otras facultades.

La experiencia ha posibilitado aplicar la ley y el convenio suscrito, pero con la finalidad de captar previamente a los estudiantes para la institución jurídica que los demande e irlos preparando laboralmente, más allá de las prácticas preprofesionales que realizan en todos los organismos de manera general, es decir, con un enfoque profesionalizante; esto es, orientado al objeto de la profesión y en función de un modo de actuación específico.

De esta forma, se alcanza una formación dual en la que el estudiantado va adquiriendo conocimientos prácticos de mayor entidad que los que pudieran derivarse de las clases prácticas en las diferentes asignaturas del perfil en el que se contratan. Es este -de hecho- uno de los ámbitos de formación donde más sentido y funcionalidad podría cumplir esa opción de la formación dual, compatibilizando los estudios con una contratación temporal en despachos de abogados, en la fiscalía o en otras instituciones que pudieran facilitar dicha práctica jurídica.

Como se ha expuesto:

“La formación dual permite la preparación de una titulación al mismo tiempo que se adquiere una sólida experiencia profesional, beneficiándose de los dos entornos de formación. La formación dual se percibe como una manera diferente de aprender, ya que ofrece la posibilidad de iniciar un proceso de aprendizaje que contempla la experiencia en áreas formativas complementarias. En este sentido, la formación dual transforma la visión tradicional de una formación basada en la transmisión del conocimiento, pues descansa en el principio de complementariedad de los conocimientos que el estudiante adquiere en un entorno académico y en un entorno profesional, no sólo para construir y producir competencias, sino también para adquirir y desarrollar una experiencia profesional al tiempo que adquiere un conocimiento formal. La formación dual vivida en contigüidad no favorece por sí sola el «maridaje cognitivo» entre conocimiento formal y conocimiento práctico. Para ello es necesario que haya una coherencia y que se «inventen» o modelen estrategias para desarrollar la formación dual en la universidad. El aprendizaje en un sistema de formación dual significa que el aprendiz integra los conocimientos aprendidos en el contexto académico y en el contexto profesional” (Badia, 2015, p. 7).

Ha sido esta precisamente la intención del convenio marco, o sea, con apoyo a lo estipulado por el Código de Trabajo de 2014, hacer más dirigida y específica la formación profesional, como trabajadores insertados en las instituciones de cada territorio.

4. LA CONTRATACIÓN LABORAL DE LOS ESTUDIANTES EN EL SECTOR JURÍDICO DE LA PROVINCIA DE PINAR DEL RÍO, CUBA

En el caso de la provincia de Pinar del Río, de la carrera de Derecho de su Universidad se han contratado desde inicios de 2019 hasta la fecha, aproximadamente 20 estudiantes de diferentes años académicos. La contratación por tiempo determinado se ha realizado teniendo en cuenta la condición que ostentan algunos organismos jurídicos, en este caso, como Unidades Docentes y Entidades Laborales de Base.

Se parte para la formación dual y, por tanto, para la contratación -en todos los casos- de un Convenio de Colaboración entre la Universidad de Pinar del Río y las instituciones jurídicas del territorio, aun cuando el Código de Trabajo vigente no establece la realización de convenios como regla general. Por tanto, en esta relación jurídica los sujetos del contrato son tres: la Universidad, la entidad colaboradora y el estudiante.

Actualmente, se cuenta con convenio firmado por el Rector de la Casa de altos estudios y la Dirección Provincial de Bufetes Colectivos, la Dirección Provincial de Justicia, la Empresa Provincial de Consultoría Jurídica, la Fiscalía Provincial, Unión de Juristas en Pinar del Río y el Tribunal Popular Provincial.

En fecha 30 de septiembre de 2021 se encontraban contratados nueve estudiantes del Curso Regular Diurno en el Sistema de Tribunales Populares, tres de ellos en el Tribunal Popular Provincial, cinco en el Tribunal Municipal Popular de Pinar del Río y uno en el Tribunal Municipal Popular de Los Palacios (siete mujeres y dos hombres en total). De todos, tres pertenecen al 3er año de la carrera (contratados de su 2do año), tres de 4to año (contratados desde su 3er año) y tres de 5to año (de los cuales dos estaban contratados desde 3er año y uno desde 4to año). Pertenecen en su gran mayoría a la Sala Primera de lo Penal y a la Sala de lo Civil, Administrativo, Laboral y Económico (CALE) del Tribunal Provincial y en el caso del Municipal a la Sección Penal.

Dichos estudiantes fueron convocados voluntariamente por el Tribunal como parte de un proceso experimental, cuyo resultado favorable motivó al Tribunal Supremo Popular de Cuba a iniciar los procesos de contratación en las plazas que no estaban cubiertas y en la creación de otras para los estudiantes. Al efecto, han sido empleados en su mayoría como Asistentes Judiciales realizando las funciones propias de la plaza que ocupan.

En principio, el vínculo laboral, como dije, es a tiempo parcial, en concreto, de media jornada de trabajo para que puedan desarrollar sus estudios presenciales en la Universidad; pero en el actual contexto pandémico, en el que han recibido la docencia por medios y soportes tecnológicos, han laborado la jornada completa desde las ocho de la mañana hasta las 17:30 horas de la tarde. En estos casos han percibido un salario ascendente a 3620 pesos cubanos (CUP), en correspondencia con el aumento salarial producido como parte del reordenamiento monetario vivido en Cuba. Anteriormente, cobraban 620 pesos.

Al iniciar el contrato de trabajo en el Tribunal, comenzaron realizando las funciones propias de la secretaría (desde la apertura del expediente hasta que se archiva) con el objetivo de que aprendieran a tramitar, hasta que llegaron a las funciones que realiza un Juez, siempre con la supervisión de los jueces y en especial del Jefe de la Sala a la que pertenecen: auxilian el trabajo judicial, redactan autos, providencias, colaboran en la redacción de sentencias, todo tipo de

resoluciones judiciales. Participan además en todas las actividades que se realizan en el medio de trabajo: eventos científicos, guardia obrera, trabajos productivos, e incluso en actividades distintas del mero ejercicio profesional como jornadas voluntarias de donaciones de sangre y similares, demostrando así una integración plena y satisfactoria en el ámbito en el que fueron contratados.

Las tareas se han realizado generalmente en la plaza de Asistente Judicial en el Sistema de Tribunales Populares, conforme al convenio marco suscrito entre las entidades jurídicas del territorio y la Universidad.

Este proceso de contratación laboral en el Sistema de Tribunales Populares ha sido beneficioso no solo para los estudiantes, sino también para las entidades jurídicas que lo conforman, toda vez que se cubrió el número de plazas vacantes y se logró una mayor agilidad y calidad en los asuntos judiciales radicados. De hecho, el estudiante al concluir sus estudios puede optar por quedarse laborando en el organismo jurídico al que pertenecía mediante contrato, con altos niveles de preparación en las funciones que le competen.

Se constata como reto la incorporación del resto de las instituciones que tienen convenio con la Universidad, sobre todo de la Fiscalía y Bufetes Colectivos por constituir unidades docentes, aspecto que se ha visto limitado por la situación epidemiológica imperante por la Covid-19 en el país.

5. CONCLUSIONES

El proceso de formación dual de juristas es entendido como la sucesión de etapas en las que se prepara integralmente al estudiante de Derecho para dotarlo de las habilidades, conocimientos y herramientas necesarias, que le posibilitarán interpretar y aplicar el Derecho desde las dimensiones curricular y extracurricular en la práctica, conforme al rol profesional que ejerce y lo establecido en las normas jurídicas.

Se supera, así, con la formación dual en nuestra experiencia lo que serían las meras prácticas educativas que, siendo curricularmente importantes, se ven mejoradas por esta experiencia que permite una auténtica contratación laboral de los estudiantes.

La formación dual de los estudiantes de la carrera de Derecho en Cuba se basa en el artículo 31 de la Ley 116 de 2014, vigente Código de Trabajo, el cual regula el contrato de trabajo por tiempo determinado para los estudiantes universitarios del Curso Regular Diurno. Una pretensión que ha sido potenciada por el Ministerio de Educación Superior con el Tribunal Supremo Popular, la Fiscalía General de la República y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

En la provincia de Pinar del Río la experiencia ha sido satisfactoria en el Sistema de Tribunales Populares a partir del Convenio de Colaboración existente entre dicho organismo como Unidad Docente y la Universidad; no así en el resto de las instituciones que también firmaron convenios, lo que se convierte en un reto para la formación dual de los estudiantes.

En todo caso es una experiencia interesante dentro de la expansión que está conociendo en múltiples ámbitos, también en España, el interés por la formación dual, por las numerosas ventajas que presenta, especialmente en orden a la integración profesional más plena del estudiante, con los consiguientes beneficios para él, para la entidad en la que se le emplea y para la sociedad en su conjunto.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ DE ZAYAS, C. (1999). *Didáctica: la escuela en la vida*. Pueblo y Educación.
- ÁLVAREZ, I. B., & FUENTES, H. C. (2003). *Didáctica del proceso de formación de los profesionales asistido por las Tecnologías de la Información y la Comunicación*. Manuscrito no publicado.
- ASQUERINO, M.J. (2021). La formación dual universitaria: impresiones iniciales. *Temas laborales*, núm. 156, 187-216. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7929292>
- BADIA, F. (2015). *Informe “Promoción y desarrollo de la formación dual en el sistema universitario catalán”*, Asociación Catalana de Universidades Públicas: ob. cit., pp. 7 y 8. Disponible en: <http://www.acup.cat/sites/default/files/promocion-y-desarrollo-de-la-formacion-dual-en-el-sistema-universitario-catalan.pdf>
- COLECTIVO DE AUTORES. (2007). *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*. Félix Varela.
- CUBA. Ley No. 49/1984. *Código de Trabajo*. Gaceta Oficial Ordinaria No. 93 de 28 de diciembre de 1984. Disponible en: <https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1308/LEY%20No.%2049-84%20C0DIG0%20DE%20TRABAJO.pdf>
- CUBA. Ley No. 116, Código del Trabajo de la República de Cuba. Publicada en la Edición de la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 29, de 17 de junio de 2013. Disponible en: https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/codigotrabajoactualizado_20022020.pdf
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J. I. Y MERCADER UGUINA, J. R. (2015). “Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios: un camino de incertidumbres que exige de nuevos rumbos”, en *Anuario Laboral 2015: doctrina científica, casos prácticos y doctrina administrativa*, Lex Nova-Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 435.
- DE LA LUZ Y CABALLERO, J. (1952). *Elencos y discursos académicos*. Universidad de La Habana.
- DICCIONARIO PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO. (1974). *Proceso*. Pueblo y Educación.
- HORRUITINER, P. (2007). El proceso de formación. Sus características: En, *La Universidad Cubana: El modelo de formación*. *Pedagogía Universitaria*, 12(4), 13-49.
- MORENO GENÉ, J. (2021). El contrato para la formación dual universitaria: una primera aproximación a la espera de su imprescindible desarrollo reglamentario. *Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)*, Vol. VI, N° 1, 188 - 234. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.09>
- PÁEZ, L. D. (2014). *Modelo de formación de estudiantes de Derecho para la litigación. Una estrategia para su implementación en la Universidad de Pinar del Río*. (Tesis de Maestría). Universidad de Pinar del Río.
- ROSENTAL, M., & LUDIN, P. (1981). *Proceso*. Diccionario Filosófico. Política.
- SILVA, J.L., PÉREZ, A., & PÁEZ, L.D. (2017). La formación del profesional desde el enfoque de género en el Derecho Penal cubano. *Revista de Educación y Derecho*, 16, 1-18. DOI: <https://doi.org/10.1344/re&d.v0i16.20149>

**PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA
MEDIDAS SOBRE EL EMPLEO TEMPORAL EN LAS REFORMAS
LABORALES DE LOS AÑOS 2010, 2012 Y 2021**

*JUAN CARLOS PÉREZ GARCÍA
Profesor Asociado Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba*

1. Introducción
2. Las reformas laborales de 2010 y 2012
 - 2.1. La reforma del mercado de trabajo del año 2010
 - 2.2. La reforma de 2012
3. El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia
4. La reforma del mercado laboral de 2021
 - 4.1. Artículo primero
 - 4.1.1. Modificación del artículo 11 LET
 - 4.1.2. Modificación del artículo 15 LET
 - 4.1.3. Modificación del artículo 16 LET (contrato fijo discontinuo)
 - 4.1.4. Modifica el apartado 2 del artículo 12 LET
 - 4.1.5. Modifica el artículo 49, letra c LET
 - 4.1.6. Modifica el artículo 42 LET
 - 4.2. Artículo segundo
 - 4.3. Artículo tercero
 - 4.3.1. Artículo 151 LGSS
 - 4.3.2. Incorpora un nuevo artículo 153 bis LGSS
 - 4.3.3. Modifica el artículo 267.1 LGSS
 - 4.3.4. Modifica el artículo 273.2 LGSS
 - 4.3.5. Introduce una nueva disposición adicional trigésima novena a la LGSS
 - 4.3.6. Incorpora una nueva disposición adicional cuadragésima a la LGSS
 - 4.3.7. Incorpora una nueva disposición cuadragésima segunda a la LGSS
 - 4.3.8. Introduce una nueva disposición adicional cuadragésima tercera a la LGSS
 - 4.4. Artículo cuarto
 - 4.5. Artículo quinto
 - 4.6. Disposiciones adicionales (7)
 - 4.7. Disposiciones transitorias (9)
 - 4.8. Disposición derogatoria única
 - 4.9. Disposiciones finales (8)
5. Conclusiones
6. Bibliografía
7. Índice de páginas electrónicas
8. Relación de normas laborales

1. INTRODUCCIÓN

Desempleo y contratación precaria se van sucediendo en nuestro país a lo largo de los distintos ciclos económicos, sin que las medidas adoptadas por las distintas reformas normativas hayan evitado las altas tasas de temporalidad que, con relación a los países de nuestro entorno social y cultural más próximo, viene padeciendo como un mal endémico nuestro mercado de trabajo.

Gran culpa de ello radica en la diferencia de costes existente entre los distintos tipos de vínculo contractual -temporal/indefinido-, lo que explica la preferencia empresarial hacia el uso de los primeros, precisamente por el menor coste social que suponen con respecto a los de duración indeterminada que, en el caso de nuestro país, como se verá, resulta abusivo, siendo estos trabajadores con vínculos precarios los que en exclusiva y constante alternancia engrosan las listas del desempleo.

Afirma Bentolila que, si la brecha de costes de despido entre indefinidos y temporales es alta, se produce un doble efecto en el empleo: a) reduce la contratación de indefinidos -por su mayor coste para las empresas- y b) también reduce las conversiones de temporales a indefinidos -por los mismos motivos de encarecimiento de costes-. La reducción de la tasa de temporalidad en los periodos negativos no presupone, según este autor, un correlativo aumento de la tasa de contratación indefinida o la conversión de los contratos temporales en indefinidos, muy al contrario, la disminución en una suele ir acompañada de la otra -cuando la contención de pérdidas en las empresas conlleva cierres definitivos de centros de trabajo, extinciones de contratos temporales que alcanzan también a los indefinidos, etc.-¹

Las extinciones de contratos temporales constituyen la principal medida de ajuste empresarial a la que se acude cuando las empresas abordan una crisis productiva, sin embargo, paradójicamente, la opción por la contratación indefinida se mantiene casi inalterable, si acaso con leves repuntes al alza o a la baja -según sea el ciclo económico por el que se esté atravesando- inapreciables si la comparamos con las variaciones que se producen en la opción temporal².

En valores absolutos totales, la rotación entre desempleo y ocupación en España en la última década refleja un volumen de contratación temporal anormal: en los últimos diez años se han

1 Bentolila, S. “¿Por qué han divergido tanto las tasas de paro en España y Francia en la Gran Recesión?” *Nada es Gratis* (2011) (<http://www.fedeablogs.net/economia/?p=9207>). A pesar de esta afirmación es pesimista con relación a la reforma y concluye que debido a la coyuntura que atravesaba el país en aquellas fechas -incertidumbre, escaso crédito a las empresas, perspectivas de decrecimiento «la reducción de los costes de despido traerá más despidos».

2 Navarro Nieto, F: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Ediciones Don Folio, 15ª edición, Córdoba (2021), pág. 256 y ss. Recoge como principales efectos de los cambios que se producen en el mercado de trabajo derivados de las necesidades de adaptación de las empresas los siguientes: 1. Segmentación del mercado de trabajo con altas tasas de temporalidad que afectan muy particularmente a determinados sectores de población activa -jóvenes, mujeres y trabajadores de menor cualificación- lo que se traduce en situaciones de precariedad persistente para esos segmentos de población. 2. Reducción de la duración de los contratos temporales que afecta de manera relevante a la productividad y a la formación y profesionalidad de los trabajadores lo que afecta directamente a la profesionalidad de éstos. 3. La alta incidencia de los ajustes de empleo sobre los trabajadores temporales lo que supone un notable impedimento para alcanzar la fijeza en el puesto de trabajo. 4. Debilitamiento de la posición del trabajador en la relación laboral y en el plano colectivo. 5. Incremento del gasto público -protección por desempleo- en épocas de crisis económicas por el alto número de extinciones de trabajadores temporales. 6- Amplio colectivo de trabajadores con escasa protección por despido con respecto de los contratos de larga duración ligados a la antigüedad.

registrado en las oficinas públicas de empleo más de 180 millones de contratos de trabajo entre 2012 y 2021 (180.352.873 contratos), de los que 16,5 millones (16.517.981 contratos) fueron suscritos con contratos indefinidos y el resto (163.834.892 contratos) temporales³. La conclusión que se extrae de estas cifras pone en evidencia el uso y abuso de la contratación temporal en nuestro país, teniendo en cuenta que España ha tenido de media, durante este período, 18 millones de personas asalariadas, se obtiene una media de 10 contratos por persona⁴. Este dato denota un altísimo nivel de rotación en el empleo en la última década, en el que la contratación temporal alcanzó el 90,84 por ciento del total de contratos registrados en este periodo, si relacionamos el número medio de personas asalariadas con contrato con el número de contratos de duración determinada formalizados en este período.

Para combatir estas distorsiones del mercado de trabajo se acometen reformas en la normativa que regula las relaciones de trabajo, siendo la instrumentación del empleo temporal la herramienta de fomento de la contratación a la que se ha acudido en el pasado con mayor frecuencia -por el efecto inmediato que produce sobre la generación de empleo- en un intento de neutralizar -si bien, también con efectos limitados en el tiempo- las altas tasas de desempleo que padece nuestro país.

Este tipo de contratación provoca un efecto rotatorio a no muy corto plazo: se suceden rápidamente creación empleo y pérdida de puestos de trabajo por la breve duración de los que se registran. La propia norma, que genera este tipo de empleo favorece, a su vez, la finalización de la relación laboral a un muy bajo coste lo que, como efecto directo, provoca la precariedad en la que está instalada la clase trabajadora⁵.

Este trabajo recoge y describe -si bien de forma muy sintética dada la limitación espacial a la que debe acogerse el mismo- las más importantes medidas que se han adoptado en las reformas que se han llevado a cabo en el último decenio en nuestro país sobre contratación temporal⁶, con especial atención y detenimiento en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia⁷ y en la propuesta de reforma que se encuentra estos días sobre la mesa de negociación auspiciada por el Gobierno de la Nación y que pretende contar con el consenso de los agentes sociales con mayor representatividad⁸. Se ofrecen en este texto algunos datos de la adaptación del mercado de trabajo a las oscilaciones económicas y de la tendencia y preferencia empresarial hacia un determinado tipo de contratación, de la justificación de su uso y de las repercusiones de esa

3 Resumen de datos estadísticos del Servicio Público de Empleo, septiembre de 2021 (en <https://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/datos-avance/contratos.html>)

4 Se excluye de este registro los contratos anteriores indefinidos que no formalizaron en ese periodo ningún contrato de trabajo en las oficinas públicas de empleo.

5 V.gr. Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 4 de agosto de 1984).

6

7 Aprobado por el Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021.

8 Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE de 30 de diciembre de 2021). Durante la revisión de este trabajo se han producido los siguientes hitos de reforma en el mercado de trabajo: 1) 23 de diciembre de 2021: El Gobierno y los agentes sociales (las patronales CEOE y Cepyme y los sindicatos UGT y CC.OO) alcanzan el acuerdo sobre la reforma laboral; 2) 28 diciembre de 2021: El Consejo de Ministros aprueba el Real Decreto-ley de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo; 3) 30 de diciembre de 2021: Publicación en el BOE del Real Decreto-ley 32/2021 (entra en vigor, con excepciones, al día siguiente); 4) 3 de febrero de 2022: El Congreso de los Diputados convalida el Real Decreto-ley 32/2021.

preferencia en el empleo junto con algunos de los condicionantes que han incidido en las distintas regulaciones que aquí se recogen de los diferentes tipos de contrato de duración determinada.

Concluimos con una breve reflexión hacia la necesaria reforma en el ámbito de la contratación y del empleo que actualice y modernice nuestro mercado de trabajo para hacerlo más competitivo con nuestro entorno económico y social, modernización que debe vertebrarse en el más amplio y posible consenso con los representantes colectivos -empresariales y de trabajadores- que genere, como resultado de esta reforma, la deseada estabilidad y seguridad de los trabajadores, tan necesaria en las relaciones de trabajo para la consecución del objetivo de crecimiento productivo y económico de nuestro país.

2. LAS REFORMAS LABORALES DE 2010 Y 2012

2.1. La reforma del mercado de trabajo del año 2010

Cuando se trata de abordar la reforma de las normas que regulan el mercado de trabajo se exponen, por lo general, como motivos que justifican la modificación, la necesidad de la adopción de una serie de medidas encaminadas, casi siempre, al crecimiento de la productividad, al desarrollo económico, a la creación de empleo y disminución de la precariedad laboral de los trabajadores, etc., que suelen concretarse, finalmente, en modificaciones parciales, muy específicas y concretas de ciertas disposiciones laborales.

La primera norma estatutaria dictada tras la promulgación de la Constitución de 1978 disponía la preferencia hacia el contrato indefinido⁹, si bien también establecía la posibilidad de celebración de modalidades temporales -contrato de obra y servicio, eventual y de interinidad-. Es a partir del año 1984 cuando se va produciendo en España un importante incremento de la contratación de duración determinada, postergando la preferencia hacia la contratación de duración indefinida.

La reforma abordada por el Real Decreto Ley del año 2010¹⁰ fundamentaba su «mejora normativa» en las debilidades que venía lastrando por esos años el modelo de relaciones laborales de nuestro país que se constataba, principalmente, en «la elevada sensibilidad del empleo al ciclo económico» y que generaba la segmentación de los trabajadores en dos clases: fijos y temporales -declaración, por otro lado, extrapolable a la situación de crisis económica que padece en la actualidad nuestro país-¹¹.

Al igual que en las pasadas reformas presentaba como «objetivo esencial» de la reforma¹² la reducción del desempleo, el incremento de la productividad, la corrección del dualismo del mercado

9 Artículo 15. 1 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 14 de marzo de 1980).

10 El 18 de septiembre de 2010 se publica en el BOE la Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE núm. 227) que eleva a rango de ley las medidas adoptadas tres meses antes por el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 17 de junio de 2010) por lo en este epígrafe la norma a la que se hará referencia será a este último.

11 El Real Decreto-ley 2010 denuncia también como deficiencias estructurales que aquejan al mercado laboral español en esa época, la escasa flexibilidad interna de las empresas, la insuficiencia de los servicios públicos de colocación y la discriminación en el empleo de ciertos colectivos.

12 Denuncia también esta norma que los mecanismos de corrección intentados «con poco éxito» en pasadas reformas, generalmente se centraban en actuaciones transitorias dirigidas en diferentes momentos

laboral, la estabilidad en el empleo y el incremento de la flexibilidad interna de las empresas. Se apoyaba sobre tres ejes o ámbitos de actuación: 1) Reducir la dualidad del mercado laboral favoreciendo la contratación indefinida; 2) Refuerzo de los instrumentos de flexibilidad interna y 3) Favorecimiento del acceso al mercado de las personas desempleadas «con particular atención en los jóvenes».

Entre las medidas dirigidas hacia la consecución de la reducción de la dualidad laboral establecía como prioritarias las siguientes: la limitación temporal del contrato de obra y servicios determinado (y su conversión en indefinido si traspasaba la duración establecida para el mismo), prevenir el encadenamiento de contratos temporales sucesivos; aumento de la indemnización por finalización de contrato temporal (doce días); la intangibilidad de la regulación del contrato indefinido ordinario; ampliación de los colectivos que podían suscribir el contrato de fomento de la contratación indefinida - que reducía a dos colectivos: trabajadores «atrapados en la temporalidad»¹³ y aquellos otros que hayan extinguido un contrato indefinido-, limitaba los requisitos de permanencia de estos trabajadores en las bolsas del desempleo en tres meses para poder suscribir esta modalidad contractual; reducción parcial de la carga empresarial - indemnizaciones- en las extinciones de contratos por causas económicas -que asumía parcialmente el Fondo de Garantía Salarial-¹⁴.

En cuanto al empleo de jóvenes y personas desempleadas, esta reforma viene a redefinir los colectivos de trabajadores para los que se establece bonificaciones a la contratación indefinida -jóvenes de hasta 30 años con problemas de empleabilidad y mayores de 45 años con una permanencia prolongada en el desempleo-; mejora las cuantías de contratación de mujeres; mantiene las bonificaciones a ciertos colectivos de trabajadores (personas con discapacidad, trabajadores autónomos, empresas de inserción, víctimas de violencia de género y trabajadores mayores de 59 años) y mantiene las bonificaciones dirigidas a la conversión en indefinidos de contratos formativos (con una bonificación total de cotizaciones sociales, mejora del salario y reconocimiento de la prestación de desempleo) y respecto del contrato de relevo y del contrato en prácticas modifica los títulos que habilitan la celebración de los mismos, así como el plazo para poder contratarlos.

2.2. La reforma de 2012¹⁵

La reforma laboral operada en el año 2012 se apoya en el concepto de equilibrio como eje que articula el proceso reformador y sugiere la adopción de medidas que armonicen los distintos instrumentos de ejecución, destacando entre los mismos los siguientes: flexibilidad interna y externa de las empresas y seguridad y estabilidad a los trabajadores en el empleo; contratación indefinida y temporal; movilidad interna y mecanismos extintivos de la relación contractual; contrato de trabajo y mercado de trabajo.

según el objetivo necesitado de refuerzo-.

13 Según el Real Decreto Ley «aquellos que en los últimos años solo suscribieron contratos de duración determinada».

14 En cuanto a la reducción de costes empresariales relativo a las extinciones de contratos -excluyendo a los despidos disciplinarios- se anuncia la regulación de un fondo de capitalización individual del trabajador para cubrir contingencias como el despido, formación del trabajador, movilidad laboral y jubilación.

15 Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio (antes Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012), Ley 1/2014, de 14 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (antes regulado en Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, de la misma denominación (BOE de 3 de agosto de 2013).

En materia de empleo autoriza a las Empresas de Trabajo Temporal como agencias de colocación; suprime limitaciones en el contrato para la formación y el aprendizaje; considera el trabajo a tiempo parcial como una medida de organización del trabajo, de redistribución del empleo y de adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades del trabajador (autorizando la realización de horas extraordinarias en estos contratos); crea el contrato de trabajo por tiempo indefinido para empresas de menos de cincuenta trabajadores; (e) establece deducciones fiscales como medida de fomento del empleo juvenil y, modifica el trabajo a domicilio e introduce el teletrabajo como medida de flexibilización y organización del trabajo en las empresas y para la conciliación de la vida laboral y personal y familiar.

Entre las prevenciones dirigidas por la norma a combatir el uso de la extinción como medida de ajuste empresarial y la dualidad laboral, destacamos las siguientes: la reducción temporal de salario o de la jornada; la supresión de autorización administrativa en la suspensión del contrato de trabajo; la reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas; el carácter vinculante del acuerdo de los representantes de los trabajadores tras la finalización del periodo de consultas en el despido colectivo; la limitación temporal en el encadenamiento de contratos temporales -máximo treinta meses-.

3. EL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA¹⁶

En 2020 y 2021, se abordaron por el Gobierno de la Nación una serie de reformas urgentes en respuesta a la crisis económica y social generada por la pandemia del coronavirus en nuestro país¹⁷, incorporadas unas en el denominado Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia¹⁸, otras contempladas en el Componente 23 del Plan¹⁹ -, que, con el aval de los principales agentes sociales y a través del diálogo social²⁰ pretendía implementar bajo posterior desarrollo normativo.

Los objetivos que perseguía y propugnaba el ejecutivo en este Plan no diferían, en lo sustancial, de las expuestas en las anteriores dos grandes reformas laborales a las que antes hemos hecho alusión, con alguna que otra salvedad²¹: reducir el desempleo, el paro juvenil, la temporalidad, la igualdad social, corregir la dualidad del mercado laboral, modernizar los instrumentos de negociación

16 Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2021).

17 Destacan las adoptadas por el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

18 Adoptado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2021, presentado a la Comisión Europea el 30 de abril y aprobado por las instituciones europeas el 13 de julio de 2021.

19 Bajo el título de «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo».

20 Gobierno de la Nación y las organizaciones sindicales y patronales CCOO, UGT, CEOE y CEPYME.

21 Entre los principales retos y objetivos propone que las reformas que se esbozan en el Plan culminen finalmente «con la elaboración de un Estatuto del Trabajo del siglo XXI, que responda a las nuevas necesidades y realidades del mercado laboral».

colectiva y aumentar la eficacia y eficiencia de las políticas públicas de empleo, el aumento de la productividad, necesidad de adaptar el mercado laboral a las nuevas demandas globales, transición digital y ecológica, la mejora de la calidad y estabilidad de los contratos, cierre de la brecha de género, etc. que vuelven a traerse en este Plan como principios básicos de la futura reforma.

La negociación de la reforma se ha articulado en una mesa de diálogo tripartito con la pretensión de abordar cuatro objetivos fundamentales²², previamente consensuados con las principales organizaciones empresariales y sindicales del país: 1) generalización del contrato indefinido²³; 2) adaptación de las distintas tipologías de contratos, reduciendo a tres sus categorías (contrato estable, contrato temporal y contrato de formación/prácticas); 3) causalidad de la contratación temporal y 4) adecuación y mejora de la regulación del contrato de formación (incide en el aspecto formativo y de cualificación de los trabajadores a la hora de revertir la alta demanda de la contratación temporal y la fluctuación en el empleo).

Para articular esos objetivos propone las siguientes actuaciones: (a) delimitación de las tres modalidades de contratación laboral, siendo «la regla general» la contratación estable y la temporal, la excepción, y con origen «exclusivamente causal»; (b) adecuación de los contratos de formación o prácticas dirigido a la inserción de las personas jóvenes al mercado laboral; (c) implementación de mecanismos de adaptación a los ciclos económicos en las empresas que eviten la alta temporalidad y el encadenamiento de los contratos temporales de corta duración; (d) uso del contrato fijo-discontinuo para actividades cíclicas y estacionales; (e) inspección de la contratación a tiempo parcial -particularmente en la jornada irregular y horas complementarias-; (f) reducción de la temporalidad del sector público; (g) penalización de la excesiva utilización de contratos de muy corta duración; (h) lucha contra el fraude laboral en la contratación temporal -separada o encadenada-, sobre el mismo trabajador o puesto de trabajo; (i) conversión de contratos en indefinidos mediante el control de la temporalidad con nuevas técnicas de gestión de datos por parte de la Inspección de Trabajo; (j) campañas disuasorias basadas en la capacidad de los sistemas de control y de la inspección de trabajo mediante el uso de datos de las autoridades laborales; la automatización de las actas de infracción y sanción; aumento de personal estable en la Inspección de Trabajo; actualización de las sanciones, etc.

Junto a la simplificación de los contratos, la revisión de las bonificaciones a la contratación indefinida se presenta como pieza clave de la reforma. En las reformas del mercado laboral las políticas de subvenciones y bonificaciones públicas a la contratación se han demostrado muy limitadas en el tiempo e ineficaces y tampoco han servido para erradicar las deficiencias estructurales de nuestro mercado laboral.

Con relación a la empleabilidad estable, la revisión de la política de incentivos debe estar orientada hacia los colectivos de trabajadores más vulnerables y con mayores índices de precariedad -jóvenes para el primer empleo, trabajadores no cualificados, desempleados de larga duración, trabajadores de cierta edad- con el horizonte puesto en la perdurabilidad de la relación laboral -reforzando, aún más durante los periodos recesivos, la garantía de empleabilidad a través de estos mecanismos públicos.

La propuesta del Plan en este punto se dirige a la simplificación de los incentivos -reduciendo los existentes a un menor número- así como de los requisitos de los beneficiarios (empresas), a la

22 Cfr. Reforma 4 del Plan.

23 El Plan de Recuperación propone «Favorecer la transición hacia los contratos indefinidos, en particular mediante la simplificación del sistema de incentivos a la contratación» (Recomendación 2019.2.2. e.).

mejora de la coordinación entre las distintas administraciones públicas y a la homogeneización de los requisitos de los beneficiarios de los contratos de formación -incidiendo en su componente formativo-.

El nuevo modelo de relaciones laborales que propone el Gobierno en el Plan de Recuperación se resume en los siguientes puntos:

- Reducir los contratos existentes a tres tipos de contratos: Uno “estable” para el conjunto de las actividades, otro “temporal” para las que tengan esa naturaleza y uno “de formación” para la inserción en el mercado laboral.
- Garantizar que los contratos temporales respondan a la naturaleza del trabajo.
- Instrumentar nuevos mecanismos de flexibilidad interna alternativos al despido y la alta temporalidad, mediante dos mecanismos: ajuste del tiempo de trabajo ante caídas de la demanda cíclicas o extraordinarias y acompañamiento de los procesos estructurales de transición en sectores en reconversión. Establecer un instrumento permanente de ajuste interno de las empresas, alternativo a la alta temporalidad y al desempleo.
- Simplificación y racionalización de los incentivos a la contratación. Modernización de las bonificaciones y de las políticas activas de empleo, garantizando un itinerario personalizado de formación, reciclaje y empleabilidad para los trabajadores.
- Orientación del mercado laboral a la formación y recualificación de los trabajadores. Creación de un marco adecuado para la formación de los trabajadores²⁴.
- Modernización del marco laboral y de los mecanismos de concertación laboral y de negociación colectiva.
- Modernización de las políticas activas de empleo.

4. LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL DE 2021²⁵

El Real Decreto-ley 32/2021 de 28 de diciembre, pretende desarrollar y hacer efectivas algunas de las medidas ya recogidas en el Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia destacando de las que se recogen en éste, el reforzamiento del contrato indefinido, la simplificación de los contratos, el establecimiento de un mecanismo de flexibilidad permanente y de estabilización del empleo y la modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales.

El objeto de la reforma -al igual que también se pretendía en las anteriores- se centra en combatir el excesivo desempleo y temporalidad de los contratos de nuestro mercado de trabajo.

²⁴ Prevé el Plan del Gobierno la creación de un mecanismo permanente para la formación y recualificación de trabajadores en procesos de ajuste empresarial, tanto de carácter transitorio (ante caídas de demanda significativas) como estructural (ante procesos de reconversión sectorial que exijan la adaptación de los trabajadores o la transición hacia otro tipo de trabajos o sectores).

²⁵ Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE de 30 de diciembre de 2021). En el transcurso de la revisión de este trabajo ha tenido lugar la ratificación por el Congreso de los Diputados del Real Decreto-ley 32/2021 (04/02/2022).

El mecanismo que propugna el Real Decreto-ley pasa por la sustitución de las normas, relegando aquellas que favorecen la temporalidad en el empleo por otras que generen estabilidad y, en definitiva, para que se produzca un cambio efectivo en el sistema de relaciones laborales.

Se vuelven a denunciar en esta norma muchas de las deficiencias expuestas en las pasadas reformas: rápida destrucción de empleo en los periodos económicos recesivos; elevado nivel de temporalidad y su influencia en la devaluación de los salarios y las condiciones de trabajo; escasa inversión en formación por parte de las empresas; desigualdad de género y por edad; alta rotación laboral, especialmente en los colectivos de personas jóvenes (flujo trabajo temporal-desempleo); abuso de contratación temporal de muy corta duración -en relación con el total de contratos firmados anualmente- que produce el efecto señalado de excesiva rotación laboral.

En el ámbito de la contratación -con el objetivo de reducir la tasa de temporalidad- se reordena el catálogo de contratos y se restituye la causalidad de la contratación de duración determinada, evitando el abuso en el empleo de esta figura y la excesiva rotación de las personas y sucesión de contratos. Por lo que respecta a la promoción de la inserción de las personas jóvenes al mercado laboral concentra su atención en la regulación de los contratos formativos (que se celebrarán en alternancia con los estudios o para que sirvan de práctica profesional de los estudios cursados) y respecto del uso de la contratación y subcontratación de las empresas, ésta queda limitada para la concertación de trabajos asociados a un proyecto determinado.

Paralelamente, para la consecución de esos objetivos, considera necesario ofrecer a las empresas mecanismos de adaptación rápidos ante situaciones de crisis económica y cambios de la demanda como alternativa a la temporalidad y a las oscilaciones del empleo, proponiendo como fórmula -con proyección de permanencia- los expedientes de regulación temporal de empleo.

El Real Decreto-ley 32/2021 consta de cinco artículos, siete disposiciones adicionales, nueve disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales. A continuación, a modo de apéndice, se exponen resumidamente las modificaciones de las distintas normas que contiene:

4.1 Artículo primero

Incluye las siguientes modificaciones del vigente texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET)²⁶ sobre modalidades de contratación:

4.1.1. Modificación del artículo 11 LET

Establece dos modalidades para el contrato formativo:

- Contrato de formación en alternancia, cuyo objeto consiste en compatibilizar actividad laboral retribuida y procesos formativos relacionados con dicha actividad a través de la formación profesional reglada, los estudios universitarios o el Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo y
- Contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al correspondiente nivel de estudios.

²⁶ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, (BOE de 24/10/2015).

4.1.2. Modificación del artículo 15 LET

Detalla las causas que justifican la contratación de carácter temporal y se establecen nuevas reglas sobre sucesión de contratos: solo podrá concertarse un contrato de trabajo de duración determinada por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora, como justificativa de la causa de temporalidad, cuando se especifique la concreta circunstancia determinante del contrato y su conexión con la duración definida.

Suprime el contrato para obra o servicio determinado.

El contrato por circunstancias de la producción sólo se podrá concertar cuando se produzcan alguna de las siguientes situaciones:

- Por el incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones que generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, aun tratándose de actividad normal de la empresa.
- Para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada.
- Excluye como causa de este contrato la realización de trabajos mediante contratas, subcontratas o concesiones administrativas cuando constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa.

Por lo que respecta a los contratos de sustitución podrá concertarse este tipo de contrato en los siguientes supuestos:

- Para sustituir a un trabajador o trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo.
- Para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora cuando la reducción de la jornada venga reconocida en causa legal o convencional.
- Para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo -se fija, como duración máxima de este contrato, tres meses-.

4.1.3. Modificación del artículo 16 LET (contrato fijo discontinuo)

Se suprime la distinción entre contratos fijos periódicos y fijos discontinuos pudiéndose concertar este contrato en los siguientes supuestos:

- Para trabajos de carácter estacional, o que estén vinculados a actividades productivas de temporada.
- Para aquellos que sean de prestación intermitente, con periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.
- En actividades realizadas al amparo de contratas mercantiles o administrativas.

4.1.4. Modifica el apartado 2 del artículo 12 LET

Este apartado segundo del artículo 12 excluía la celebración de contratos para la formación y el aprendizaje a tiempo parcial- y deroga el apartado 3 de este artículo -eliminando la presunción

de duración indefinida del contrato a tiempo parcial cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa-

4.1.5. Modifica el artículo 49, letra c LET

La letra c recogía el supuesto de extinción del contrato por expiración del tiempo convenido.

4.1.6. Modifica el artículo 42 LET

Garantiza la aplicación del convenio colectivo sectorial en las contrata y subcontratas de trabajadores -será el del sector al que se dirija la contrata o subcontrata-

Medidas alternativas a las extinciones. El Real Decreto-ley introduce las siguientes medidas de ajuste empresarial:

- Reducción de jornada o suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores -impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada, a consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad competente- (ésta última con carácter permanente).
- Introduce un nuevo artículo 47 bis con una nueva fórmula -que denomina Mecanismo RED- para atender medidas de ajuste empresarial temporal por necesidades de naturaleza macroeconómica -cíclica- o sectorial -recualificación y procesos de transición profesional de las personas trabajadoras-. Estas medidas deberán ser adoptadas por el Consejo de Ministros a través del procedimiento establecido en este nuevo artículo del Estatuto de los Trabajadores.

4.2. Artículo segundo

Modifica la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006 relativa a la extinción del contrato indefinido por motivos inherentes a la persona trabajadora en el sector de la construcción²⁷.

4.3. Artículo tercero

Modifica los siguientes artículos del vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)²⁸:

4.3.1. Artículo 151 LGSS

Recoge un incremento en la cotización respecto a los contratos de duración determinada inferior a 30 días y supuestos en que no procederá dicho incremento.

4.3.2. Incorpora un nuevo artículo 153 bis LGSS

Sobre cotización empresarial en los distintos supuestos de reducción temporal de jornada o suspensión temporal del contrato de trabajo o de la entidad gestora para el caso de que la persona trabajadora cause derecho a la prestación por desempleo.

²⁷ Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción (BOE de 19 de octubre de 2006).

²⁸ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 31/10/2015).

4.3.3. Modifica el artículo 267.1 LGSS

Incluye junto con el despido, un nuevo supuesto de situación legal de desempleo relativo a la extinción del contrato por motivos inherentes a la persona trabajadora regulada en la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción y se modifican las referencias a los contratos fijos periódicos, derivadas de las modificaciones del artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores-.

4.3.4. Modifica el artículo 273.2 LGSS

Relativa a la aportación del trabajador por la entidad gestora en los supuestos de reducción de jornada o suspensión del contrato-.

4.3.5. Introduce una nueva disposición adicional trigésima novena a la LGSS

Establece los beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo regulados en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como los aplicables con relación a los nuevos Mecanismos RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo a que se refiere el artículo 47 bis del mismo texto refundido, tanto la cuantía de las exenciones aplicables en los diferentes supuestos como los diferentes requisitos y condiciones para su aplicación.

4.3.6. Incorpora una nueva disposición adicional cuadragésima a la LGSS

Sobre actuaciones de vigilancia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en relación al cumplimiento de las obligaciones establecidas para ser beneficiaria de las exenciones en las cotizaciones de la Seguridad Social y establece una nueva prestación de sostenibilidad de empleo a la que se podrán acoger las personas trabajadoras afectadas por la aplicación del Mecanismo RED regulado en el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que será incompatible con la percepción de prestaciones o subsidios por desempleo-.

4.3.7. Incorpora una nueva disposición cuadragésima segunda a la LGSS

Que unifica el procedimiento de comunicación al Servicio Público de Empleo Estatal y a la Tesorería General de la Seguridad Social el inicio y finalización de los periodos de suspensión temporal de los contratos de trabajo y reducción temporal de la jornada de trabajo.

4.3.8. Introduce una nueva disposición adicional cuadragésima tercera a la LGSS

Sobre cotización a la Seguridad Social de los contratos formativos en alternancia regulados en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

4.4. Artículo cuarto

Modifica la Ley 30/2015²⁹, introduciendo un nuevo apartado 7 en el artículo 9 relativo al incremento del crédito disponible para las empresas para la financiación de acciones en el ámbito de la acción programada.

²⁹ Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral (BOE de 10 de septiembre de 2015).

4.5. Artículo quinto

Modifica el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social adaptando la norma a las nuevas prevenciones de la norma material - individualización de infracciones, incremento de la cuantía de la sanción y limitaciones y prohibiciones en la adopción de medidas de flexibilización empresarial-.

4.6. Disposiciones adicionales (7)

- Primera y segunda: sobre medidas en el ámbito del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo y acciones formativas
- Tercera: Aclaratoria de la aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre³⁰, respecto de los expedientes de regulación temporal de empleo por impedimentos o limitaciones a la actividad normalizada vinculadas a la COVID-19.
- Cuarta y quinta: régimen aplicable al personal laboral del sector público, en materia de contratación laboral, y el asociado al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y a los Fondos de la Unión Europea.
- Sexta: sobre cómputo estadístico de las personas trabajadoras afectadas por los expedientes de regulación temporal de empleo o a las que les es de aplicación el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo y garantías e incentivos para su reincorporación.
- Séptima: sobre prórroga de la vigencia del Real Decreto 817/2021, de 28 de septiembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2021 (BOE de 29/09/2021).

4.7. Disposiciones transitorias (9)

Sobre el régimen jurídico aplicable a las diferentes situaciones contractuales o convencionales vigentes a la entrada en vigor del real decreto-ley.

4.8. Disposición derogatoria única

Deroga expresamente las disposiciones que contravienen la reforma planteada.

4.9. Disposiciones finales (8)

- Primera: modifica el artículo 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (BOE de 02/06/1994);
- Segunda modifica el texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre (BOE de 24/10/2015). Incorpora una nueva disposición adicional novena, referida a los contratos vinculados a programas comunes de activación para el empleo;
- Tercera: de adaptación de las referencias normativas al artículo 47 y 47 bis del texto refundido de la LET.

³⁰ Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo (BOE de 29 de septiembre de 2021).

- Cuarta: sobre títulos competenciales por el que se dicta el real decreto-ley.
- Quinta y sexta: aprobación de un reglamento para la protección de las personas trabajadoras menores, en materia de seguridad y salud -artículo 27.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (BOE de 10/11/1995- y mejora de la protección por desempleo de las personas trabajadoras fijas discontinuas, respectivamente.
- Séptima: habilitación de desarrollo normativo.
- Octava: entrada en vigor de la norma (a excepción de determinados preceptos, para los que se prevé una *vacatio legis* de tres meses).

5. CONCLUSIONES

Las pasadas reformas laborales no han conseguido el objetivo de reducir el alto volumen de contratación temporal en nuestro país, cuyo abuso sigue siendo una de las grandes debilidades que aquejan a nuestro mercado de trabajo, muy superior a la media de los países de la Unión³¹.

Una alta tasa de temporalidad provoca un exceso de rotación de los trabajadores en las empresas, lo que a su vez motiva la desincentivación de éstas en su formación, avivando el efecto de falta de adaptación y de identificación de los trabajadores con los objetivos de producción y la desvinculación de éstos con las expectativas empresariales, que incide negativamente en el crecimiento del empleo estable y en la productividad empresarial.

La inestabilidad y fluctuación laboral de nuestro país se torna, más si cabe, excesiva e inasumible sobre ciertos colectivos de trabajadores como son el de los jóvenes que quieren acceder por primera vez al mercado de trabajo, mujeres trabajadoras³², trabajadores de cierta edad o de larga duración en las colas del desempleo³³. La proporción contratación temporal, fluctuación en el empleo y formación se encuentra en oposición directa con los objetivos de crecimiento económico de un país. La denunciada «trampa de temporalidad»³⁴ -que lleva aparejada una precariedad estructural en el mercado laboral- convierte el potencial crecimiento de las empresas -a pesar de su plasmación formal en las reformas pasadas- en simples abstracciones que no reportan grandes resultados económicos en las empresas, ni se traduce en la estabilidad y seguridad en el empleo de las personas -al menos con efectos duraderos-.

31 España es el primer país de la Unión Europea con la tasa de temporalidad más alta, con un porcentaje del 20% en 2020 (seguida de Portugal (15%), Polonia (14,4%), Croacia (13%), Suecia y los Países Bajos (12%, respectivamente). Datos facilitados en el mes de mayo de 2021 por la agencia europea de estadística Eurostat.

32 Las mujeres y las personas jóvenes son los colectivos que sufren los mayores niveles de precariedad en los contratos, más dificultades de inserción estable al mercado de trabajo y mayor desigualdad con respecto a los salarios. Sobre brecha de género véase SÁEZ LARA, C. (coord.): *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*, Ediciones Laborum S.L., Murcia (2016).

33 Pilar Europeo de Derechos Sociales, Gotemburgo, 17 de noviembre de 2017, principio n.º 5: “deben evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos, y que los períodos de prueba deben tener una duración razonable» (También en el Considerando 2 de la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (DOUE de 11 de julio de 2019).

34 Dificultad de tener un empleo estable cuando se van concatenando contratos temporales.

La introducción o modificación en el sistema contractual de modalidades temporales -recurrente en casi todas las reformas- genera en el mercado de trabajo gran distorsión -sobre todo en las primeras fases del ciclo- en las que se produce grandes ajustes en el empleo y, casi sin solución de continuidad, un gran volumen de contratación temporal, que conduce, no muy a corto plazo, nuevamente a la pérdida de los puestos de trabajo, precisamente por la naturaleza temporal del vínculo laboral.

La concertación del vínculo laboral temporal debe estar condicionado y asentado en la particularidad -justificado en la concreta circunstancia productiva que lo explica³⁵-, siendo su fundamento la excepción y no la generalidad que lo caracteriza, y que se evidencia en la desproporción de su uso con respecto a la contratación de carácter indefinida. Por ello, resulta necesario estimular un cambio de tendencia hacia la seguridad laboral -no puramente formal- mediante una reformulación normativa que incida en la reordenación de los contratos de duración determinada y en la aproximación de costes de estas tipologías, endureciendo la sanción por extinción de los primeros. La desproporción actualmente existente en el uso de una y otra vinculación laboral -motivada también por la amplitud de situaciones que acogen las actuales modalidades contractuales temporales- puede combatirse a través de medidas que reduzcan esa brecha: aumento de las indemnizaciones de las extinciones de los contratos temporales -insignificantes con respecto a los de carácter indefinido y que incentivan el uso de aquellos, precisamente, por su bajo coste extintivo-, aumento de incentivos a la transformación de los contratos temporales en indefinidos, así como para favorecer la celebración de éstos últimos, mayor gravedad de la sanción de despido improcedente en el vínculo temporal, incremento de las sanciones de fraude en la contratación temporal (posibilitando la calificación de nulidad del despido sin causa, con los efectos inherentes a dicha calificación -reconocimiento de salarios de tramitación, reincorporación del trabajador su puesto de trabajo, etc.-).

Los más altos índices de volatilidad contractual -con independencia del signo del ciclo económico por el que se esté atravesando- se siguen concentrando en los contratos de duración determinada, siendo éste, como ya se ha indicado, el principal instrumento empresarial a la hora de la contención de pérdidas. En cambio, cuando la etapa recesiva transcurre y comienza otra de expansión no se llega a producir una real conversión e incremento en el número de contratos indefinidos con origen en contratos temporales. La tendencia a la ruptura del vínculo temporal se ha ido consolidado a lo largo de toda esta década hasta la actualidad donde se puede constatar el efecto constante -diríamos estructural- que produce sobre el mercado de trabajo la excesiva alternancia creación/destrucción de empleo (precario).

Papel decisivo en esta materia tiene el poder público, como promotor de una política de empleo estable que genere las condiciones necesarias para que el encargo constitucional³⁶ encomendado pueda ponerse en práctica. Se hace necesario para ello el establecimiento de nuevas reglas que hagan efectivo el principio de seguridad y estabilidad que debe regir la relación laboral,

35 Quebra este principio, la regulación realizada de este tipo de contratación por el Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento del empleo (BOE de 9 de noviembre de 1984) y que venía a justificar la contratación temporal no causal «por la importancia que dicha modalidad de contratación puede tener en la generación de nuevos empleos» y no tanto por la naturaleza temporal de las necesidades empresariales que se debiera cubrir con este tipo de contratación.

36 Artículo 40.1 de la Constitución Española (BOE de 29/12/1978).

que limite la temporalidad, reservada exclusivamente, para situaciones urgentes -y excepcionales- que se produzcan durante los procesos productivos.

Entre las medidas que debieran adoptarse para disminuir la «brecha» de costes contractuales hemos sugerido el fortalecimiento del vínculo laboral temporal, dotándolo de una cierta rigidez a la hora de su extinción, mediante la imposición de un gravamen en el coste de la decisión empresarial -v.gr. incremento de la indemnización de extinción por llegada del término y por decisión empresarial-. Por otro lado, si el origen de la concertación de la modalidad contractual temporal se basa en determinada coyuntura económica cabe imponer mayor gravamen a la decisión extintiva de estos contratos, justificada, precisamente, en esa causa de temporalidad del vínculo, así como la desafectación de futuras ayudas y subvenciones públicas -y devolución de las recibidas- cuando se constate fraude a la ley en el uso de estas modalidades. Por lo que respecta a la sanción de volatibilidad del empleo en una misma empresa, debería adoptarse mayores controles de su actividad social, lo que fomentaría la contratación estable en la misma.

El desarrollo normativo que fue origen de la dualidad contractual definida/indefinida, debe matizar las concretas causas que justifican el vínculo temporal -excepcionalidad, urgencia, necesidad, etc.- rechazando con mayor gravedad aquellas otras que no atiendan a los específicos límites de la norma.

Para la consecución del objetivo de seguridad y estabilidad en el empleo y en una mejora de la competitividad de nuestras empresas es ineludible la necesaria reforma de las normas laborales, llevándose a cabo los imprescindibles reajustes de la actual regulación y contando el mayor consenso posible. Para ello también se hace necesario un cambio en los patrones de los agentes sociales con los ineludibles compromisos y sacrificios que deben asumir unos y otros que permitan la reversión de la actual tendencia empresarial.

Aún con los remedios públicos adoptados en el pasado, la preferencia empresarial en nuestro país hacia la contratación temporal sigue siendo inasumible, con un gran volumen de contratación de corta o muy corta duración, lo que conlleva una alta tasa de precariedad, constituyendo un importante obstáculo para el desarrollo de una economía eficiente y competitiva con nuestro entorno económico y social ³⁷.

En este contexto, lo más urgente es asegurar la formación y empleabilidad de los colectivos más afectados -jóvenes, desempleados de larga duración, mujeres, personas sin cualificación o con una determinada edad- mediante reformas estructurales en la educación y formación para atajar la dualidad, ello implica centrar los esfuerzos en la simplificación de contratos y en una política de revisión de bonificaciones a la contratación indefinida, implementando mayores sanciones en el uso fraudulento de la contratación de duración determinada.

³⁷ Según la última Encuesta de Población Activa (EPA) publicada por el Instituto Nacional de Estadística en el tercer trimestre de este año, en los 12 últimos meses el empleo ha aumentado en 808.500 personas contratadas, aumentado en 300.700 personas en empleo indefinido y en 507.800 personas, el temporal. En el tercer trimestre del año el incremento de la ocupación ha seguido concentrándose en los trabajadores con contrato temporal, con 264.200 ocupados frente a los 145.000 con contrato indefinido, lo que eleva la tasa de temporalidad al 26,02%.

6. BIBLIOGRAFÍA

BENTOLILA, S. (2011): “¿Por qué han divergido tanto las tasas de paro en España y Francia en la Gran Recesión?”, *Nada es Gratis*, 01/02/2011 (<http://www.fedeablogs.net/economia/?p=9207>).

CONDE-RUIZ J.I.: *Contra la Dualidad Laboral*, Fundación de Estudios de Economía aplicada (2021).

CONDE-RUIZ J.I.: *Las reformas laborales en España: un modelo agotado*, Papeles de Economía Española, N.º 124 (2010).

DE LA FUENTE, A. (coord.): *El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: un resumen anotado*, Fundación de Estudios de Economía aplicada (2021).

FUNDACIÓN BBVA: *Temporalidad Laboral en las Regiones Españolas*, Ivie N.º 35 (2019)

NAVARRO NIETO, F.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Ediciones Don Folio, 15ª edición, (2021).

SÁEZ LARA, C. (coord.): *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*, Ediciones Laborum S.L., Murcia (2016).

TOHARIA CORTÉS, L.: *El Modelo español de contratación temporal*, Temas Laborales n.º 64/2002. Págs. 117-139.

7. ÍNDICE DE PÁGINAS ELECTRÓNICAS

<https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4866&L=0>

<https://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/datos-avance/contratos.html>

<https://www.mites.gob.es/estadisticas/EAL/welcome.htm>

<https://www.funcas.es/revista/la-reforma-del-mercado-de-trabajo-julio-2010/>

<https://www.nuevatribuna.es/articulo/economia-social/temporalidad-precariedadlaaboral-reformalaboral-desempleo-contratostemporales/20180717094429153973.html>

https://w6.seg-social.es/PXWeb/pxweb/es/Afiliados%20en%20alta%20laboral/Afiliados%20en%20alta%20laboralAfiliados%20Medios/03m_Afi.%20Med.%20R.%20General%20por%20Altas,%20Bajas,%20Saldo%20y%20T.%20Contrato.px/table/tableViewLayout1/

[https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Temporary_contracts_by_EU_Member_States_in_2019_and_in_2020_\(in_%25_of_total_employment\).png](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Temporary_contracts_by_EU_Member_States_in_2019_and_in_2020_(in_%25_of_total_employment).png)

8. RELACIÓN DE NORMAS LABORALES

Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 18 de septiembre de 2010).

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 07 de julio de 2012).

Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento del empleo (BOE de 9 de noviembre de 1984).

Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 17 de junio de 2010).

Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012).

Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE de 30 de diciembre de 2021).

Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE) núm. 103, de 30 de abril de 2021.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA
EL PACTO SOCIAL EN LA CONTRATA DE LA LIMPIEZA DE LA
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA: UN EJEMPLO PARA IGUALAR LAS
CONDICIONES DE LOS TRABAJADORES DE LAS CONTRATAS Y LOS DE
LA PROPIA ADMINISTRACIÓN ADJUDICADORA¹

J. JESÚS DE VAL ARNAL
Universidad de Zaragoza

Para el personal de la limpieza de la Universidad de Zaragoza, un equipo de élite

1. Introducción: El acuerdo treinta años después
2. El contenido del acuerdo
3. La naturaleza jurídica del acuerdo
4. La eficacia de un acuerdo pactado entre la empresa principal contratista y las futuras empresas prestadoras de la actividad y el servicio
5. Breve historia de la aplicación del acuerdo y los pliegos de contratación así como de las cuestiones jurídicas acaecidas
 - 5.1. Primer acto: La aplicación del PCAP sin seguir el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. A continuación, con procedimiento y sin causa productiva
 - 5.2. Segundo acto: Los nuevos PCAP y de nuevo se reduce el PSFC a 50 Euros: la estabilidad presupuestaria
 - 5.3. Tercer acto: Un caso de doble escala salarial entre los anteriores trabajadores que se les paga 105 y los nuevos que se contratan a partir de una determinada fecha: El 1 de Enero del 2013 como barrera
 - 5.4. Cuarto acto: La empresa una vez pagada la PSFC por las Sentencia del 2014 y del 2016 repite contra la Universidad: el principio de riesgo y ventura y riesgo operacional
6. Conclusiones

¹ Esta Ponencia específica ha sido posible a la financiación del Grupo de Investigación S18-20R de Derecho del Trabajo-UNIZAR cuyo investigador principal es D. JUAN GARCIA BLASCO por el Gobierno de Aragón.

1. INTRODUCCIÓN: EL ACUERDO TREINTA AÑOS DESPUÉS

El 3 de diciembre de 1991 la Universidad de Zaragoza firmó un pacto con la representación de los trabajadores de la actividad de la limpieza de edificios y locales, aplicable a todos los trabajadores de los diversos contratistas que prestaban sus servicios, para la prestación de los servicios de limpieza, en la Universidad de Zaragoza. Entre las medidas pactadas, se procuraría la equiparación salarial del personal de contratos (cualquiera que fuera su categoría) al grupo V de convenio del personal laboral de las Universidades del Estado. Ello se haría efectivo con un “plus salarial fuera de convenio” (en adelante PSFC) que comenzó siendo de 5.000 pesetas. El acuerdo se mantuvo hasta que, en el año 1999, se presentaron los primeros problemas a la hora de pagar a todos los trabajadores el PSFC pactado con la Universidad de Zaragoza. La SJS n° 1 de los Zaragoza, de 20 de Septiembre de 1999, no entró a enjuiciar el conflicto colectivo, sobre el impago a los trabajadores contratados con posterioridad al 1 de Enero de 1998, por incompetencia de Jurisdicción.

Se continuó cumpliendo el pago de PSFC, sin cambios ni problemas, hasta llegar a los pliegos de prescripciones administrativas particulares (en adelante PCAP), para la contratación de la limpieza de los años 2013-2014 y sus prórrogas (Exp. 0066-2012). Este es el momento en el que comienza una batalla legal, que hoy todavía sigue en la Jurisdicción Social y de lo Contencioso-Administrativo, para mantener la aplicación del pacto, pero sobre todo de la denominada PSFC.

Cuatro sentencias del Tribunal Supremo en el Orden Social², cuatro sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón del mismo Orden³, más dos sentencias del Juzgado n° 1 de lo Social de Teruel⁴ para resolver el error en la ejecución de las Sentencias de los dos primeros conflictos colectivos y solucionar la no aplicación de la STSJ de Aragón del 14 de noviembre del 2018 al no formar parte del procedimiento de modificación de condiciones de trabajo de la empresa en Zaragoza; más tres sentencias del Orden de lo Contencioso Administrativo sobre las impugnaciones de las empresas contratistas, dos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón y una del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n° 1 de los de Zaragoza⁵ han estudiado la PSFC incorporada al PCAP, a las que hay que añadir, como daño colateral, la incoación de dos expedientes disciplinarios al vocero de los trabajadores, quien hoy presenta esta ponencia específica a las XXXIX Jornadas Andaluzas de Relaciones Laborales, solventados, el primero con el archivo de la primera por el instructor y la segunda por una sentencia del Juzgado de lo Contencioso que revocó la sanción de diez días de empleo y sueldo por incompatibilidad y por falta de obediencia debida a los superiores y autoridades⁶.

2 STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 137/2021 de 2 febrero, (RJ 2021\649); STS (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia núm. 644/2018 de 18 junio, (RJ 2018\4326); STS (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia núm. 400/2016 de 10 mayo, (RJ 2016\3541); STS (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia núm. 282/2016 de 8 abril, (RJ 2016\6533).

3 STSJ Aragón (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia núm. 721/2018 de 17 diciembre, (AS 2019\1237); STSJ Aragón (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia núm. 7/2017 de 20 enero, (JUR 2017\27022); STSJ Aragón (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia núm. 695/2014 de 14 noviembre, (AS 2015\289); STSJ Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 241/2014 de 28 abril, (JUR 2014\149017).

4 SJS de Teruel de (núm. 174) de 10 de noviembre y (núm. 173) de 9 de noviembre del 2017

5 STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia núm. 274/2016 de 2 junio, (JUR 2016\189128); STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia núm. 258/2020 de 11 junio, (JUR 2020\222676); SJCA n° 1 de los de Zaragoza, Sentencia núm. 51/2018 de 26 febrero, (JUR 2020\193775).

6 SJCA n° 4 de los de Zaragoza, Sentencia núm. 102/2018 de 4 mayo, (RJCA 2020\1022).

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
EL PACTO SOCIAL EN LA CONTRATA DE LA LIMPIEZA DE LA
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA: UN EJEMPLO PARA IGUALAR LAS
CONDICIONES DE LOS TRABAJADORES DE LAS CONTRATAS...

567

Las enseñanzas para los ius-laboralistas, de este acuerdo y su aplicación durante 30 años, que vamos a tratar en esta ponencia específica, son en primer lugar: el surgimiento de una fuente creadora de obligaciones contractuales laborales, que es el PCAP para las relaciones laborales de la contrata de servicios entre la Administración adjudicadora y los trabajadores de la misma⁷ y que nos muestra un camino para aplicar el principio de igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores de la empresa contratista y los trabajadores de la Administración adjudicadora, de grupos profesionales, en cierto modo equiparables, al personal operario del sector de la limpieza de edificios y locales.

En segundo lugar, derivado de los pliegos del año 2012 se plantean sendos conflictos colectivos siguiendo el procedimiento del art. 17 del Real Decreto Ley de Relaciones Laborales 17/1977, de 4 de marzo (RCL 1977\490), que tiene un beneficio para los trabajadores, ya que una vez celebrado el acto de conciliación ante la autoridad laboral se obliga a la misma a continuar el procedimiento ante el Orden Jurisdiccional de lo Social como representación de los mismos y con letrado a su servicio.

La tercera, que tratamos, es sobre los límites trazados por la Administración contratista y utilizados por la Abogacía del Estado, en su argumentación en el conflicto colectivo, para rebajar la PSFC. El argumento jurídico, clave, es la utilización de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante LOEPSF) (RCL 2012\607) para ir cercenando los derechos pactados en beneficio de los trabajadores y que sedujo tanto a la Sala de lo Social del TJS de Aragón como a la del Tribunal Supremo.

La cuarta surge de la deriva interpretativa de las Sentencias del Orden Social que resuelven el conflicto colectivo sobre la PSFC, sobre el expediente de contratación para los años 2012 a 2016, creando una división entre los trabajadores que habían sido contratados por la empresa contratista prestadora del servicio de limpiezas, antes del año 2013 y los posteriores. Las Sentencias de las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y la del Tribunal Supremo realizaron verdaderos malabarismos de interpretación jurídica para no aplicar el principio: igual salario por el mismo trabajo realizado. Tampoco se cumple la parábola de San Mateo (Mt 19, 30-20, 16) por la que los últimos podrán ser los primeros. Ello nos lleva a repasar este principio y su aplicación por los Tribunales españoles y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE).

La quinta enseñanza nace del intento de resarcimiento de la empresa contratista contra la Universidad de Zaragoza por el pago de la diferencia del PCAP. Aquí trataremos de las diferencias entre lo presupuestado en el PCAP y lo pagado por la empresa contratista sobre la base del riesgo y ventura asumible por la empresa adjudicataria. Y por todo ello, por la lucha en mantener la aplicación del Acuerdo de 3 de Diciembre de 1991, la frase de Bertol Brecht resuena con estruendo: *Sólo el que combate puede perder pero el que no lucha ya perdió.*

7 Sobre el tema: DE VAL ARNAL, J.J.: “Los pliegos de las cláusulas administrativas en la Contratación Pública como fuente de regulación de condiciones de trabajo. Los límites y control judicial de las mismas”, en VV.AA.: *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, (Coord. LOPEZ BALAGUER, M.) Ed. Tirant Lo Blanch, 2018 págs. 255-269.

2. EL CONTENIDO DEL ACUERDO

Si bien toda la lucha parece haberse centrado en una de las cláusulas, la PSFC, el acuerdo incorporaba mejoras sobre todo en: matrícula gratuita en la Universidad, para el trabajador, su cónyuge y sus hijos, de la misma forma que el personal propio de la Universidad de Zaragoza; un calendario laboral, adaptado a los horarios de la Universidad, con las vacaciones conjuntadas con las del personal de la Universidad, junto con licencias y permisos que acercaban la conciliación de la vida laboral y familiar; una jornada de 37,5 horas a partir del 1 de Enero de 1993 y con reducción en el caso de que también se rebaje al personal de la contrata; regulación de ropa de trabajo. El acuerdo, si esto pudiera parecer escaso, aboga por la estabilidad en el empleo que permite la aplicación de la figura de la subrogación al obligar a que los contratos de trabajo del personal de limpieza fueran como mínimo de seis meses, con la creación de la figura de fijo de centro derivados de la transformación de los contratos temporales así como la contratación, siempre que sea posible, a tiempo completo. El texto del acuerdo termina con la siguiente coletilla: *todas estas mejoras, que redundan en beneficio de los trabajadores han de traer por su parte un aumento de la calidad del servicio, tanto en el rendimiento laboral como en la seriedad y responsabilidad en el trabajo.*

3. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO

Para la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y el Tribunal Supremo el Acuerdo-Pacto de 3 de Diciembre de 1991 se trata, en definitiva, de un *Pacto extra- estatutario cuyo contenido tiene alcance social que se cumple introduciendo, el mismo, en las cláusulas de mínimos de los Pliegos de Cláusulas Particulares que se ajustarían a la finalidad acordada.* Estamos ante otro fruto de la negociación colectiva como en su momento fueron los protocolos laborales de fusión y los planes sociales de los expedientes de regulación de empleo⁸.

En el año 2017 se vuelve a tratar la naturaleza jurídica del Acuerdo del año 1991 y se habla, por parte de la STSJ Aragón (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia núm. 7/2017 de 20 enero, (JUR 2017\27022) *de un Acuerdo con análoga naturaleza a un convenio colectivo.*

La STS del año 2021⁹, vuelve otra vez a tratar el asunto y califica el mismo *como un fruto que se gestó mediante un pacto extra-estatutario atípico, suscrito entre la Gerencia de la UZ y una representación de los trabajadores de las contratas de limpieza, con quienes la UZ no tenía relación laboral, por el que la universidad se comprometió a promover un proceso de equiparación en las condiciones de trabajo del colectivo afectado con el personal de limpieza de la propia UZ, conviniéndose, entre otras cosas que, respetando siempre las limitaciones presupuestarias, la UZ ..Se trata de un pacto extra-estatutario singular, puesto que se suscribe entre el empresario principal y una representación de los trabajadores de las empresas subcontratistas de la limpieza de la UZ, quienes no intervinieron en el pacto, a quienes se obliga, porque así viene impuesto por las licitaciones de la UZ, a abonar a sus trabajadores un concepto salarial, cuyo coste corre por cuenta de la propia UZ. Consiguientemente, en esa relación triangular, quien ostenta la condición de empleador de los trabajadores les abona un concepto retributivo, cuyo origen no trae causa en un pacto colectivo o individual con sus trabajadores, sino en el pliego de condiciones, impuesto*

8 DE VAL ARNAL, J.J.: “Los protocolos laborales de fusión y los planes sociales: en los expedientes de regulación de empleo”, en VV.AA.: *La Reestructuración de Empresas. Diversificación de Técnicas y su Régimen Jurídico*, Dir. RIVERO LAMAS, J.; LARGO GIL, R.; DE VAL TENA, A.L., Editorial Aranzadi, 2008, págs. 313-339.

9 STS (Sala de lo Social, Sección 1a) Sentencia núm. 137/2021 de 2 febrero del 2021, (RJ\2021\649).

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
EL PACTO SOCIAL EN LA CONTRATACIÓN DE LA LIMPIEZA DE LA
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA: UN EJEMPLO PARA IGUALAR LAS
CONDICIONES DE LOS TRABAJADORES DE LAS CONTRATAS...

569

por un tercero, limitándose el empresario a transferir dicha retribución a sus trabajadores, pagada específicamente por la UZ a las empresas contratistas en el precio del contrato.

Así pues, estamos ante un pacto extra-estatutario entre la Administración contratista y los trabajadores de la empresa contratada que es de obligado cumplimiento por parte de las empresas adjudicatarias presentes y futuras que presten el servicio de limpieza de los centros de trabajo de la Universidad de Zaragoza, porque este pacto aparece en el PCAP, y quien lo paga es la Administración contratadora del servicio a la empresa prestadora del mismo para que lo entregue a los trabajadores. Una *ménage a trois* doméstico.

4. LA EFICACIA DE UN ACUERDO PACTADO ENTRE LA EMPRESA PRINCIPAL CONTRATISTA Y LAS FUTURAS EMPRESAS PRESTADORAS DE LA ACTIVIDAD Y EL SERVICIO

¿Se pueden regular, en los PCAP condiciones laborales de los trabajadores de las contratatas?

La respuesta se encuentra en el art. 34, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP2017), al establecer que:

En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

Es en el art. 122 de la LCSP2017; al regular los PCAP, dónde encontramos el lugar dónde se podrían incluir las condiciones laborales a cumplir por la empresa contratista y hacer efectivo el acuerdo firmado con los trabajadores por la Administración¹⁰ al margen de las futuras empresas que consigan la adjudicación de la contrata.

5. BREVE HISTORIA DE LA APLICACIÓN DEL ACUERDO Y LOS PLIEGOS DE CONTRATACIÓN ASÍ COMO DE LAS CUESTIONES JURÍDICAS ACAECIDAS

5.1. Primer acto: La aplicación del PCAP sin seguir el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. A continuación, con procedimiento y sin causa productiva

En el pliego de condiciones de las contratatas de limpieza adjudicadas en 2008, la PSFC ascendió a 97,98 euros mensuales, actualizables según el IPC con un máximo del 4'5 por 100, conforme a la siguiente cláusula:

¹⁰ Sobre este tema: DE VAL ARNAL, J.J.: “Los pliegos de las cláusulas administrativas en la Contratación Pública como fuente de regulación de condiciones de trabajo. Los límites y el control judicial de los mismos”, en VV.AA.: *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo*, Coord. Por López Balaguer, M., 2018, págs.255-268.

“En el precio contractual se consideran incluidos todos los gastos imputables a la empresa adjudicataria, incluyendo una medida de prestación salarial fuera de convenio, que será de aplicación a todo el personal que preste servicios en la UZ contratado por cualquiera de las empresas que obtengan la adjudicación, cuyo importe para 2009 será, por jornada y paga de 97,98 euros, actualizándose dicho importe anualmente con el IPC, y en cualquier caso como máximo en un 4,5 %”.

En el pliego de condiciones de 2012 (Expediente 00054-2012), la PSFC ascendió a 50 euros, invariable durante el contrato, a tenor de la siguiente cláusula del contrato de servicios:

“En el precio contractual se consideran incluidos todos los gastos imputables a la empresa adjudicataria, incluyendo una medida de prestación social fuera de convenio, que será de aplicación a todo el personal que preste servicios en la Universidad de Zaragoza contratado por cualquiera de las empresas que obtengan la adjudicación, cuyo importe permanecerá invariable durante el periodo de duración del contrato y posibles prórrogas, y será, por jornada y paga, de 50 euros”.

Ante la rebaja considerable de la PSFC, el día 26 de Diciembre del 2013 el comité de empresa presentó escrito de planteamiento de conflicto colectivo contra las empresas adjudicatarias Fomento de Construcciones y Contratas, SA (en adelante FCC, S.A.) y RECOLIM, SL y contra la Universidad de Zaragoza, iniciándose el procedimiento mediante comunicación de la autoridad laboral a instancia del citado comité de empresa, con fundamento en que la reducción de la PSFC a partir de enero de 2013 es una modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo y no ha sido precedida del procedimiento establecido en el art. 41 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 10 de Octubre (RCL 2015, 1654) (en adelante LET).

La demanda fue estimada por la STSJ Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 241/2014 de 28 abril, (JUR 2014\149017) dejando sin efecto la reducción salarial, por tratarse de una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo realizada omitiendo el periodo de consultas y se declaró nula, por no haberse seguido el procedimiento del artículo 41 del LET para la modificación de condiciones sustanciales del trabajo, la reducción efectuada a partir de enero de 2013 por las empresas contratistas en los centros de trabajo de la UZ de las provincias de Zaragoza y Huesca (FCC, SA) y Teruel (RECOLIM, S.L.) respecto de la prestación social de los trabajadores de dichas contratas, condenando a las citadas empresas al abono de la diferencia devengada durante el año 2013 (15 pagas) en cuantía de 53 € mensuales, más el recargo por mora, absolviendo a la Universidad de Zaragoza de las pretensiones formuladas contra ella.

Las empresas RECOLIM, SL y FCC, SA formalizaron recurso de casación ordinario contra la citada sentencia, que fue resuelto por la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 8 abril del 2016 (RJ 2016\6533), manteniendo la sentencia de instancia. Vista la situación y antes de que el Tribunal Supremo resolviera el recurso de casación, la empresa FCC, S.A. inició el periodo de consultas¹¹ en aras a la modificación sustancial de la condición de trabajo consistente en la reducción del PSFC, para cumplir con el procedimiento de modificación de condiciones sustanciales del contrato de trabajo.

11 La empresa RECOLIM S.L en Teruel. no inició período de consultas.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
EL PACTO SOCIAL EN LA CONTRATA DE LA LIMPIEZA DE LA
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA: UN EJEMPLO PARA IGUALAR LAS
CONDICIONES DE LOS TRABAJADORES DE LAS CONTRATAS...

571

Después de constituir la mesa negociadora y de celebración de sesiones y la presentación de contra-ofertas por parte del comité de empresa, FCC, S.A. comunicó a cada uno de sus trabajadores en junio de 2014 la reducción de la PSFC con fecha de efectos el 1 de julio de 2014, justificándola por la reducción de dicha cantidad por parte de la Universidad de Zaragoza que FCC, S.A. abona en concepto de pago delegado, sin que FCC, S.A. pueda suplir esa diferencia si no se compensa de forma productiva, ya que *supone una reducción de nuestra producción, al reducir los términos del contrato en dicha cantidad.*

El conflicto afectaba a 290 trabajadores que prestan servicios de limpieza de los centros de trabajo de la Universidad de Zaragoza en dos provincias (Huesca y Zaragoza) contratados por FCC, S.A. adjudicataria de la contrata de limpieza para esos Campuses de la Universidad de Zaragoza.

Por la STSJ Aragón (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia núm. 695/2014 de 14 noviembre, (AS 2015\289), se estimó en parte la demanda de oficio interpuesta por el Gobierno de Aragón a solicitud del comité de empresa de los trabajadores de FCC, S.A. en la UZ, contra la anterior medida, declarándola injustificada por no haberse probado la existencia de las razones objetivas que justificaran la reducción, y reconociendo el derecho de los trabajadores afectados a percibir la PSFC en la cantidad que cobraban antes de la misma, debiéndoles abonar la diferencia salarial correspondiente al tiempo en que la decisión empresarial había producido efectos, absolviendo a la UZ de las pretensiones deducidas en su contra.

La STS (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia núm. 400/2016 de 10 mayo, (RJ 2016\3541) desestimó el recurso de casación interpuesto por la empresa contra la citada decisión del TSJ de Aragón.

Una de las cuestiones jurídicas de estos dos conflictos colectivos, de gran calado procesal, es la utilización de la demanda de oficio interpuesta al amparo del art. 25.a) del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo (RCL 1977\490), sobre relaciones de trabajo, el cual establece que: *Si las partes no llegan a un acuerdo (en el conflicto colectivo), ni designaren uno o varios árbitros, la autoridad laboral procederá del siguiente modo: a) Si el conflicto derivara de discrepancias relativas a la interpretación de una norma preexistente, estatal o convenida colectivamente, remitirá las actuaciones practicadas, con su informe, a la Magistratura de Trabajo, que procederá conforme a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral.*

Ahora, el art. 158 de la Ley 36/2011, de la Jurisdicción Social, de 10 de octubre (RCL 2011\1845) (en adelante LJS) recoge, en parte, este procedimiento pero sigue siendo el art. 25 y sgs. del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo (RCL 1977\490) el que establece el procedimiento por lo que la autoridad laboral continua el procedimiento.

5.2. El segundo acto: Los nuevos PCAP y de nuevo se reduce el PSFC a 50 Euros. La estabilidad presupuestaria

Por Resolución de la UZ (publicada en el BOE de 19.8.2016) se anunció la licitación del expediente (00066-2016), relativo a la contrata del servicio de limpieza, suministro de material higiénico-sanitario y desinfección de todos los edificios de la Universidad en las tres provincias aragonesas, durante los años 2017 y 2018. El punto 3º (Componentes del precio) de su Anexo XIV, reproduce literalmente el contenido del pliego de condiciones de 2012, y contra su inclusión en el actual pliego formularon ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón recurso especial en materia de contratación, previo a la interposición del contencioso-administrativo, la empresa FCC, por un lado, y el comité de empresa de sus trabajadores en sus centros de trabajo de la UZ, y

los sindicatos CCOO y OSTA, por otro. Ambos recursos fueron desestimados por los respectivos acuerdos de dicho órgano administrativo de 27 y 15 de septiembre de 2016¹².

Con fecha 16 de noviembre del 2016 la Universidad de Zaragoza adjudicó la contrata a FCC, S.A., decisión contra la que la mercantil “CLECE, S.A.”, otra de las licitadoras del concurso, presentó recurso especial en materia de contratación ante el órgano administrativo indicado¹³.

Vista la situación se decidió, por parte del comité de empresa, impugnar directamente los PCAP.

Era muy importante someter los nuevos PCAP a los tribunales por si consideraban aceptable la merma que se volvía a señalar de 50 Euros en la PSFC del acuerdo de 1991 y si estaba justificada de alguna forma siendo que los precios de adjudicación no habrían sufrido merma sino que había un aumento del precio y se dirimiera la validez de la cláusula que no podía ser inferior a 105 € mensuales en 15 pagas al año. Examinada la competencia por parte del TSJ de Aragón se entiende que: sobre la base de las sentencias del año 2014 del TSJ y del TS del 2016 es competente por razón de la materia para el conocimiento del litigio suscitado, circunscrita a determinar si es o no ajustada a derecho la modificación operada en las condiciones particulares a las que ha quedado sometida la licitación en el expediente (00066-2016) de la contratación del servicio de limpieza de la Universidad de Zaragoza.

La STSJ Aragón (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia núm. 7/2017 de 20 enero, (JUR 2017\27022) encontró un resquicio para poder rebajar la PSFC, y es que recogiendo lo que apostilla el acuerdo sobre la PSFC *salvando siempre las disponibilidades presupuestarias*, con la antedicha salvedad, de disponibilidad presupuestaria, contenida en aquel pacto amparaba la reducción a más de la mitad efectuada en el PCAP del 2012, puesto que, como señala el art. 7.3 de la LOEPSF: *los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*”. *Exigencias éstas que han*

¹² Se pueden consultar en:

<http://archivo.aragon.es/cgi-bin/ACTA/BRSCGI?CMD=VEROBJ&MLKOB=928955204343>
<http://archivo.aragon.es/cgi-bin/ACTA/BRSCGI?CMD=VEROBJ&MLKOB=929648613636>

Acuerdo 93/2016, de 15 de septiembre de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelven los recursos especiales, interpuestos por el COMITÉ DE EMPRESA DEL LUGAR DE TRABAJO EN LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA DE LA EMPRESA FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A; la ORGANIZACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE ARAGÓN (OSTA); y CC.OO. DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS DE ARAGÓN, frente a la licitación denominada «Servicio de Limpieza, suministro de material higiénico sanitario y desinfección de todos los edificios de la Universidad de Zaragoza», promovido por la Universidad de Zaragoza.

Acuerdo 96/2016, de 27 de septiembre de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A, frente a la licitación denominada «Servicio de Limpieza, suministro de material higiénico-sanitario y desinfección de todos los edificios de la Universidad de Zaragoza», promovido por la Universidad de Zaragoza.

¹³ Acuerdo 4/2017, de 19 de enero de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por CLECE, S.A, frente a la adjudicación del contrato denominado «Servicio de Limpieza, suministro de material higiénico-sanitario y desinfección de todos los edificios de la Universidad de Zaragoza» (Lotes 1 y 2), promovido por la Universidad de Zaragoza.

Se puede consultar en:

<http://archivo.aragon.es/cgi-bin/ACTA/BRSCGI?CMD=VEROBJ&MLKOB=945653412828>

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
EL PACTO SOCIAL EN LA CONTRATA DE LA LIMPIEZA DE LA
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA: UN EJEMPLO PARA IGUALAR LAS
CONDICIONES DE LOS TRABAJADORES DE LAS CONTRATAS...

573

disminuido, notoriamente, las disponibilidades presupuestarias de la UZ a que se refiere el repetido Acuerdo de 1991, y justifican, a efectos de esta litis, la reducción de la PS señalada por la UZ en el pliego de condiciones¹⁴.

A ello hay que unir la Ley Cortes de Aragón 5/2012, de 7 de junio, de Estabilidad Presupuestaria de Aragón.

La sentencia fundamenta su decisión, de reconocer ajustada a Derecho la decisión de la Universidad, en el artículo 7.3 de la LEPSF, cuyos términos son los siguientes:

los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Parece ser, que a simple vista, había base legal para aplicar la restricción pactada, y si bien no se cuenta con una precisión en cifras, de nuevo la STS (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia núm. 644/2018 de 18 junio, (RJ 2018\4326) reiterando lo afirmado en la STSJ de Aragón señala lo siguiente: *exigen éstas (refiriéndose a las de los principios de estabilidad y sostenibilidad) que han disminuido, notoriamente, las disponibilidades presupuestarias de la Universidad de Zaragoza a que se refiere el repetido Acuerdo de 1991, y justifican la reducción de la PSFC señalada por la UZ en el pliego de condiciones.*

En definitiva, en el recurso de casación no se abordó la falta de justificación en la restricción, es decir aportar los presupuestos, las cuentas y memorias anuales de la Universidad de Zaragoza.

Veamos las cantidades objeto en ese momento de adjudicación y los presupuestos de la Universidad de Zaragoza en las siguientes tablas:

Estos son los precios de adjudicación de los diferentes pliegos son los siguientes¹⁵.

AÑOS PLIEGOS	LOTE COMPLETO POR DOS AÑOS con IVA
2020-2022 y prórrogas (Expediente: 00202-2020)	13.002.364,68 Euros (Adjudicación)
2017-2018 y prórrogas (Expediente: 00066-2016)	14.178.194,04 Euros (Adjudicación)
2013-2014 y prórrogas (Expediente 00054-2012)	14.114.175,98 Euros (Adjudicación)
2009-2010 y prórrogas (Expediente 00095-2008)	12.855.579,03 Euros (Adjudicación)

Cómo podemos observar, para los años 2020-2022 se adjudicó la contrata con una disminución, en el precio de adjudicación, muy importante y por ello parece ser que cada vez menos trabajadores cobrarán los 105 euros y sólo van a cobrar los 50 que por quince pagas que son 750 Euros frente a los 1575 que cobran las cantidades por haber sido contratados con anterioridad al 1 de enero del 2013. Pero para los años 2017 y 2018, 2019 y 2020, considerando que se iba

14 A ello debemos unir la Ley Orgánica de control de la deuda comercial en el sector público por la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre (RCL 2013\1815) que en realidad son reformas de la LOEPSF y de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre (RCL 1980, 2165) , de Financiación de las Comunidades Autónomas y por supuesto la Ley 5/2012, de Estabilidad Presupuestaria de Aragón, de 7 de junio (LARG 2012\201). Esta última también aplicable a la Universidad de Zaragoza.

15 Se puede consultar los presupuestos y memorias económicas en: <http://www.unizar.es/institucion/presupuesto> <https://veconomica.unizar.es/memoria-economica>

a pagar por las empresas sólo a aquellos trabajadores contratados antes del 11 del 2013 los 105 Euros y los contratados posteriormente a esa fecha 50 euros, la ganancia parecía asegurada. Así pues la reforma del art. 135 de la Carta Magna estableció un orden distinto para el pago de las deudas, siendo prioritario el pago de los intereses y el principal de la deuda, y luego éste se desarrolló, posteriormente, en la LOEPSF, que resulta de aplicación a este caso.

AÑOS	PRESUPUESTOS UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA	GASTOS MEMORIA PRESUPUESTOS UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
2014	251.678.206	
2015	246.215.844	
2016	256.825.912	287.067.249 euros
2017	267.161.710	297.852.942 euros
2018	270.390.660	305.891.122 euros
2019	284.245.279	326.794.976 euros
2020	297.701.054	341.599.545 euros

Pero, si se observan los presupuestos aprobados para la Universidad de Zaragoza de los años 2014 y sgns vemos que las cantidades establecidas, éstas aumentan año a año.

Además, si cambiamos de columna y pasamos a la memoria del Presupuesto Anual presentada nos encontramos, también con cantidades mayores cada año, por lo que de la lectura de ambas tablas, el razonamiento de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón y del TS, tomando en consideración lo dispuesto en el art. 7.3 de la LOEPSF no dispone de hechos que justifiquen la reducción del PSFC ya que unido al desfase producido entre lo presupuestado y lo gastado cada año en la Universidad de Zaragoza aumenta considerablemente a partir del año 2016.

La facultad, que la Universidad se reservó, *siempre que existiera disponibilidad presupuestaria* no fue rebatido en el recurso de casación y se desatendió su cumplimiento, sin que se incluyera censura alguna acerca de las bases económicas sobre las que los trabajadores pudieran tener derecho a que el pliego no estableciera una cantidad inferior a los 103 euros de las Sentencias del año 2014 y 216. Este nuevo principio, de las cuentas públicas, aparece también en la nueva LCSP2017 que recoge la estabilidad presupuestaria, como uno de sus principios, en el art. 1¹⁶:

La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto.

16 Del mismo modo que aparecía en Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (RCL 2011\2050), en su art. 1º: *La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios...*

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
EL PACTO SOCIAL EN LA CONTRATACIÓN DE LA LIMPIEZA DE LA
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA: UN EJEMPLO PARA IGUALAR LAS
CONDICIONES DE LOS TRABAJADORES DE LAS CONTRATAS...

575

También, a la hora de decidir la contratación, se recoge el art. 247 de la LCSP, que entre los criterios para adjudicar el contrato de obras y su viabilidad lo tendrá en consideración:

b) Justificación de las ventajas cuantitativas y cualitativas que aconsejan la utilización del contrato de concesión de obras frente a otros tipos contractuales, con indicación de los niveles de calidad que resulta necesario cumplir, la estructura administrativa necesaria para verificar la prestación, así como las variables en relación con el impacto de la concesión en la estabilidad presupuestaria.

Asimismo, cuando se necesita autorización del Consejo de Ministros para contratar determinadas obras y servicios en aplicación del art. 324 de la LCSP se establece que:

6. En el ámbito del Sector Público Estatal, antes de celebrar un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, cuyo valor estimado sea igual o superior a doce millones de euros, será preceptivo y vinculante un informe del Ministerio de Hacienda y Función Pública, que se pronuncie sobre las repercusiones presupuestarias y compromisos financieros que implique, así como sobre su incidencia en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, según lo establecido en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera... A tal efecto, el órgano de contratación deberá proporcionar información completa acerca de los aspectos financieros y presupuestarios del contrato, incluyendo los mecanismos de captación de financiación y garantías que se prevea utilizar, durante toda la vigencia del mismo.

Todavía encontramos otra mención de la estabilidad presupuestaria a la hora del control de la contratación por parte de la Administración Local también se controla la estabilidad y así la Disposición adicional tercera de la LCSP2017 dice que:

Los actos de fiscalización se ejercen por el órgano Interventor de la Entidad local. Esta fiscalización recaerá también sobre la valoración que se incorpore al expediente de contratación sobre las repercusiones de cada nuevo contrato, excepto los contratos menores, en el cumplimiento por la Entidad local de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que exige el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Pero tal medida establecida para el gasto público, se recoge en algunas STJUE. La STJUE (Sala Tercera) de 15 de abril de 2021, Asunto C-511/19, (TJCE\2021\88), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Areios Pagos (Tribunal Supremo, Grecia), donde el trato desigual es convalidable por la política de empleo, pero porque se considera que *cuando el régimen de reserva laboral se inscribe en una política de carácter presupuestario, persigue también objetivos propios de la política de empleo contemplados en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78, que, en principio, pueden justificar objetiva y razonablemente una diferencia de trato por motivos de edad.*

Nos encontramos con que las políticas de carácter presupuestario tienen varias justificaciones y no sólo es el cumplimiento de lo presupuestado sino que la misma se disfraza de política de empleo justificando cualquier ataque a derechos como la igualdad de trato.

El abogado General Sr. J. Richard de la Tour, en Asunto C-511/19 , en sus conclusiones es todavía más claro:

En ese sentido, aunque las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro, e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas de protección de empleo que este desea adoptar, tales consideraciones no constituyen por sí solas un objetivo legítimo en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78. Por otro lado, la circunstancia de que el contexto nacional esté caracterizado por una crisis económica grave no autoriza a un Estado miembro a privar de efecto útil a las disposiciones de dicha Directiva.

Lo que no se dice en la LOEPSF es que haya que rebajar la cantidad de un complemento pactado con los trabajadores. Tampoco se dice que haya que reducir la expectativa de ganancia de la empresa.

Pero la opción del recorte del PSFC podría estar vulnerando el derecho a la negociación colectiva que es lo que se defendió por la Letrada de la Diputación General de Aragón en el recurso de casación.

Se puede volver a presentar un conflicto colectivo porque hay disponibilidad presupuestaria, por que se ha producido un aumento de año en año para pagar a 150 trabajadores la diferencia que son 150.000 Euros, o incluso un recurso de revisión de Sentencia firme por que han aparecido hechos nuevos como la memoria económica de la Universidad de Zaragoza que demuestra que existía disponibilidad presupuestaria. Tercer Acto: Un caso de doble escala salarial entre los anteriores trabajadores que se les paga 105 y los nuevos que se contratan a partir de una determinada fecha: El 1 de Enero del 2013 como barrera.

Debido a la aplicación de las Sentencias del segundo conflicto colectivo del año 2014 se creó una diferencia entre los trabajadores a la hora del pago de la PSFC. Por un lado, se interpretó que los trabajadores con contrato en vigor, antes del 1 de Enero del 2013, en aplicación de las Sentencias del TSJ de Aragón y del Tribunal Supremo de los 2014 y 2016 recibirán los 103 euros más la subida del IPC correspondiente. Por otro lado, la empresa FCC, S.A. ha abonado a los trabajadores contratados a partir del 1 de Enero del 2013, más de 100, en los centros de Zaragoza y Huesca, fecha en que comenzó la aplicación del pliego de condiciones de 2012, que fijó el PCAP en la cuantía de 50 euros, dicho importe, a excepción de los trabajadores que habían sido contratadas en el año 2013 a los que se abona por importe de 105 euros y no al resto. El comité de empresa entiende que hay infracción del principio de igualdad del artículo 14 CE (RCL 1978, 2836), así como del artículo 28 del ET (RCL 2015, 1654) que señala que el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extra-salarial.

En el marco del Derecho de la Unión Europea el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (RCL 2009, 2300) al establecer que cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, se entiende que también se habría infringido. Igualmente el 4.3 de la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436, 1821) del Consejo de Europa, garantiza el derecho a una remuneración equitativa, y se debe reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor.

La STS (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia núm. 137/2021 de 2 febrero, (RJ 2021\649) hace un esfuerzo en sus razonamientos jurídicos para entender que no hay un caso de doble escala salarial. El TS entiende que los recurrentes no denuncian que el trato salarial diferenciado, que afecta a los trabajadores contratados a partir del 1 de Enero del 2013, derive de alguno de los supuestos de discriminación, tasados en el art. 14 CE, sino en una vulneración del principio de igualdad, que consideran injustificado, irrazonable y desproporcionado, toda vez que todos los trabajadores realizan funciones de igual valor, no siendo admisible, por tanto, que se les retribuya diferenciadamente la prestación social extra convenio con base a la fecha en la que ingresaron en la empresa. La Sentencia se remite a la teoría recogida en la STS 17 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4961), sobre las dobles escalas salariales, establecidas en convenio colectivo, cuando la diferencia deriva de la fecha de ingreso en la empresa.

Del mismo modo, resume la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las dobles tablas salariales¹⁷. Ya sea por convenio colectivo si este no atiende a una justificación objetiva y razonable, o si la diferencia retributiva no es proporcional al tipo de actividad laboral desempeñada por unos o por otros, dentro del ámbito de cobertura del convenio; o bien sea por decisión dentro de la autonomía de la voluntad del empresario, la diferencia en el salario, que aun sin ser estrictamente discriminatoria, puede resultar constitucionalmente reprochable si la misma fuera por completo irracional, arbitraria o directamente maliciosa o vejatoria, pero si no se puede tildar tal medida de arbitraria con intención maliciosa o vejatoria se permitirían establecer estas diferencias. Después del repaso a la doctrina sobre este tema del TS y del TC, la Sala de lo Social entiende que la diferente retribución de la prestación social fuera de convenio, efectuada por la empresa a los trabajadores contratados antes y después del 1 de Enero del 2013, no es calificable como un supuesto de doble escala salarial sin justificación razonable. Así pues, queda perfectamente claro que, el abono de 105 euros de PSFC a los trabajadores, contratados con anterioridad al 1 de Enero del 2013, no deriva de una decisión de FCC, S.A. sino que le vino impuesta por dos sentencias firmes, que declararon, en primer lugar, que la reducción del PSFC, operada por FCC, S.A. en 2012 constituyó una modificación sustancial de condiciones de trabajo, que se anuló, porque no se siguió el período de consultas, obligado por el art. 41.4 del LET y declararon injustificada la medida, y en segundo lugar, cuando FCC redujo el importe de la PSFC a 50 euros, tras concluir sin acuerdo el período de consultas, mientras que los trabajadores, contratados después del 1 de Enero del 2013, no percibieron nunca la PSFC por un importe de 105 euros, toda vez que ninguno de ellos, es decir de los nuevos trabajadores contratados a partir del 1 de Enero del 2013 estuvo afectado en el ámbito personal de aquellos conflictos colectivos.

Por lo demás, ya hemos subrayado que, el abono de la PSFC no deriva de acuerdos colectivos o individuales, pactados por las empresas subcontratistas y sus trabajadores, sino que viene impuesta por los pliegos de condiciones, que incluyen en el precio de la contrata el importe de la PSFC, cuyo coste corre a cargo de la Universidad de Zaragoza, limitándose las empresas a transferir su importe a los trabajadores. De este modo, una vez reducido el precio de la PS a 50 euros, es patente que FCC, S.A. estaba obligada únicamente a transferir a sus trabajadores la cantidad mencionada, sin que sea irrazonable, ni desproporcionado, que continúe abonando a los trabajadores contratados con anterioridad al 1 de Enero del 2013, la cantidad de 105 euros, toda vez que se le obligó judicialmente a mantener dicho importe a los trabajadores afectados por aquellos conflictos colectivos.

¹⁷ En caso de un convenio colectivo que establece la diferencia sin causa STC 36/2011, de 28 de marzo (RTC 2011, 36) y en caso de autonomía de la voluntad del empresario la STC 62/2008, de 26 de mayo (RTC 2008, 62) , FJ 5).

Tanto el TSJ de Aragón como el Tribunal Supremo entienden que el trato diferenciado entre ambos colectivos tiene causa justificada y razonable, a la vez que proporcionada, sin que las excepciones, de seis trabajadores pueda servir para decir que existe desigualdad. Sí hay seis trabajadoras contratadas posteriormente que si cobran los 105 euros actuales: en un primer caso una trabajadora, contratada con anterioridad al 1 de Enero del 2013, cuyo contrato finalizó el 28 de abril del 2013, siendo contratada nuevamente el 1 de Mayo del 2013, entendiéndose por la empresa, que conservaba el derecho, mientras que, las cinco restantes se incluyeron por error en la ejecución colectiva, sin que dicha inclusión haya sido cuestionada hasta la fecha. Pues bien, toda la construcción del Tribunal Supremo como la propia Construcción del Tribunal Constitucional conjugar, para tratar de construir la teoría de lo que es la *doble escala salarial*, la autonomía de la voluntad de las partes, el derecho a la igualdad y no discriminación, el convenio colectivo, el complemento de antigüedad con el derecho a percibir por igual trabajo el mismo salario, recogido en las normas nacionales y de la Unión Europea. Pero al final, lo que para muchos está claro para los miembros del TS y del TC les cuesta reconocer que la parábola de San Lucas es injusta, en sí misma, pero que la autonomía de la voluntad del empresario permite esta distinción, pero seguimos intentando darle vueltas y más vueltas a una ecuación cuya resolución es sencilla:

Igual trabajo = igual salario

La doble tabla salarial también ha sido tratada por el TJUE. En la STJUE (Sala Segunda) de 14 febrero 2019, caso T.H. Y OTRO *v.* Minister for Education & Skills Y Otros, (TJCE\2019\25) considerando la edad como causa de las diferencias salariales, ha interpretado que no es un supuesto de discriminación indirecta que los profesores noveles cobren menos, uno o dos niveles menos que cuando entraban en el marco de la función pública en años anteriores. Pero además el gobierno irlandés también utiliza la justificación de la estabilidad presupuestaria y que la misma al aplicarse solo a los nuevos profesores y no a todos los empleados podría ser discriminatoria y sobre todo también sobrevuela la política de fomento del empleo.

La STJUE (Sala Tercera) Caso YS contra NK AG, de 24 septiembre 2020 (TJCE\2020\228) dice que no es contrario a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO 2000, L 303, p. 16), de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO 2006, L 204, p. 23), y de los artículos 16, 17, 20, 21 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el supuesto de retención en la pensión de jubilación de determinadas empresas austriacas para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social se cuestiona si sólo los más mayores deben soportar esta retención en su pensión.

La edad y el empleo también aparecen como justificaciones de desigualdad en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 8 de octubre de 2020, FT *v.* Universitatea «Lucian Blaga» Sibiu y otros. n el asunto C-644/19, (TJCE\2020\239) que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Curtea de Apel Alba Iulia (Tribunal Superior de Alba Iulia, Rumanía), mediante resolución de 27 de mayo de 2019, recibida en el Tribunal de Justicia el 28 de agosto de 2019. Pues bien no hay desigualdad en el supuesto en que los profesores de un centro universitario que continúan ejerciendo en él su profesión después de haber alcanzado la edad legal de jubilación, sólo los profesores que posean el título de director de

tesis pueden mantener su condición de profesor titular, mientras que los profesores que no tengan la condición de director de tesis solo pueden celebrar con ese centro contratos de trabajo de duración determinada, con un régimen de remuneración inferior a la otorgada a los profesores titulares.

Pero si que entiende el TJUE que los profesores de un centro universitario que siguen ejerciendo su profesión en él después de haber alcanzado la edad legal de jubilación, solo los profesores que posean el título de director de tesis pueden mantener su condición de profesor titular, mientras que los profesores que no tengan la condición de director de tesis solo pueden celebrar con ese centro contratos de trabajo de duración determinada, con un régimen de remuneración inferior a la que se concede a los profesores titulares, siempre que la primera categoría de profesores esté compuesta por trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido comparables a los de la segunda categoría y que la diferencia de trato resultante, en particular, de ese régimen de remuneración no esté justificada por una razón objetiva, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

La fecha de entrada en una empresa y la edad, no pueden utilizarse sin razonamiento ni justificación suficiente para establecer desigualdades salariales.

Pero si todavía no tenemos suficiente claro lo que significa una doble tabla salarial o doble escala salarial debemos de plantearnos el caso al revés de lo que está aconteciendo en nuestras relaciones laborales: Un trabajador con 20 años de antigüedad en la empresa cobra menos que un trabajador que acaba de llegar a la empresa con el mismo trabajo. ¿Es discriminatorio?, ¿Es aplicable la autonomía de la voluntad del empresario?. ¿Estamos ante la parábola del Evangelista San Mateo?. Seguimos interpretando mal este principio, como sucedió en el caso de la doble escala salarial del convenio colectivo del personal de la Organización Nacional de Ciegos de España¹⁸ y se justificó por la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

La SAN (Sala de lo Social, Sección 1a), de 16 de marzo del 2010 (AS\2010\1052), y la STS (Sala de lo Social, Sección 1a) Sentencia de 17 febrero 2011, (RJ\2011\2854), que resuelve el recurso de casación, entienden que no estamos ante un supuesto de doble escala salarial. La justificación de SAN y del TS para admitir la doble escala salarial se hayan respaldadas por TC apoyándose en la *política de empleo*. Como ya he señalado con anterioridad¹⁹ el mal menor, ante el desempleo, no puede ser admitir condiciones de trabajo inferiores por simple antigüedad en la empresa. El principio de *igual salario a igual trabajo* no puede ser conculcado para permitir una mayor la contratación. Pero lo que debe quedar claro es que los conflictos colectivos del año 2014 afectaban a todos los trabajadores y el listado que sirvió para saber a quienes se tenía que pagar e identificar a los mismos, se utilizaron posteriormente de forma incorrecta al considerar que los trabajadores a los que se tuvo que pagar 103 euros son distintos a los que trabajan ahora y son los mismos afectados porque la Sentencia del conflicto colectivo es de aplicación a los trabajadores de la contrata sin nombre y apellidos, sólo que en ejecución de la Sentencia se confecciona una lista y, a partir de ese momento, por la empresa como si fuera Francisco Pizarro traza una línea trujillana y los incorporados a partir de entonces a la empresa que presta el servicio no se les aplica la Sentencia del TSJA y del TS del año 2014 y 2016.

18 DE VAL ARNAL, J.J.: La negociación colectiva en la industria de los juegos de azar en España, Ed. Colex 2021, págs.83 y sgs,

19 DE VAL ARNAL, J.J.: *La negociación colectiva*, vid. cit., pág. 86.

También en Francia²⁰ se cuestionan la dificultad de aplicación de este principio y por ello se demanda no tratar de rellenar con razonamientos artificiales para una cuestión sencilla.

5.4. Cuarto acto: La empresa una vez pagada la PSFC por las Sentencia del 2014 y del 2016 repite contra la Universidad: el principio de riesgo y ventura y riesgo operacional

La Empresa FCC, S.A. invocó ante los tribunales del Orden Contencioso Administrativo, al ser condenada a pagar la diferencia entre 50 y 103 Euros en los conflictos colectivos del año 2014-2016, la prohibición del enriquecimiento injusto, en la medida que la Universidad de Zaragoza consiguió un ahorro presupuestario a costas de las empresas: *la Universidad está pagando un precio inferior al que realmente correspondería.*

Aparecen en escena, además, el principio del riesgo y ventura de la empresa adjudicataria en un contrato de servicios por lo que tampoco se puede calificar el pago de la diferencia de la PSFC un “desequilibrio económico-financiero”, toda vez que el contrato de servicios, por el que el contratista se obliga a la prestación de un servicio por el precio convenido, y en aplicación del principio de riesgo y ventura, por lo que si, por circunstancias sobrevenidas, se incrementan los beneficios, la Administración no podrá reducir el precio, mientras que si, por el contrario, se producen pérdidas, deberá afrontar éstas la empresa, salvo casos de fuerza mayor; esto es, “factores imprevisible, anormales en el desarrollo propio de la naturaleza y ajenos a la voluntad y comportamiento del contratista.

Pues bien en la nueva LCSP2017 aparece este principio en el art 197, expresando que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras y la fuerza mayor como causa exoneradora de responsabilidad.

Ahora, el riesgo y ventura aparece conjugado junto con el riesgo operacional que aflora en el art. 5 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 (LCEur 2014\535)²¹, y la LCSP2017 lo recepciona. Pues bien, en esta regulación incide la regulación de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Para esta Directiva el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es, como se ha dicho antes, quién asume el riesgo operacional. En el caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios²².

Llegados a este punto, la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018 (informe nº 32)²³, nos serviría para entender las decisiones judiciales, la del STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso- Administrativo, (Sentencia núm. 258/2020) de 11 junio, (JUR 2020\222676) y la del SJCA nº 1 de los de Zaragoza, (Sentencia núm.) 51/2018

20 BIED-CHARRETON, M.F: “La regle *A travail égal, salaire égal* et les conventions et accords collectifs”, ou Les atteintes indirectes au principe d’égalité salariale sont-elles permises?, (au-delà de l’arrêt CRAMIF du 3 mai 2006)”, *Le Droit Ouvrier, Nouvelle Série*, núm 709, August 2007, págs.351- 362.

21 No debemos olvidarnos del riesgo imprevisible que la Directiva recoge en el considerando 109.

22 Arts. 14 y 15 de la LCSP2017.

23 Esta Recomendación a los órganos de contratación, en relación con las consecuencias de la alteración sobrevenida de las condiciones salariales de los trabajadores de una empresa contratista de servicios por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público, dictamina que: La modificación de los costes laborales derivados de la firma de un nuevo convenio colectivo aplicable a un contratista es un riesgo propio del contrato público de servicios que no justifica la modificación del contrato.

de 26 febrero, (JUR 2020\193775) que deciden que el riesgo y ventura del contrato de servicios hacía previsible que los trabajadores no se aquietaran con la rebaja de PSFC. Por ello la empresa FCC, S.A. debe asumir el pago de las Sentencias de los años 2014 y 2016 por la diferencia de la PSFC.

6. CONCLUSIONES

– PRIMERA: Los pactos entre la Administración Pública o la empresa adjudicadora de la contrata de servicios con los trabajadores de las empresas adjudicatarias, debido a la figura de la subrogación del personal de la misma, son aplicables a las empresas adjudicatarias a través de los Pliegos de Condiciones Administrativas Particulares de la LCSP2017. Ello permite equiparar condiciones entre el personal de la Administración adjudicadora y el personal que presta servicios en la contrata, ya sea a nivel salarial, condiciones de jornada y mejoras sociales. Un ejemplo de ello es el Acuerdo de 3 de Diciembre de 1991 entre la Universidad de Zaragoza y el personal de limpieza de edificios y locales de las empresas adjudicatarias de tal servicio calificado como un pacto extra-estatutario singular y atípico pero un fruto más de la Negociación Colectiva Española.

– SEGUNDA: La LOEPSF es un límite al gasto en la contratación de servicios en todo el Sector Público (según lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre [RCL 2015\1478]) pero desconocemos donde se debe aplicar el recorte, si en las cantidades que pueden ir a los trabajadores o en el lucro empresarial. Esta norma y sobre todo la disposición incorporada al Acuerdo que decía que *salvando las disponibilidades presupuestarias de la Universidad de Zaragoza* permitieron el recorte de la PSFC a partir del año 2016.

Posteriormente ni los Presupuestos de la Universidad de Zaragoza ni las memorias económicas de los años 2016-2020 demuestran que no existiera disponibilidad presupuestaria para pagar los 105 euros y no los 50 que aparecen en el PCAP. De ahí que el Tribunal Supremo en la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 644/2018 de 18 junio, (RJ 2018\4326) echara de menos en el recurso de casación un razonamiento y alegación sobre la disponibilidad presupuestaria frente al argumento de la insuficiencia presupuestaria y la aplicación de LOEPSF.

– TERCERA: La doble tabla salarial o doble escala salarial surge entre los trabajadores de la limpieza de la Universidad de Zaragoza por la diferencia en el cobro de la PSFC entre los trabajadores con contratos de trabajo anteriores al 1 de Enero del 2013 y los contratados posteriores, a pesar de que había seis trabajadores contratados a partir de esa fecha que cobraban igual que los contratados con anterioridad a esa fecha. Tal situación no fue apreciada ni por el TSJ de Aragón ni por el Tribunal Supremo. Existe en el TS y en el TC un confusión y sobre todo una búsqueda de justificaciones razonables o irrazonables, como el fomento de empleo o política de empleo que son construcciones interpretativas que no atienden al principio de *a igual trabajo igual salario*, y desde luego la parábola de San Mateo tampoco se cumple porque los últimos tampoco son iguales a los primeros, ya que los braceros de la parábola tampoco prestaron igual trabajo para cobrar el mismo jornal.

– CUARTA: El intento de repetición de la empresa FCC, S.A. contra la Universidad por haber sido condenada al pago, choca con la conjugación del principio de riesgo y ventura y riesgo operacional y por supuesto no se considera que exista enriquecimiento injusto por parte de la Universidad de Zaragoza.

- QUINTA: Una de las enseñanzas, después de 30 años de lucha por mantener el Acuerdo de 3 de Diciembre de 1991 es que el procedimiento de conflicto colectivo regulado por el art. 25.a) del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo (RCL 1977\490) es un gran beneficio para los trabajadores, porque es la Autoridad Laboral la que continúa el procedimiento una vez celebrada la conciliación sin acuerdo, y este procedimiento es poco utilizado a pesar de que también se recoge por la LJS.
- SEXTA: La igualdad de condiciones de trabajo, a pesar de ser trabajadores con convenios diferentes, o actividad distinta a la realizada por los trabajadores del Sector

Público no externalizado, es posible mediante estos acuerdos entre la empresa o Administración contratista y los trabajadores de la empresa prestadora del servicio pasada, presente o futura y cuya eficacia es posible por la incorporación al PCAP del acuerdo y sobre todo porque, quien al final paga, en este *menage a trois* doméstico, es la Administración o empresa contratista.

- SÉPTIMA: A pesar del PSFC, la finalidad del acercamiento económico entre el grupo V, ahora cuarto o grupo D de la Universidad de Zaragoza y el personal de limpieza de la misma todavía dista de la equiparación salarial, por lo que la brecha salarial no ha sido cerrada y por consiguiente es necesario continuar manteniendo esta parte del acuerdo en espera de llegar, un día, a la meta que se pactó por el buen equipo del Rector D. Vicente Camarena y el Gerente D. Manuel Álvarez Alcolea y los representantes de los trabajadores la mayoría hoy jubilados que son lo más parecido al personaje Michael Clayton²⁴, que no hacían milagros pero encontraban soluciones a los problemas.

24 *Michael Clayton* película del 2007 producida por Sidney Pollack y dirigida por Tony Gilroy.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA
LA AMPLIACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 42 ET:
LA SUPERACIÓN DEL CONCEPTO DE PROPIA ACTIVIDAD

ALEJANDRO MUROS POLO
Personal Investigador Predoctoral en Formación - FPU¹
Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

1. Introducción
2. Delimitación jurídica del supuesto de hecho de subcontratación de “propia actividad”. Criterios jurisprudenciales
 - 2.1. Exclusiones legales declarativas del concepto de “propia actividad” en el art. 42.2 ET
3. El doble estatuto jurídico protector reforzado o débil según tipo de subcontratación. Importancia en su diferenciación
 - 3.1. El régimen de responsabilidad para la subcontratación de propia actividad
 - 3.2. El reducido ámbito de responsabilidad en el caso otras contrataciones
4. La expansión de la subcontratación y problemas aplicativos del concepto de “propia actividad”
5. Conclusiones críticas y proposiciones de *lege ferenda*

¹ Ayudas para contratos predoctorales de Formación de Profesorado Universitario del año 2019, financiadas por el Ministerio de Universidades y concedidas por Orden de 7 de octubre de 2020.

1. INTRODUCCIÓN

Los cambios acaecidos en el entorno empresarial tras las últimas décadas, promovidos, entre otros factores, por el avance tecnológico, la globalización o la incertidumbre e inestabilidad económica, han dejado atrás a la empresa fordista centralizada para conformar nuevas organizaciones productivas más flexibles². Entre ellas destaca la conocida como “empresa-red”, como tipo de empresa económica de carácter flexible que permite articular la gran empresa como una red más o menos amplia y diversificada de pequeñas empresas subsidiarias o auxiliares, mediante las cuales se realiza el ciclo de producción³. En este sentido, la descentralización productiva se sitúa como una pieza clave para la adaptación de la empresa a un entorno cambiante y competitivo, como es el actual, aunque también se utiliza generalmente como técnica de flexibilidad laboral para ahorrar en costes y disminuir progresivamente el grueso de la plantilla de personas trabajadoras⁴.

El recurso a la subcontratación, como subtipo de las diversas formas de descentralización de la actividad empresarial, lejos de ser prohibido, es preordenado en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, tanto para no imponer trabas institucionales excesivas que impidan su realización, como para evitar la reducción de los derechos de los trabajadores afectados por la subcontratación⁵. En efecto, es necesario tener en cuenta la finalidad preventiva del citado precepto, que busca evitar que el acto del empresario inicialmente lícito de la subcontratación produzca desviaciones fraudulentas que diluyan las responsabilidades del empresario principal, arbitrando una serie de medidas cautelares⁶. No obstante, las principales cautelas, que se evidencian en las responsabilidades que se le atribuyen al empresario principal, se han construido sobre un concepto ambiguo y confuso, que limita su ámbito de aplicación a: “las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellas” (art. 42.1 ET).

Es este, precisamente, el objeto de estudio en el presente trabajo de investigación: el concepto de “propia actividad”. Un tema que se podría catalogar como clásico, a causa de su larga e inacabada discusión, pero que toma un nuevo protagonismo tras la Reforma laboral de 2021 y la ausencia de actuación en este sentido. El Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, no ha modificado ni precisado el concepto de propia actividad, ya que solo se ha limitado a introducir determinadas cuestiones de redacción en perspectiva de género y una nueva regla para la aplicación de los convenios en las relaciones de subcontratación (apartado sexto del art. 42 ET), que rige en defecto del convenio de la empresa contratista o de otro convenio sectorial aplicable conforme al Título III del ET, y que se refiere a la aplicación del convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata⁷. De este modo, a pesar

2 Un estudio detallado de los cambios producidos en el campo laboral y su influencia sobre el nuevo Derecho Flexible del Trabajo en: Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2017.

3 Monereo Pérez, J.L.: La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos, *Ibidem*, Madrid, pp. 21 y 22.

4 Sobre esta doble filosofía de racionalización económica y laboral, véase, Monereo Pérez, J.L. y Álvarez Montero, A.: *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, Comares, Granada, p. 7.

5 Para Monereo Pérez, J.L.: *La responsabilidad...*, op. cit., p. 16, esto es manifestación del sometimiento del Derecho a la ética, en el sentido formulado por Larenz, K.: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. L. Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1985.

6 Monereo Pérez, J.L. y Álvarez Montero, A.: op. cit., p. 10.

7 Un estudio profundizado en Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): Impacto en contratas y subcontratas y el «trabajo externalizado» (primeras valoraciones sobre

de las numerosas reformas legislativas y las peticiones de modificación por la doctrina científica, que incluso se han traducido en proposiciones de ley y borradores en sede de concertación social, el concepto de contrata de propia actividad se ha mantenido incólume, depositando, de nuevo, la labor de precisión en manos de la interpretación jurisprudencial, cuando esta función debería de residir en el legislador, más aún tras la doctrina ciertamente restrictiva adoptada por los tribunales⁸.

Con base en todo lo anterior, el estudio aquí realizado busca aportar un estudio técnico-jurídico y jurídico-crítico acerca del concepto de propia actividad, de sus problemas interpretativos y de aplicación, así como de las principales consecuencias en materia de responsabilidad anudadas a dicho concepto; todo ello para aportar una serie de conclusiones críticas propositivas de *lege ferenda*. Con este fin, se estudiará la delimitación jurídica del supuesto de hecho de subcontratación de “propia actividad” atendiendo a los principales criterios jurisprudenciales y se analizarán las principales exclusiones declarativas legales del supuesto de hecho; así como se expondrá el doble estatuto jurídico protector reforzado o débil en función del tipo de subcontratación (de propia o “impropia” actividad), analizando sintéticamente las diferentes responsabilidades de la empresa principal. Por último, se analizará la expansión de la subcontratación y los problemas aplicativos del concepto de propia actividad, por los cuales en la actualidad resulta desfasado e ineficaz dicho concepto, y se aportarán una serie de propuestas para su modificación legislativa.

2. DELIMITACIÓN JURÍDICA DEL SUPUESTO DE HECHO DE SUBCONTRATACIÓN DE “PROPIA ACTIVIDAD”. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

La actual regulación de la subcontratación en el Estatuto de los Trabajadores e, incluso, en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, parece diferenciar entre dos tipos de contratas: aquellas que son de “propia actividad” y aquellas que no. Diferenciación que persigue instaurar una protección más reforzada para la subcontratación jurídica de propia actividad, frente al resto de contratas o subcontratas que quedan aparentemente al margen de la regulación, al menos en materia de responsabilidad. Se trata, por tanto, de un doble estatuto jurídico protector que se basa, principalmente, en una garantía débil o fuerte, según tipo de subcontratación, en materia de responsabilidad por salarios, Seguridad Social, prevención de riesgos laborales y responsabilidad administrativa.

Sin embargo, dicho concepto de “propia actividad” es un concepto jurídico indeterminado, que no ha sido precisado por el legislador a pesar de las diversas reformas, y que ha estado presente en la legislación laboral española desde el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, la Ley 16/1976, de Relaciones Laborales, o el primigenio Estatuto de los Trabajadores de 1980. Concepto que, habida cuenta de su falta de precisión legal o su difícil aplicación, no ha sido un término pacífico, ni en la doctrina científica ni judicial, llegando incluso a catalogarse como un concepto “enigmático”, del que no es posible obtener una noción exacta, sino solo una

los nuevos arts. 42.6, 84.2, 15 y 16 ET)”, en el Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 29 de diciembre de 2021, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primeras-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/>

⁸ Crítica ya realizada por Kahale Carrillo, D.T.: *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 92 y 93.

aproximación puntual y casuística a esta realidad de la “propia actividad”⁹. En este sentido, ha tenido que ser la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que ha ido delimitando y unificando el contenido de lo que se debe de entender por “propia actividad”, para intentar paliar la deficiente redacción del precepto estatutario, que genera fuertes dosis de inseguridad jurídica¹⁰.

Ante tal indefinición del concepto y las diversas interpretaciones judiciales fue la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 1995 (rec. 150/1994), la que intentó corregir por primera vez lo que, en palabras del propio Tribunal, era la “doctrina mayoritaria” hasta el momento. Dicha doctrina, recogida en la sentencia recurrida (STSJ Castilla y León, de 23 de noviembre de 1993, rec. 1191/93), defendía un concepto de contrata de propia actividad basado en lo que más tarde se conocería como tesis de la “indispensabilidad”, en el sentido de incluir todas aquellas actividades subcontratadas pertenecientes al ciclo de producción, así como todas aquellas tareas de carácter complementario dotadas de cierta relevancia. Con esta interpretación extensiva se evitaba confundir la actividad propia del empresario principal con su identidad absoluta o misma actividad, incluyendo decididamente en el supuesto de hecho normativo las actividades complementarias y accesorias que debía de realizar normalmente la empresa principal por ser conexas y estar relacionadas con la obtención de sus propios fines u objetivos empresariales¹¹.

No obstante, el Tribunal Supremo pretendía corregir la anterior interpretación, al entenderla demasiado extensiva, con base en el siguiente argumento: “si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial”. Aunque más bien, más allá de corregir la doctrina anterior, el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de enero de 1995 acabó por reconocer el “examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto” para determinar qué se debe de entender por contrata de propia actividad. En efecto, a pesar de su vocación rupturista, al justificar que la subcontratación de los servicios de seguridad y protección para una Administración pública autonómica no era un servicio de propia actividad ya que tampoco tenía el carácter de complementario absolutamente esencial para el desarrollo de la actividad principal desarrollada por la Administración, dejó abierta la posibilidad de incluir en el concepto de propia actividad a aquellas tareas que aún no fueran nucleares, fuesen indispensables¹².

Una segunda sentencia que ahonda en esta idea de superar la interpretación amplia del concepto de “propia actividad”, es la STS de 29 de octubre de 1998 (rec. 1213/1998). Sentencia que define, en primer lugar, la “teoría del ciclo productivo” como aquella teoría “de acuerdo con la cual el círculo de la propia actividad de una empresa queda delimitado por las operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado”; y, segundo lugar, define la “teoría que podemos llamar de las actividades indispensables, que dilata el alcance de aquéllas a todas las labores, específicas o inespecíficas, que una determinada organización productiva debe desarrollar para desempeñar adecuadamente sus funciones”. Sin embargo, el Tribunal Supremo opta por la

9 Monereo Pérez, J.L. y Álvarez Montero, A.: op. cit., p. 41.

10 Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: “La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación”, *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)* 160/2010, p.13.

11 Para un estudio de la doctrina mayoritaria del momento, véase, Monereo Pérez, J.L.: *La responsabilidad...*, op. cit., pp. 87 y 88.

12 Monereo Pérez, J.L. y Álvarez Montero, A.: op. cit., p. 45.

primera teoría, al catalogar como de propia actividad todas aquellas actividades que forman parte estricta del ciclo de producción de la empresa principal, aunque también admite las actividades complementarias específicas que se requieran para que la empresa comitente cumpla con su ciclo productivo, excluyendo tan solo a las actividades complementarias inespecíficas, como las de limpieza, mantenimiento o seguridad privada¹³.

En cambio, un verdadero giro formal y sustancial a la doctrina anterior (a pesar de que en las distintas sentencias se alegue una tesis continuista) llega con la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha de 24 de noviembre de 1998 (rec. 517/1998)¹⁴, en la que se interpreta si el servicio de comedor y cafetería para un colegio mayor universitario puede ser objeto de subcontratación de propia actividad. La mencionada sentencia, en un intento de aclarar el estado de la cuestión, resaltando que “el concepto de obras o servicios de propia actividad no es pacífico”, hace de igual modo una diferenciación entre las dos líneas interpretativas más comunes. Así, por un lado, recoge la interpretación de que por propia actividad se entiende toda aquella que es indispensable, incluyendo no solo las pertenecientes al ciclo de producción, sino todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo. Por otro lado, en aparente sintonía con la sentencia de 1995, recoge la teoría de la “inherencia”, por la que la contrata de propia actividad está integrada en exclusiva por las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal (tareas nucleares), sin que tengan cabida las tareas complementarias.

De nuevo, el Tribunal Supremo se alinea con la segunda interpretación más restrictiva al entender que con tal distinción entre contrata de propia actividad y aquella que no lo es, lo que ha pretendido el legislador ha sido limitar los supuestos en los que el comitente sea declarado responsable de forma solidaria. De este modo, la empresa principal solo responderá cuando se trate de una contrata de obras y servicios nucleares, entendiéndose por esta el hecho de que, si no se contrata, las obras y servicios deberán de realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial. Con esta argumentación, ciertamente ambigua, el Tribunal Supremo acaba por reconocer los servicios de comedor y cafetería para el colegio mayor universitario como subcontratación de propia actividad.

A partir de aquí, la labor judicial se ha caracterizado por el casuismo, no sin dificultades y contradicciones, siguiendo la tesis restrictiva del ciclo productivo, aunque con ciertos matices para adaptarla a una nueva realidad cambiante, sin que el elemento locativo (desarrollo de la contrata en la empresa principal) haya sido un elemento configurador de la aplicación del art. 42 ET —a pesar de las tradicionales discusiones doctrinales¹⁵— más aún tras la regulación específica contenida en el citado precepto para aquellas contratas que se desarrollen en el centro de trabajo de la empresa principal (v.gr.: libro registro) y el avance de las tecnologías¹⁶. De este modo, a la luz de la teoría de la inherencia se han expulsado automáticamente a un número extraordinario de supuestos de subcontratación, pertenecientes a actividades complementarias, auxiliares y accesorias (limpieza, servicios de cafetería y comedor, vigilancia, operaciones mantenimiento, etc.),

13 Kahale Carrillo, D.T.: op. cit., p. 96.

14 Monereo Pérez, J.L. y Álvarez Montero, A.: op. cit., p. 43.

15 Una referencia a las diversas posiciones doctrinales en Olmo Gascón, A.M.: *Los derechos laborales del trabajo en contratas*, Comares, Granada, 2002, pp. 61-63.

16 Kahale Carrillo, D.T.: op. cit., pp. 100-104.

sin finalidad directamente productiva¹⁷, que redundaría en una “flexibilidad nociva”, dejando sin protección a los denominados “trabajadores secundarios” o “indirectos” propios de las empresas contratistas y que realizan labores estructurales de la empresa principal¹⁸.

No se olvide del componente de género que existe, por ejemplo, en la subcontratación de la limpieza, al ser mayoritarias las mujeres en este tipo de servicios subcontratados. Además, la exclusión de los servicios de limpieza de la noción de propia actividad adolece desde su misma justificación, lo cual ya pone en duda la misma teoría de la inherencia. Buena prueba de ello son los razonamientos que se han visto obligados a realizar diferentes tribunales para excluir tal prestación de servicios del concepto, tales que “aunque no es agradable hacer deporte en un gimnasio sucio, es evidente, que la actividad de limpieza no es necesaria para ejercer la actividad empresarial” (STSJ Andalucía/Sevilla, de 18 de mayo de 2017, rec. 1250/2016). Pero ¿no es más cierto que diferentes actividades de limpieza son estrictamente esenciales para desarrollar la actividad empresarial?

Las dudas acerca de lo que debe entenderse por tareas nucleares en relación con la actividad de la empresa principal ha llevado a que, en ciertos supuestos, los servicios de limpieza subcontratados hayan sido incluidos dentro del concepto de propia actividad. La STSJ de Cataluña, de fecha de 3 de septiembre de 2007 (rec. 1090/2006), así lo ha declarado para determinadas labores de limpieza relacionadas con la construcción, por las que sin su prestación se pondría en riesgo el proceso productivo, produciéndose incluso su paralización. Asimismo, la STSJ de las Palmas de Gran Canaria, de fecha de 24 de abril de 2017 (rec. 125/2017), ha ido más allá al vincular el servicio de limpieza subcontratado con el propio servicio o producto que se pretende colocar en el mercado. Concretamente, en palabras del Tribunal, “es obvio que las camareras de pisos, las encargadas de la limpieza de las zonas comunes, el personal de recepción, el que presta servicios en la restauración etc. forman parte de las actividades, complementarias o no, absolutamente esenciales para el proceso productivo, que no es posible sin dicha actividad y que la empresa ha de controlar y ejecutar para lograr la venta de su producto”, extendiéndose este argumento a las tareas subcontratadas de limpieza de la cocina del hotel. Esta última interpretación, si bien podría hacerse extensible, por tanto, a determinados establecimientos en los que el consumidor es más exigente con su limpieza, ya sea restaurantes, áreas de manipulado de alimentos, etc.¹⁹; por otro lado, aunque es coherente con una mayor protección a los trabajadores precarios, difumina una concepción de la “propia actividad” que ya de por sí es muy dudosa, generando inseguridad jurídica.

Por otro lado, también se han abierto nuevos debates relacionados con la subcontratación de los servicios de distribución y comercialización, sobre todo en lo que respecta a la comercialización de determinados servicios a la luz de los últimos pronunciamientos judiciales. Una vez que los supuestos de externalización de la fase comercial habían sido excluidos de la subcontratación de propia actividad²⁰ y, por tanto, existía un criterio doctrinal del Tribunal Supremo en donde se establecía la inexistencia de la responsabilidad laboral, especialmente, de la empresa principal

17 Gómez Abelleira, F.J.: “El concepto de propia actividad en la regulación laboral de la contrata”, en De la Puebla Pinilla, A. y Mercader Uguina, J.R. (Dirs.), *Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 385.

18 Ya alertaba de ello Monereo Pérez, J.L.: *La responsabilidad...*, op. cit., p. 86.

19 Gómez Abelleira, F.J.: op. cit., p. 386.

20 Soriano Cortés, D.: *Las contrata en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Mergablum-CARL, Sevilla, 2007, p. 70.

o franquiciadora de las deudas laborales que se originasen de los trabajadores de las empresas franquiciadas (véase, STSJ 130/2016 de Madrid, de 29 de febrero); ahora dicha doctrina se modifica con la STS de 21 de julio de 2016 (rec. 2147/2014), en la cual se discute si el servicio de comercialización de telefonía supone o no subcontratación de propia actividad.

En este sentido, la citada sentencia del Tribunal Supremo extiende la responsabilidad solidaria, con independencia de que exista contrato de agencia o de franquicia entre la empresa principal y auxiliar, siempre que exista una elevada imbricación entre producción y comercialización, lo cual dé lugar a una contrata de propia actividad. Así, el TS entiende que “la actividad de comercialización del servicio de telefonía es, atendiendo al servicio de que se trata y a las circunstancias en las cuales se desarrolla el mercado de ese servicio, inherente y absolutamente indispensable para la realización de la actividad de la empresa de telefonía”; al igual “que las circunstancias en las cuales se desarrolla el mercado del servicio de telefonía, no es como el mercado de determinados productos donde la empresa comercializadora puede actuar como intermediaria entre la fabricación y el consumidor. Cuando se trata del servicio de telefonía, la empresa comercializadora actúa directamente en nombre de la empresa de telefonía”.

Sin embargo, el anterior pronunciamiento del Tribunal Supremo no se equipara a una regla general en la que, en todo caso, exista una contrata de propia actividad entre la empresa productora y la empresa comercializadora o distribuidora. Habrá que estar al caso y analizar si concurren los siguientes requisitos: encargo específico, especial imbricación organizativa y cierto grado de control por parte de la empresa principal²¹. No obstante, recientes sentencias —STSJ Castilla y León (Valladolid) de 14 de febrero de 2019 (rec. 1880/2018) y STSJ Andalucía (Málaga) de 26 de septiembre de 2018 (rec. 575/2018)—, han rechazado, respectivamente, la existencia de subcontratación de propia actividad para una actividad de intermediación en la contratación de productos financieros bancarios y para una tarea de promoción y captación de clientes para la entidad aseguradora por medio de una empresa de mediación de seguros²².

En definitiva, sobre la base de un concepto jurídico indeterminado, como es el de “propia actividad”, se articula la subcontratación jurídica propia del ET y otras normas concordantes y sus garantías en materia de responsabilidad solidaria. En efecto, al tratarse de un concepto no determinado por el legislador, la jurisprudencia, apegada a la tesis restrictiva de la pertenencia al “ciclo productivo”, ha tenido que ir interpretando caso por caso qué se entiende por contrata de propia actividad. En consecuencia, las soluciones judiciales adolecen muchas veces de inseguridad jurídica, así como de desigualdad de trato y contradicción, al no comprenderse bien por qué unas actividades o tareas determinadas aparecen fuera o dentro de las tareas nucleares del ciclo productivo y, por tanto, son expulsadas de las garantías del artículo 42 ET.

Un buen resumen de la fuerte casuística imperante en este tema se puede encontrar en la breve recopilación que elabora la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha de 21 de febrero de 2018 (rec. 251/2016). “A partir del concepto adoptado hemos declarado que pertenecen al círculo de la “propia actividad” de un Ayuntamiento los servicios de ayuda domiciliar y de atención a personas mayores en Centros de Día (SSTS 18/03/1997 y 05/12/2011, rec. 4197/2010, respectivamente); o de un Colegio Mayor, los servicios de comedor y cafetería (STS 24/11/1998, rec.

21 Gómez Abelleira, F.J.: “El concepto laboral de contrata: una reconstrucción a la luz del fundamento de la extensión de responsabilidad empresarial”, *Derecho de las relaciones laborales* 11/2017, *passim*.

22 Gómez Abelleira, F.J.: op. cit., p. 388 y 389.

517/1998); o de una empresa de telefonía, las labores de instalación, mantenimiento y montaje de líneas y cables telefónicos (STS 22/11/2002, rec. 3904/2001); o de un gestor público de servicios sanitarios, el transporte de los pacientes (SSTS 23/01/2008, rec. 33/2007; 24/06/2008, rec. 345/2007; 3, 23 y 24/12/2008, rec. 1675/2007, 33/2007 y 345/2007, 15/11/2012, rec. 191/2012; 07/12/2012, rec. 4272/2011, y 29/10/2013, rec. 2558/2012); o de una empresa de telefonía móvil, la comercialización de los servicios a los clientes finales aunque la relación con la contratista se instrumente a través de un contrato de agencia (SSTS 21/07/2016, Rec. 2147/2014, 08/11/2016, rec. 2258/2015, 26/04/2017, rec. 110/2016 y 06/07/2017 - dos- rec. 322/2016 y 325/2016); o de una empresa dedicada a la producción y distribución de energía eléctrica, los trabajos de” montaje e instalación de acometidas y nuevos suministros o ampliación de los existentes, modificaciones de la red de baja y media tensión y obras de desarrollo (STS 11/05/2005, rec. 2291/2004). Por el contrario, hemos considerado que no se inserta en lo que constituye “propia actividad” de una Administración Pública o empresa, el servicio de vigilancia de sus instalaciones (SSTS 18/01/1995, rec. 150/1994 y 10/07/2000, rec. 923/1999); o de AENA, el servicio de limpieza de vehículos y suministro de carburantes a los clientes de la gasolinera ubicada en un aeropuerto (STS 14 y 15/06/2017, rec. 1024/2016 y 972/2016); o de una promotora inmobiliaria, los trabajos de construcción (SSTS 20/07/2015, rec. 2160/2004 y 02/10/2006, rec. 1212/2005); o del INEM, la impartición de cursos de formación profesional (STS 29/10/1998, rec. 1213/1998)”.

2.1. Exclusiones legales declarativas del concepto de “propia actividad” en el art. 42.2 ET

Dentro de esta interpretación jurisprudencial casuística y cambiante en relación con la subcontratación de propia actividad, en el art. 42.2 ET se encuentra la única delimitación negativa del término en cuestión, aunque más bien se trata de exclusiones declarativas referidas al ámbito de la responsabilidad solidaria del empresario principal, pues en los siguientes supuestos o bien no hay propiamente un empresario, o bien, la contrata queda al margen de la actividad empresarial propia del empresario comitente²³. En concreto, se indica que “no habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial”.

Lógicamente, respecto a la primera exclusión, cuando una persona física contrata exclusivamente una construcción o reparación de su propia vivienda particular, no existirá contrata de “propia actividad”, ya que aquí “no concurre ni el riesgo de fraude ni el aprovechamiento económico que servirían de base a las medidas de dicho art. 42” y, en particular, tampoco actúa como empresario para que se le exija la pretendida diligencia *in vigilando* que cabe exigir al comitente (STSJ Andalucía/Granada de 2 de julio de 2002, rec. 2496/2001). Mayor oscuridad presenta la segunda exclusión referida al propietario de la obra o industria que no contrata la construcción o reparación de su vivienda por razón de una actividad empresarial, que se viene aplicando a las contrataciones de obras públicas efectuadas por la Administración, adjudicadas a empresas mediante los sistemas de selección conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público²⁴.

²³ García Ortega, J. *et al.*: *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 149.

²⁴ Kahale Carrillo, D.T.: *op. cit.*, pp. 173 y 174.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que una reparación o construcción por razón de actividad empresarial, como tal, suponga automáticamente su inclusión en la subcontratación de propia actividad. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando la jurisprudencia ha rechazado rotundamente que la tarea de construcción contratada por una promotora inmobiliaria formalice una contrata de propia actividad, al tratarse de una actividad complementaria (SSTS 20 de julio de 2015, rec. 2160/2004 y 2 de octubre de 2006, rec. 1212/2005). Es más, fuera de los supuestos de las promotoras inmobiliarias, “la demolición de un edificio no es actividad inherente a un fabricante de vidrio plano laminar y securit” (STS 18 de enero de 2010 (rec. 3237/2007), lo cual ya da a entender la complejidad del asunto.

Ante tal situación, la doctrina científica, basándose en los pronunciamientos judiciales, ha elaborado un criterio por el que si la construcción o reparación se focaliza sobre las propias estructuras o edificaciones a través o por medio de las que se presta el servicio (por ejemplo, cableado para una empresa de telecomunicaciones) sí se trataría de una subcontratación de propia actividad, y no aquella que se limita meramente a construir una nueva nave en la que se va a realizar la actividad²⁵. Ello se encuentra en sintonía con cierta doctrina judicial que define el mantenimiento de la maquinaria, instrumental o herramientas como actividades inherentes de la empresa principal y, por tanto, como contratas de propia actividad (STSJ Castilla y León/Valladolid de 4 de julio de 2016, rec. 2313/2015).

3. EL DOBLE ESTATUTO JURÍDICO PROTECTOR REFORZADO O DÉBIL SEGÚN TIPO DE SUBCONTRATACIÓN. IMPORTANCIA EN SU DIFERENCIACIÓN

Una vez ya se ha intentado definir el concepto de propia actividad, se procede a exponer el doble estatuto jurídico protector en materia de responsabilidad por deudas salariales, de Seguridad Social, administrativa y en materia de prevención de riesgos laborales, más allá de la discusión en torno a si el resto de los apartados del art. 42 ET —sobre todo deberes de información de las empresas participantes en la subcontratación— son solo aplicables a la contrata de propia actividad o al conjunto²⁶.

3.1. El régimen de responsabilidad para la subcontratación de propia actividad

El artículo 42.2 ET configura un sistema de responsabilidad solidaria por deudas salariales y de Seguridad Social del empresario principal respecto a las deudas contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus respectivos trabajadores. Es muy importante tener en cuenta que, en ambos casos, las deudas deben de generarse durante la vigencia de la contrata, actuando como límite temporal²⁷.

En primer lugar, es necesario referirse a la responsabilidad en materia salarial que establece el art. 42.2 segundo párrafo del Estatuto de los Trabajadores. En concreto, según tenor literal

25 Gómez Abelleira, F.J.: op. cit., p. 385.

26 A favor de la extensión a todas las contratas, con independencia de su régimen, se sitúa Gómez Gordillo, R.: “Apuntes para una reforma de la regulación laboral de la subcontratación de obras y servicios”, *Lan Harremanak - Revista de Relaciones Laborales* 45/2021, p. 5 (versión digital). En contra, defendiendo una aplicación en exclusiva del art. 42 ET a la subcontratación de propia actividad, De Val Tena, Á. L.: “Trabajo decente y subcontratación”, en Monereo Pérez, J.L. et al. (Dir.): *El trabajo decente*, Comares, Granada, 2018, p. 132.

27 Mercader Uguina, J.R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 203.

se establece que “de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente (la empresa principal) durante el año siguiente a la finalización del encargo”. Se trata, por tanto, de una responsabilidad solidaria por “obligaciones de naturaleza salarial” que ha sido circunscrita por el Tribunal Supremo en exclusiva a las deudas de carácter salarial conforme al art. 26 ET.

De este modo, el empresario principal será responsable de forma solidaria solo de aquellos conceptos que sean considerados como salario. Por ejemplo, deudas por gratificaciones extraordinarias, por horas extraordinarias y domingos y festivos, así como por vacaciones no disfrutadas por extinción anticipada del contrato (SSTS de 23 de diciembre de 2004, rec. 4525/2003, y de 24 de abril de 2006, rec. 112/2006, entre otras). Por otro lado, quedan excluidas las deudas de naturaleza extrasalarial, tales como indemnizaciones (STS 21 de julio de 2016, rec. 2147/2014) o suplidos²⁸. De igual modo, también se ha descartado la naturaleza salarial de las mejoras voluntarias (SSTS 19 de mayo 1998, rec. 3797/1998; 16 de septiembre 1999, rec. 2587/1998; 14 de febrero 2000, rec. 181/1999; y 22 de diciembre 2000, rec. 4317/2000).

En cuanto a los salarios de tramitación como consecuencia del despido, tradicionalmente ha existido un debate, tanto en la doctrina como en sede judicial, acerca de su inclusión como concepto salarial o extrasalarial a efectos de la aplicación del art. 42.2 ET²⁹. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha rechazado su naturaleza salarial, habida cuenta de que se trata de conceptos de carácter indemnizatorio, por tanto, no sujetos a responsabilidad solidaria (SSTS 14 de julio 1998, rec. 3482/1997; 2 de octubre 2000, rec. 3210/1999; 26 de diciembre 2000, rec. 4595/1999; y 23 de enero 2001, rec. 1706/2000). Interpretación jurisprudencial que podría ser más que discutible³⁰.

En segundo lugar, en cuanto a la responsabilidad por las deudas de Seguridad Social, el art. 42.2 ET, párrafo primero, recoge que: “el empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata”. Del mismo modo, el empresario principal será responsable de las deudas contraídas por los contratistas y subcontratistas que se generen durante la vigencia de la contrata, aunque se amplía, en este caso, el plazo de ejercicio de la acción de un año a tres años para las deudas de Seguridad Social.

Respecto a lo que se entiende por “obligaciones referidas a la Seguridad Social”, la jurisprudencia ha precisado que se refiere tanto a los descubiertos de cuotas en que incurra el contratista con sus trabajadores, como a las prestaciones sociales asignadas a ellos y de cuyo pago se haya declarado responsable al contratista por su incumplimiento en las obligaciones de afiliación, altas y bajas y de

28 De Val Tena, Á. L.: op. cit., p. 124.

29 Fuentes Fernández, F.: “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad empresarial en la subcontratación, en relación con los salarios de tramitación por despido”, *Temas laborales* 56/2000, pp. 107-120.

30 Para una crítica, véase, Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “Salarios de tramitación: naturaleza salarial (notas para retomar el debate)”, en el Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 20 de noviembre de 2014, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2014/11/20/salarios-de-tramitacion-naturaleza-salarial-notas-para-retomar-un-debate/> (consultada el 1 de noviembre de 2021) y Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “Los salarios de tramitación tras la Ley 3/2012: inconsistencia dogmática, posible inconstitucionalidad y omisiones relevantes”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica* 78/2013, pp. 69-83.

cotización (STS 20 de mayo 1998, rec. 3202/1997). La responsabilidad solidaria se extiende así a los descubiertos por cotizaciones que el contratista o subcontratista haya asumido, incluyendo las cuotas por contingencias comunes, las primas por accidente de trabajo, las cuotas de recaudación conjunta e incluso los intereses, recargos y costas que se hubieran generado para el cobro de la deuda por mora (véase, art. 13.3 RD 1415/2004); así como también se extiende la responsabilidad solidaria a las prestaciones anticipadas por las entidades gestoras de la Seguridad Social por incumplimientos del contratista o subcontratista, o a las prestaciones que tengan que abonar estos, en la modalidad de pago delegado, en su función de colaboración obligatoria en la gestión³¹.

Todo lo anterior se complica si se tiene en cuenta la “obligación” (o más bien la facultad) del empresario principal de solicitar certificado por descubiertos a la Tesorería General de la Seguridad Social *ex* art. 42.1 ET, en un intento de disuadir de la subcontratación de propia actividad con empresarios morosos que han incumplido sus obligaciones de cotización, con el perjuicio que ello supone para los trabajadores y la situación de competencia desleal en la que se sitúan las empresas³². Por no hablar del peligro que ello supone para la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social —lo cual para algunos autores es el verdadero objeto de tutela de la responsabilidad solidaria por deudas de la Seguridad Social³³—. Y se complica la cuestión porque no resultan claros los efectos en materia de responsabilidad de la certificación, positiva o negativa, así como de la falta de libramiento de tal certificación por parte de la TGSS.

Se trata, por tanto, de un precepto que evidencia deficiencias en materia de claridad y seguridad jurídica para el empresario principal. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Contencioso-administrativo, de 3 de febrero de 2021 (rec. 2584/2019), intenta precisar tal cuestión, tanto para las deudas anteriores a la contrata como para las deudas que surjan durante su ejecución. Así, por un lado, respecto a las deudas anteriores a la contrata, el Tribunal Supremo parece apuntar a que la no solicitud o la certificación positiva de descubiertos no produce efectos en materia de responsabilidad, frente a algún sector de la doctrina que defiende la responsabilidad subsidiaria por las deudas del contratista en materia de Seguridad Social anteriores a la contrata³⁴.

Por otro lado, respecto a las obligaciones de Seguridad Social originadas durante la vigencia de la subcontratación de propia actividad, la exoneración de la responsabilidad solidaria para la empresa principal se produce por el incumplimiento de la TGSS de emitir certificado en un plazo de 30 días. “Tal efecto liberatorio se explica porque la inactividad de la TGSS deja al empresario principal sin una información que le permitiría reaccionar para evitar esa responsabilidad”. En cambio, mayores dudas se suscitan si se ha generado certificado negativo por descubiertos, sobre todo si se tiene en cuenta que habitualmente la TGSS se limita a afirmar que “no consta” que exista descubierto, sin excluir que realmente pueda haber deudas pendientes³⁵. “Desde tal planteamiento se traslada al empresario principal que actúe, por sí, diligentemente, ya sea vigilando que el contratista o subcontratista cumple sus obligaciones con la TGSS o que pacte la manera de estar informado para el caso de que, eventualmente, genere deudas frente a la Seguridad Social”, para que, en este último

31 De Val Tena, Á. L.: *op. cit.*, p. 126.

32 Mercader Uguina, J.R.: *op. cit.*, p. 202.

33 Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: *op. cit.*, p. 19.

34 Mercader Uguina, J.R.: *op. cit.*, pp. 202 y 203.

35 García Ortega, J. *et al.*: *op. cit.*, p. 148.

caso, pueda rescindir la relación contractual o activar las correspondientes garantías³⁶. No obstante, el tribunal también abre la posibilidad de la liberación de responsabilidad para el caso de que la Administración emita certificados inexactamente negativos, “razón por la que hay que estar al caso”.

Fuera de la responsabilidad solidaria por deudas salariales y de Seguridad Social, el empresario comitente también tiene diversas obligaciones a las que hacer frente, so pena de responsabilidad administrativa. En virtud del art. 16 TRLGSS se expresa que “sin perjuicio de lo previsto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo deberán comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que estos ocupen en los mismos durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata”. De este modo, la obligación de comprobar la afiliación y alta en la SS no se circunscribe en exclusiva a la contrata de propia actividad, sino de igual modo a aquellas contratas que se presten de forma continuada en el centro de trabajo del empresario principal. En caso de que no se produzca tal comprobación, el empresario principal será responsable de una infracción grave “por cada uno de los trabajadores afectados” (art. 22.11 LISOS).

Además, el artículo 23.2 LISOS establece otra responsabilidad solidaria de carácter administrativo para “las empresas que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad”, cuando los contratistas o subcontratistas durante todo el período de vigencia de la contrata den ocupación a trabajadores beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena y, por tanto, no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad. Se trata, en fin, de una infracción muy grave del artículo 23.1.a) LISOS a la que el empresario principal responde de forma solidaria.

Por último³⁷, aparte de las obligaciones genéricas preventivas para los casos de colaboración empresarial en un mismo centro de trabajo, el art. 24.3 LPRL recoge un inciso especial para los supuestos de subcontratación empresarial de propia actividad que, además, se desarrollen en el propio centro de trabajo. En este sentido, se impone un deber de vigilancia al empresario principal acerca del cumplimiento por parte de los contratistas o subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. Y como consecuencia de su incumplimiento el art. 42.3 LISOS reconoce una responsabilidad solidaria, “siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”, que, a la luz de los últimos pronunciamientos judiciales, se vincula con la responsabilidad administrativa y no con la civil³⁸.

36 Esta apreciación casa con la práctica empresarial y administrativa de comprobar el estado de saldo con la Seguridad Social, no solo al inicio de la relación contractual entre comitente y contratista o subcontratista, sino de manera permanente, a lo largo de todo el período de vigencia de la contrata o subcontrata, y respecto de las obligaciones contributivas de cotización social generadas mensualmente por los trabajadores de la misma. Véase, Martín Valverde, A.: “Artículo 42. Subcontratación de obras y servicios”, en Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico- sistemático del Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 2012, pp. 570 y 571.

37 También existe la responsabilidad tributaria subsidiaria del art. 43.1.f) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

38 Casas Baamonde, M.E.: “La responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo en contratas y subcontratas. La responsabilidad civil solidaria como solidaridad impropia”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* 6/2021, versión digital.

Sin embargo, a pesar de los numerosos vaivenes jurisprudenciales y discusiones doctrinales, esta responsabilidad a consecuencia de la *culpa in vigilando*, como se podía imaginar, no es de aplicación automática. Así lo ha precisado la STS de 19 de noviembre de 2018 (rec. 144/2017), con cita en las anteriores, ya que, en todo caso, lo decisivo para determinar la responsabilidad se sitúa en si existe una infracción imputable a la empresa principal, dentro de su esfera de responsabilidad, que haya generado el accidente. Es más, como ya había propuesto autorizada doctrina³⁹, que la subcontratación no sea de propia actividad, ello no equivale a que se imposibilite la comunicación de responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales. En resumen, “que las tareas encomendadas sean ajenas a la propia actividad no comporta la imposibilidad de que se imponga el recargo de prestaciones, como en ella se afirma. También debe considerarse errónea la doctrina extensiva de la responsabilidad por el recargo de prestaciones al empresario principal en todo caso, incondicionalmente y sin apreciar la existencia de infracciones que le sean achacables”.

Como se ha podido comprobar, no solo se exige cierta culpa por parte de la empresa principal, sino también que el contratista o subcontratista realice su actividad en el “centro de trabajo” del comitente (art. 24.3 LPRL y 42.3 LISOS). Sin embargo, no es posible equiparar esta noción de centro de trabajo en materia preventiva al concepto recogido en el art. 1.5 ET, que es mucho más restringido⁴⁰. La referencia legal equivale más bien a la expresión “lugar de trabajo” (SSTS 22 de noviembre 2002, rec. 3904/2001; y 26 de mayo 2005, rec. 3726/2004), como cualquier instalación que se encuentre a su disposición y en la que la empresa esté obligada a extremar sus deberes de vigilancia (STS de 18 de enero de 2010, rec. 3237/2007)⁴¹. Eso sí, aunque los contratistas o subcontratistas no ejecuten sus prestaciones en el centro de trabajo, si tales trabajadores operan con “maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal”, este último debe de facilitar la información necesaria para que su utilización se produzca sin riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores (art. 24.4 LPRL)⁴².

3.2. El reducido ámbito de responsabilidad en el caso otras contratadas

No se debe de olvidar que existen numerosas operaciones de subcontratación que, por ser consideradas como actividades auxiliares o complementarias, aunque sean consideradas indispensables para la empresa principal, quedan fuera del estatuto jurídico protector del art. 42.2 ET. En consecuencia, dichas contratadas no disponen de este régimen de responsabilidad reforzado, sino de otros mecanismos para su protección.

Ante esta situación es posible ampararse para las deudas salariales en la responsabilidad genérica del art. 1597 del Código Civil, por el que: “los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”. Se trata, por tanto, de dos preceptos —el art. 42 ET y el art. 1597 CC— que coexisten, habida cuenta de que no

39 Monereo Pérez, J.L. y Álvarez Montero, A.: op. cit., pp. 86 y 87.

40 Olmo Gascón, A.M.: op. cit., p. 439 y 440 y Goerlich Peset, J.M.: “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *Actualidad laboral* 1/1997, p. 128.

41 El art. 2 del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales, define al centro de trabajo como “cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”.

42 De Val Tena, Á. L.: op. cit., p. 128.

ha mediado derogación y son plenamente compatibles⁴³, aunque el artículo 1597 CC se aplica especialmente a aquellos supuestos excluidos del art. 42 ET⁴⁴. Esto es: las contrataciones que no corresponden a la propia actividad de la empresa principal, las encargadas sin una conexión con una actividad empresarial, y las que se refieran a la construcción o reparación de la vivienda, contratada por un cabeza de familia⁴⁵.

Sin embargo, las diferencias con la responsabilidad establecida en el art. 42 ET son importantes. En este caso, los trabajadores del contratista solo pueden interponer acción contra el dueño de la obra (que será el empresario principal) para cobrar la cantidad que este adeuda al contratista en el momento de la reclamación del trabajador afectado⁴⁶. Por consiguiente, el empresario principal no podrá ser obligado a pagar si no es deudor del contratista y, en su caso, más allá de lo que debe⁴⁷.

Por otro lado, también existe la responsabilidad específica y subsidiaria en materia de Seguridad Social, por los descubiertos de la contratista en materia de cotización, respecto de los trabajadores destinados a la ejecución de la contrata (art. 142.1, párrafo segundo TRLGSS), y por el pago de prestaciones públicas de Seguridad Social, cuando la empresa auxiliar haya sido declarada responsable de su abono al trabajador por incumplir las obligaciones de afiliación, alta y cotización (art. 168.1 en relación con el 167 TRLGSS).

De este modo, existen dos regímenes de responsabilidad *ex art. 42 ET y TRLGSS* que se superponen, aunque se delimita su aplicación en virtud del principio de especialidad⁴⁸. Como aclara la STS de 23 de diciembre de 2008 (rec. 1048/2007) “si las obras o servicios contratados o subcontratados pertenecen a la “propia actividad” de la empresa principal o de la contratista inicial se aplica tal precepto y la responsabilidad de tales empresarios comitentes es solidaria; si no es así se aplica el art. 127.1 LGSS (anterior ley), y la responsabilidad de los empresarios que hacen el encargo es subsidiaria, es decir, se desencadena sólo en el supuesto en que el empleador subcontratista “fuese declarado insolvente”. Esta responsabilidad subsidiaria también se aplica a la contrata por razón no empresarial, así como no rige, en cambio, “cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar el titular de un hogar respecto a su vivienda” (art. 168.1 TRLGSS).

La diferencia fundamental entre el régimen de responsabilidad del ET y TRLGSS, es que para esta segunda responsabilidad subsidiaria se exige una vía previa de declaración de insolvencia del deudor principal (el contratista o subcontratista en cuestión)⁴⁹. En efecto, las garantías que se derivan de la responsabilidad subsidiaria para el trabajador afectado no son de aplicación directa⁵⁰, pues se exige que las deudas con la Seguridad Social sean líquidas, vencidas y exigibles para que pueda emitirse reclamación de deuda o acta de liquidación

43 Monereo Pérez, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, op. cit., p. 100.

44 Kahale Carrillo, D.T.: op. cit., p. 218 y 219.

45 Monereo Pérez, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, op. cit., p. 100 y Olmo Gascón, A.M.: op. cit., pp. 132 y 133.

46 Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: op. cit., 24.

47 Kahale Carrillo, D.T.: op. cit., pp. 219 y 220 con cita en STS de 19 de diciembre de 2006.

48 De Val Tena, Á. L.: op. cit., p. 135.

49 Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: op. cit., 25.

50 De Val Tena, Á. L.: op. cit., p. 135.

contra el responsable subsidiario, previa declaración de insolvencia del deudor principal. Este procedimiento es desarrollado por el art. 14 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, donde se indica que “la constatación de la insuficiencia de bienes del deudor principal en el procedimiento recaudatorio seguido contra él, la declaración de insolvencia efectuada en otro procedimiento administrativo o judicial y la declaración de concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación serán circunstancias suficientes para la consideración del deudor principal como insolvente a efectos de exigir el pago de la deuda al responsable subsidiario” (apartado tercero).

Además, en cuanto al montante de la reclamación deuda de Seguridad Social al responsable subsidiario, esta “comprenderá la totalidad de la deuda exigible al deudor principal en el momento de su emisión, excluidos recargos, intereses y costas” (art. 14.2 RD 1415/2004), lo cual supone una responsabilidad más restringida en comparación con la del art. 42 ET. Sin embargo, también es cierto que los plazos de ejercicio de la acción son más amplios en el TRLGSS (arts. 53 y 54) que en el ET, lo cual puede dar lugar a que una contrata de propia actividad, una vez haya transcurrido el plazo de 3 años, pueda accionar esta última responsabilidad subsidiaria⁵¹.

En definitiva, las diferencias en materia de responsabilidad para el empresario comitente y, por tanto, de desprotección para las personas trabajadoras subcontratadas, en función de si se trata o no de una contrata de propia actividad, se pueden resumir en:

- Menor protección de la deuda salarial, habida cuenta de los límites del art. 1597 CC. En cambio, el art. 42 ET es más garantista para los trabajadores de la contrata de propia actividad ya que obliga al comitente incluso cuando haya pagado la totalidad del precio al contratista.
- Menor alcance de la protección en Seguridad Social *ex* TRLGSS, sobre todo en torno a la mayor rigidez del procedimiento (previa declaración de insolvencia y resolución administrativa de derivación de responsabilidad para el comitente) y a los límites en la cuantía al excluir recargos, intereses y costas. Sin embargo, a pesar de que esta diferencia para los trabajadores es ciertamente paliada por el principio de automaticidad de las prestaciones de Seguridad Social (al igual que ocurre para las deudas salariales con la acción del Fondo de Garantía Salarial), no puede negarse que la pluralidad de garantías de cobro que ofrece la acción del art. 42 ET ofrece mayor protección a las personas trabajadoras⁵².
- Garantías administrativas menos reforzadas al no regir la responsabilidad solidaria del art. 23.2 LISOS para las contratas ajenas a la propia actividad de la empresa principal. Es más, la responsabilidad administrativa del art. 22.11 LISOS ni siquiera se aplica a estas últimas contratas que se desarrollen fuera del centro de trabajo de la empresa comitente.
- En materia de prevención de riesgos laborales, si bien se ha intentado homogeneizar tal responsabilidad con la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, el tenor literal del art. 24.3 LPRL y art. 42.3 LISOS provoca ciertas dudas desde el punto de vista de la técnica jurídica de aplicación.

51 Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: op. cit., 25.

52 Gómez Gordillo, R.: op. cit., p. 8.

4. LA EXPANSIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN Y PROBLEMAS APLICATIVOS DEL CONCEPTO DE “PROPIA ACTIVIDAD”

La regulación del art. 42 ET, basada en el concepto de subcontratación de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, ha quedado claramente superada por el avance de las tecnologías y el recurso a la descentralización productiva como mecanismo habitual de gestión empresarial. En efecto, la gestación normativa del art. 42 ET en los años 70 obedece a un tiempo que no se corresponde con el actual, esto es, un tiempo pasado donde la subcontratación se focalizaba en determinados sectores industriales y para determinadas tareas, cuando en la actualidad se utiliza para descentralizar actividades antes impensables. Ahora, con la expansión del sector servicios, de la tecnología y las nuevas formas de organización empresarial, la norma que regula las contrataciones está en riesgo de caer un vaciamiento de su contenido y aplicación y, por tanto, en una desregulación⁵³.

La oscuridad del precepto ha desembocado en una interpretación jurisprudencial casuística, pero muy apegada a la teoría restrictiva del ciclo productivo, que ha supuesto muchos “quebraderos de cabeza en la práctica judicial, en la aplicación empresarial del precepto, y también en la doctrina científica”⁵⁴. De hecho, esta teoría que solo entiende por contrata de propia actividad aquellas actividades o tareas que sean nucleares para el proceso productivo, ha desterrado la aplicación de las garantías del art. 42 ET para las actividades empresariales subcontratadas consideradas complementarias y auxiliares. Lo cual se traduce, en concreto, en una inaplicación del supuesto de hecho del art. 42 ET a un tipo de colaboración interempresarial que abunda en la actualidad: las empresas multiservicios⁵⁵. De este modo, las personas trabajadoras que prestan sus servicios para empresas multiservicios, sobre las cuales ya se cierne la duda de la cesión ilegal⁵⁶, no solo se ven expulsadas de los mecanismos de responsabilidad reforzada de la norma estatutaria, sino que también quedan al margen de los mecanismos generales de protección vinculados a la autonomía colectiva, en este segundo caso por la aplicación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa o por la desorganización de las categorías sobre las que se estructura la negociación colectiva sectorial en el ordenamiento jurídico español⁵⁷. Último problema que se ha intentado paliar con la intervención legislativa del RD-ley 32/2021 en el art. 42.6 ET.

Es más, fuera ya del supuesto concreto de las empresas multiservicios —que también—, la noción de lo que debe de entenderse por “propia actividad” de la empresa principal carece de sentido desde la perspectiva jurídico-laboral. Los cambios en las estructuras productivas y organizativas, así como el avance en la tecnología, determinan que sea factible descentralizar o subcontratar determinadas actividades que antes eran imposible, contribuyendo a difuminar, aún más, lo que debe de entenderse por “ciclo productivo ideal de la empresa”⁵⁸. Por ende, no resulta operativo un término, como concepto jurídico indeterminado, que es tan volátil como difícilmente identificable

53 Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: op. cit., 45.

54 Martín Valverde, A.: op. cit., pp. 567 y 568.

55 Monereo Pérez, J.L.: “El empleador plural en las empresas multiservicios”, en Sanguinetti Raymond, W. y Vivero Serrano, J.B. (Coords.), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018, pp. 393 y ss.

56 Aragón Gómez, C.: “Trabajo en contrataciones: análisis de las circunstancias que han motivado la Proposición de Ley de modificación del art. 42 ET y su urgente necesidad de reforma”, en De la Puebla Pinilla, A. y Mercader Uguina, J.R., *Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 402.

57 Gómez Gordillo, R.: op. cit., p. 2.

58 Gómez Abelleira, F.J.: op. cit., p. 382.

en la realidad empresarial, lo cual redundaría en una inseguridad jurídica, tanto para los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista, como para la empresa principal que subcontrata⁵⁹.

La exclusión de aquellas actividades consideradas como complementarias o auxiliares, cuando muchas veces son difícilmente incluidas en tal abstracción, no resulta tampoco justificable desde el punto de vista de la *ratio legis* del art. 42 ET. Así, la fundamentación del sistema de responsabilidad generado *ex art.* 42 ET obedece a una prevención del fraude en el recurso a la subcontratación, a la protección frente a la insolvencia del contratista, así como a la garantía de la sostenibilidad de la Seguridad Social. Según palabras del Tribunal Supremo (sentencia de 9 de julio de 2002, rec. 2175/2001), “lo que el precepto quiere evitar es que quien se halla mejor situado en esa cadena de contratación (comitente, dueño de la obra o contratista principal), que es quien controla realmente su ejecución y quien en definitiva asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros en todo o en parte, quede inmune ante las posibles deudas de estos últimos frente a sus trabajadores ante su posible situación de insolvencia, por lo que deviene razonable que desde el legislador, que no le niega los beneficios, le exija también responder de las posibles deudas salariales o de seguridad social que puedan haber generado aquellos subcontratistas situados en el final de cadena. Se entiende, en definitiva, que el art. 42 ET constituye un reflejo, mal traducido para el caso que contempla, del principio de Derecho según el cual quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo, y que fue ésta en definitiva la intención del legislador aunque éste, a la hora de redactar el precepto, no tuviera realmente en cuenta más que la figura del empresario principal y la de los “subcontratistas”, dentro de cuya último plural es donde deben entenderse incluidos todos los situados en la cadena de contratación” (véase, de igual modo, SSTs de 5 de diciembre de 2017, rec. 2664/2015, y de 3 de febrero de 2021, Sala de lo Contencioso-administrativo, rec. 2584/2019).

De este modo, si tenemos en cuenta la finalidad de la norma no se entiende por qué se expulsan de tales mecanismos de garantía a las tareas complementarias y auxiliares, como son las de limpieza, vigilancia, mantenimiento, etc., las cuales necesitan de una especial protección ya que por regla general son ejecutadas por empresas que suelen tener poca capacidad patrimonial y, por ende, mayor riesgo de insolvencia o de incumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales. La *ratio legis* no queda desvirtuada por la falta de vinculación de los trabajadores del contratista con la actividad esencial de la empresa principal⁶⁰. En efecto, el riesgo de insolvencia (y de fraude en la subcontratación) lejos de ser exclusivo en las contratistas de propia actividad, es aún más intenso en las contratistas de servicios auxiliares o complementarios⁶¹. Digamos que esta exclusión se intenta justificar en una supuesta *culpa in eligendo* o *in vigilando* que es atribuida al empresario principal respecto a los contratistas y subcontratistas de propia actividad, asumiendo que el principal puede tener más control de mercado sobre estos últimos y, por ello, se le exige un estándar superior de responsabilidad. Sin embargo, esta justificación carece de sentido desde la lógica jurídica y se desconoce realmente cuál es la razón que hay detrás de la exclusión⁶².

59 Muy críticos en esta línea Monereo Pérez, J.L. y Álvarez Montero, A.: op. cit., pp. 46 y 47.

60 *Ibidem*, pp. 48 y ss.

61 Calvo Rodríguez, E.: *La responsabilidad empresarial en la subcontratación laboral: análisis del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores*, Tesis doctoral dirigida por los profesores Tomás Sala Franco y Eva López Terrada de la Universidad de Valencia, p. 366, disponible en: <https://www.educacion.gob.es/tesco/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=TYIOaTyq2rQ%3D>

62 Gómez Abelleira, F.J.: op. cit., pp. 390-391 y 395.

5. CONCLUSIONES CRÍTICAS Y PROPOSICIONES DE *LEGE FERENDA*

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se propone, por un lado, una interpretación extensiva o finalista del concepto de “propia actividad” en sede judicial, que incluya todas las actividades indispensables relacionadas con el ciclo de producción, ya sean las principales o las complementarias de la empresa principal que sean necesarias para el normal funcionamiento de la actividad principal de obtención directa del fin productivo⁶³. Interpretación que no constituye en absoluto un obstáculo a la organización descentralizada del proceso productivo, sino el ejercicio de un mandato equilibrador del Derecho del Trabajo que busca la aplicación de la *ratio legis* del precepto a todos aquellos trabajadores que presten sus servicios en contratas de las que el empresario principal obtenga un aprovechamiento económico, sin que ello se traduzca en una dilución de sus responsabilidades⁶⁴.

Por otro lado, se propone con carácter preferente una reformulación del art. 42 ET que elimine el concepto de “propia actividad” en su delimitación, para extender la protección a la generalidad de las contratas y subcontratas⁶⁵. Con ello, además de aportar una mayor seguridad jurídica y aumentar la protección de los trabajadores más precarios, se podría conseguir un “saneamiento del mercado de las contratas” que, en vez de desincentivar el recurso a la subcontratación, produjera el efecto de implantar mayores y exigentes controles de contratación en las empresas principales a causa de la extensión de su responsabilidad⁶⁶. Manteniendo, eso sí, las exclusiones ya previstas en la normativa cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar una persona respecto de su vivienda (se propone la sustitución del término “cabeza de familia” por resultar anacrónico⁶⁷), o bien en el caso de que la persona propietaria de la obra o industria no contrate por razón de actividad empresarial, aunque precisando su contenido.

Además, también se debería añadir otra exclusión muy delimitada para aquellos supuestos de subcontratación claramente desconectados técnica y organizativamente del proceso o de los procesos de producción de la empresa principal que, a su vez, surjan de encargos esporádicos o de encargos de carácter muy limitado en el tiempo (se podría establecer una referencia temporal en la normativa). Con esto último se pretende evitar una relación de habitualidad en la colaboración interempresarial, lo cual, a su vez, sería representativo de que la actividad subcontratada no está realmente desligada de la actividad de la empresa principal. Por ejemplo, se podrían excluir de la aplicación del art. 42 ET y sus garantías, con los límites preestablecidos, los encargos a una empresa especializada en marketing digital para el lanzamiento de un nuevo producto, la contratación de una empresa para la impartición de un curso sobre un determinado programa informático a sus trabajadores, etc. Se trata, en fin, de determinados servicios que se prestan a la empresa principal, caracterizados por una alta especialización técnica y dotados de una autonomía económica y organizativa muy elevada.

63 Monereo Pérez, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, op. cit., p. 81.

64 Monereo Pérez, J.L. y Álvarez Montero, A.: op. cit., pp. 45 y ss.

65 Esta necesidad de reforma ha sido defendida por diversos autores, entre los que destaca especialmente Monereo Pérez, J.L. (en todas las obras aquí citadas).

66 Montoya Medina, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 138.

67 El Real Decreto-ley 32/2021 sustituye el término de “cabeza de familia” simplemente por el de “persona”.

Por último, además de destacar la necesidad de crear una ley integral de subcontratación para dotar de homogeneidad a la regulación del fenómeno de la subcontratación⁶⁸, también se propone la eliminación del concepto de “propia actividad” de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, para el conjunto de las responsabilidades administrativas, y de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, teniendo en cuenta las anteriores exclusiones. En concreto, a pesar de los esfuerzos interpretativos del Tribunal Supremo, vincular la obligación específica del empresario principal de vigilancia en materia de prevención de riesgos laborales a la contrata de propia actividad, no tiene ningún sentido si se tiene en cuenta que las contratas denominadas auxiliares o complementarias también se enfrentan a los mismos e, incluso, más agravados riesgos laborales⁶⁹.

Del mismo modo, también es oportuno eliminar la referencia al centro de trabajo para valorar la responsabilidad en materia preventiva del empresario principal. En efecto, como ya se ha venido defendiendo, las nuevas formas de organización empresarial y los avances en materia de las TIC, posibilitan que los trabajadores (o bien teletrabajadores) de los subcontratistas se vean sometidos a ciertos riesgos desligados del aspecto físico o material del centro de trabajo de la empresa comitente. Se trata, por tanto, de los riesgos psicosociales que pueden venir anudados a una deficiente política de evaluación de resultados, de desconexión digital, del aislamiento del trabajador, etc., de los cuales pueden ser en cierto modo responsables los comitentes si no han desarrollado adecuadamente su obligación específica de vigilancia del cumplimiento de la legislación en materia de prevención (a través, por ejemplo, de la solicitud del protocolo de desconexión digital).

68 Es esta la principal hipótesis del trabajo elaborado por Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: op. cit.

69 Monereo Pérez, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, op. cit., pp. 96 y 97.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
EL CONTRATO DE INTERINIDAD POR VACANTE Y SU CALIFICACIÓN
DE INDEFINIDO NO FIJO: UNA APROXIMACIÓN HERMENÉUTICA
A TRAVÉS DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

ALBERTO AYALA SÁNCHEZ
Prof. Dr. del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(Acreditado a ayudante doctor y contratado doctor)
Universidad de Cádiz

1. Introducción
2. El tiempo en el contrato de trabajo
3. Régimen jurídico y notas fundamentales sobre el contrato de interinidad por vacante
4. Las categorías del fraude de ley y del abuso del derecho en la contratación interina por vacante
 - 4.1. Ideas preliminares
 - 4.2. El fraude de ley
 - 4.3. El abuso del derecho
5. La aplicación de los principios generales del Derecho
6. Reflexiones finales
7. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Se ha de comenzar esta introducción con una simple advertencia; el hecho de que recientemente se haya promulgado y publicado el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo¹, no impide la crítica razonada que desde estas líneas se realiza a los cambios de doctrina que realiza el Tribunal Supremo impelido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al interpretar y aplicar los preceptos correspondientes de la normativa laboral sobre el contrato de interinidad por vacante².

Cumplida la anterior advertencia, uno de los contratos de duración determinada utilizado por antonomasia por la Administración pública, sea estatal, autonómica, local o institucional, para cubrir puestos de trabajo que están pendientes de cobertura definitiva previa realización de un proceso selectivo o, incluso, de un proceso de promoción interna, es el conocido como contrato de interinidad por vacante³.

Este contrato causal se suscribía, por tanto, cumpliendo los requisitos descritos en el art. 4.1 *in fine* y 4.2.b párrafo segundo del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre⁴, por el que se desarrolla el art. 15 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) en materia de contratos de duración determinada⁵. Pero a la par y precisamente por estar englobado dentro de los contratos de duración determinada, en principio, su desenvolvimiento o duración no puede ser superior a tres años⁶, según lo preceptuado por el art. 70 del Real Decreto Legislativo 5/2015,

1 BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021.

2 También se ha de aclarar que a pesar de que el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, se publica el día 30 de diciembre y entra en vigor el día 31 de ese mismo mes, en lo que concierne al art. 15, su nueva redacción no entrará en vigor hasta el 30 de marzo de 2022, atendiendo a la disposición final 8.2.b) del citado Real Decreto-ley.

3 Expresión de esta utilización del contrato de interinidad por vacante tal vez de manera excesiva fue la publicación del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE núm. 161, de 7 de julio); Real Decreto-ley que tras tramitarse como proyecto de ley ha dado lugar a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE núm. 312, de 29 de diciembre).

4 BOE núm. 7, de 8 de enero de 1999.

5 No obstante, y con la nota con la que se inicia este artículo, de todos es conocido que el citado precepto ha sido modificado en su redacción y contenido por el artículo primero del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

6 En sentido contrario a la conversión del trabajador indefinido no fijo por el mero transcurso de los tres años, se alza la doctrina que sustenta en Tribunal Supremo en su sentencia del pleno de 24 de abril de 2019, rec. 1001/2017, en la que indica y razona que: «[...] son las circunstancias específicas de cada caso concreto las que han de llevar a una concreta conclusión.». A ello se une la nueva redacción que se ha dado al art. 10.4 inciso segundo del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que si bien está dirigido a los funcionarios interinos, *mutatis mutandi*, podría ser objeto de aplicación al personal laboral temporal al servicio de las administraciones pública, que señala: «[...] Excepcionalmente, el personal funcionario interino podrá permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria dentro del plazo de los tres años, a contar desde la fecha del nombramiento

605

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
EL CONTRATO DE INTERINIDAD POR VACANTE Y
SU CALIFICACIÓN DE INDEFINIDO NO FIJO: UNA
APROXIMACIÓN HERMENÉUTICA A TRAVÉS DE LA TEORÍA...

de 30 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP)⁷.

Sin embargo, el trabajador contratado bajo estas premisas materiales (vacante pendiente de celebración de proceso selectivo) y temporales (no más de tres años), en no pocas ocasiones ha recurrido a los tribunales de justicia solicitando el reconocimiento o la consideración de ser trabajador indefinido no fijo ante el incumplimiento por la Administración pública (en todos sus niveles, esto es, institucional, local, autonómica y estatal) del lapso temporal referido para cubrir la meritada plaza a través del procedimiento legalmente establecido para ello.

Si bien es cierto, que las instancias judiciales inferiores atendían las peticiones de los distintos trabajadores calificando esas relaciones laborales como indefinidas no fijas (v.gr.: SSTSJ de Andalucía, sede en Granada, de 29 de noviembre de 2018, rec.

3262/2017; de 26 de marzo de 2019, rec. 1884/2017 y de 13 de junio de 2019, rec. 3065/2018 o STSJ de Madrid, de 22 de mayo de 2019, rec. 277/2018), no es menos cierto, que las citadas resoluciones judiciales decaían ante la consolidada -hasta hace muy pocas fechas- doctrina del Tribunal Supremo que les negaba esa calificación con base, fundamentalmente, a causas de índole económica que justificaban e impedían a la Administración pública poner en marcha los procesos selectivos (por todas, STS de 18 de mayo de 2021, recud. 536/2019).

En este contexto se dicta y se hace pública la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/2019) que hace rectificar al Tribunal Supremo su doctrina más consolidada de negar a estos trabajadores su condición de indefinidos no fijos, en cuanto que está haciendo una interpretación de nuestra normativa nacional contraria a la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, de tal manera, que las consideraciones económica por las que se puede ver afectada la Administración pública para ejecutar en plazo los procesos selectivos no son causas o consideraciones suficientes para justificar la demora de más de tres años para poner en marcha los preceptivos procesos selectivos.

Sentados estos antecedentes, ya es una evidencia que el Tribunal Supremo estaba realizando una interpretación restrictiva del contrato de interinidad por vacante, en primer término, en favor de la Administración pública y, en segundo lugar (y estos es lo más relevante) en contra del trabajador, olvidando, por un lado, la formación histórica⁸ y los principios más elementales en los que se apoya y sustenta el Derecho del Trabajo y, por otro, prescindiendo de la «vocación defensiva»⁹ que desde sus inicios tuvo esta parte del sistema jurídico. Así, el Tribunal Supremo se ha visto obligado y ha tenido que modificar su interpretación para adaptarla y hacerla conforme

del funcionario interino y sea resuelta conforme a los plazos establecidos en el artículo 70 del TREBEP. En este supuesto podrá permanecer hasta la resolución de la convocatoria, sin que su cese dé lugar a compensación económica [...]». Por tanto, aunque de manera excepcional -en principio- el trabajador temporal podría -en este supuesto- estar más de tres años en su puesto de trabajo dado el juego que permite el precepto reproducido con el art. 70 del EBEP.

⁷ BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

⁸ Véase, De La Villa Gil, L. E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, Granada, 2003.

⁹ Palomeque, M. C., «La construcción institucional del Derecho del Trabajo», *Trabajo y Derecho*, núm. 83, 2021 (versión electrónica), pág. 2.

a los parámetros indicados en la precitada STJUE; parámetros que a la postre no son otros que llevar a término una interpretación de todo nuestro sistema jurídico, y de la normativa relativa al contrato de interinidad de vacante en particular, conforme al elemento teleológico de la norma.

En razón de ello, y desde nuestro particular punto de vista, nos cuestionamos si esta nueva línea adoptada -forzosamente- por el Tribunal Supremo a partir de su Sentencia de 28 de junio de 2021, recud. 3263/2019, no la podría haber defendido antes si hubiera utilizado con el adecuado rigor técnico-jurídico las principales figuras que atesora nuestra teoría general del Derecho, nuestro sistema jurídico; figuras que, sin duda, pueden ayudar a realizar una labor exegética de la normativa referenciada más acorde con la naturaleza tuitiva y la categoría histórica del Derecho del Trabajo¹⁰.

2. EL TIEMPO EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Se ha de partir de una doble premisa esencial e imprescindible que, aunque se ha repetido en ocasiones hasta la saciedad, no por ello pierde su crucial importancia y que nunca se ha de perder de vista, a saber: por un lado, el contrato de trabajo es la institución fundamental, con no pocos avatares históricos-legislativos¹¹, del Derecho del trabajo¹² y, por otro, el Derecho del trabajo se concibe y se elabora como un Derecho tuitivo y bajo determinados principios inspiradores que han de servir de elemento reequilibrador frente al poder de organización y dirección empresarial. Proposición doble que no se ha de olvidar y que se deberá tener presente a lo largo de esta breve exposición, por cuanto que va a condicionar el resultado final de la misma.

Centrándonos, por ahora, en la primera premisa, el negocio jurídico laboral es un contrato que difiere, desde sus inicios, de todos los demás conocidos (típicos o atípicos) de nuestro sistema jurídico, al que cabe atribuir naturaleza propia¹³ y que, por tanto, está caracterizado: primero, por ser un contrato en donde es decisiva y determinante la persona -individual y particularmente considerada- del trabajador; esto es, nos encontramos ante un contrato calificado como *intuitu personae*; la segunda nota relevante del contrato de trabajo es que implica un intercambio patrimonial condicionado o bajo las notas de dependencia y ajenidad, caracteres que por otro lado están en constante evolución y adaptación¹⁴; y, tercer lugar, es un negocio jurídico de los denominados de ejecución continuada o sucesiva, por cuanto que por su propia naturaleza se ha de desenvolver a lo largo del tiempo (con mayor o menor extensión); con otras palabras, nos encontramos ante un negocio jurídico de tracto sucesivo.

Fijadas estas notas, que a la postre son las que caracterizan y distinguen al negocio jurídico laboral, hace ya una centuria algún autor las dejaba traslucir sin hacer mención expresa de las mismas; así hacía referencia, por un lado, a esa naturaleza *sui generis* del contrato de trabajo y, por otro, a su

10 Cervilla Garzón, M.ª J., *Jurisprudencia y doctrina sobre el concepto del trabajador dependiente en el siglo XXI*, 1.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, págs. 17 a 21.

11 Véase, Álvarez de la Rosa, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2014.

12 Alonso Olea, M., *Introducción del Derecho del Trabajo*, 7.ª ed. al cuidado de M.ª Emilia Casas Baamonde y Enrique Alonso García, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 59. Montoya Melgar, A., *Derecho y Trabajo*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 30 a 33. Rivero Lamas, J., *La democracia en la empresa*, Comares, Granada, 2010, pág. 200.

13 Pérez Botija, E., *El contrato de trabajo*, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1945, pág. 7.

14 Cervilla Garzón, M.ª J., *Jurisprudencia y doctrina sobre el concepto del trabajador dependiente en el siglo XXI*, op. cit., pág. 125.

particular y especial proyección social. Conforme a esto, concibe el negocio jurídico laboral utilizando los siguientes términos sumamente expresivos: «es un contrato de una delicadeza y sensibilidad extremas, porque en él se colocan frente a frente el pobre y el rico, el débil y el poderoso»¹⁵. Como se puede observar, a través del referido enunciado se está exteriorizando ese desequilibrio estructural que existe entre empleador (más si cabe cuando es la Administración, aunque actué como un sujeto privado) y trabajador; entre el que disfruta y ejerce el poder y aquel que carece de poder alguno y que solo puede ofrecer al primero -bajo su poder de dirección y organización- su fuerza de trabajo.

Pues bien, para solventar ese desequilibrio en el poder negociador que hay entre el empresario y el trabajador surgió como contrapeso el Derecho del trabajo y, por ende, su institución emblemática conocida como el contrato de trabajo¹⁶, negocio jurídico que trata de poner límites a ese poder empresarial intentando configurar la relación jurídica laboral con las mayores cotas posibles de equidad y de justicia¹⁷.

A pesar de la existencia y uso frecuente, casi en masa se podría decir, del contrato de trabajo como instrumento jurídico apropiado para regular las prestaciones de trabajo bajo las notas apuntadas de dependencia y ajenidad¹⁸ y, con independencia de su ejecución continuada, en no pocas ocasiones el empleador hace valer su posición de preeminencia o interés en el sentido de «actitud de alguien acerca de algo»¹⁹, acordando en razón de ese interés propio la modalidad de contrato que habrá que suscribirse y, de manera particular, aquellos que se encuadran en los llamados de duración determinada en contraposición con los contratos indefinidos, que por su propia naturaleza son -en líneas generales y salvo alguna excepción- los preferidos por los trabajadores en cuanto que implican la añorada estabilidad en el empleo²⁰, por otro lado, imprescindible para el desarrollo del proyecto vital de cualquier persona e inherente a la dignidad de la misma (art. 10.1 CE).

Pero esa posibilidad (poder/facultad)²¹ de optar por cualquiera de los contratos de duración determinada que tiene el empleador y que así le permite el ordenamiento jurídico laboral ha

15 Definición elaborada por Michel Bodeux en, De Grijalba, A. R., *El contrato de trabajo ante la razón y el derecho*, 2.a ed., Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, Madrid, 1922, pág. 58.

16 Kahn-Freund, O., *Trabajo y Derecho*, Comares, Granada, 2019, pág. 52.

17 Román de la Torre, M.ª D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992, pág. 54. También para reequilibrar esa posición de poder que detenta el empresario, sobre todo, cuando realiza prácticas irregulares, se puede hacer uso de la figura del *whistleblowers*. A estos efectos, véase, Jover Ramírez, C., *La protección de los whistleblowers en el seno de la relación jurídica laboral. Una mirada al panorama actual con perspectiva de futuro*, Laborum, Murcia, 2020, pág. 18.

18 Gárate Castro, J., *Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo*, 3.a ed., Netbiblo, La Coruña, 2009, pág. 15.

19 Guasp, J., *Derecho*, Gráficas Hergón, Madrid, 1971, pág. 274.

20 Aunque también, desde un punto de vista más técnico, se puede observar la «estabilidad en el empleo» como proyección del principio jurídico civil de conservación del negocio jurídico frente a las posibles contingencias que pueden afectarlo y perjudicar su existencia durante el tiempo de vigencia del mismo. Véase, Beltrán de Heredia Ruiz, I., *La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal e indefinida del contrato. Manifestaciones de la conservación del contrato de trabajo*, 1.a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 23.

21 Poder/facultad como componentes del derecho subjetivo, esto es, como «poder de la voluntad o señorío del querer, concedido a las personas por el ordenamiento jurídico», en Castán Tobeñas, J.,

Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo Primero. Introducción y Parte General. Volumen Segundo. Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos, 15.a e.¿., revisada y puesta al día por Antonio M. Román García, Reus, Madrid, 2007, pág. 25.

de estar justificada por razones organizativas o de producción (art. 15.1 ET, en su redacción anterior al Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral...). Y esto es de esta forma, porque el legislador es consciente del desequilibrio secular en los componentes del elemento subjetivo del contrato de trabajo, por lo que prima -en principio- la contratación indefinida frente a la temporal o de duración determinada. Por ello, llegado el caso de elegir alguno de los contratos temporales el empleador tendrá que razonar y motivar su elección con la finalidad de evitar abusos o hipotéticos fraudes de ley.

En definitiva, ante las dos modalidades contractuales fundamentales que preveía el Estatuto de los Trabajadores en razón a su duración (en su redacción anterior como ya se ha mencionado)²², si el empleador (véase en el supuesto que nos ocupa:

Administración pública) recurre a la contratación temporal tendrá que enunciar de manera preceptiva la causa (principio de causalidad en la contratación) bajo la cual el contrato toma su razón, en caso contrario, ante esa carencia de causa suficiente o debidamente justificada, el jurista al verificar la realidad efectiva de esos contratos tendrá que acudir a las figuras clásicas propias de la teoría general del Derecho, que le permitirán -llegado el caso- dilucidar si la Administración pública ha contratado en fraude de ley o con abuso de derecho. Si el resultado fuera acorde a estas categorías jurídicas la sanción impuesta al empleador -privado y de la misma manera y con mayor razón tendría que ser para el empleador público- será conversión de contrato en indefinido (art. 14.3 ET, en su anterior redacción)²³.

3. RÉGIMEN JURÍDICO Y NOTAS FUNDAMENTALES SOBRE EL CONTRATO DE INTERINIDAD POR VACANTE

La contratación de duración determinada, con sus distintas variantes, aparece como una anomalía ineludible normalmente en tiempo de crisis que ha sido necesaria y oportuna regular. Sin perjuicio de antecedentes más lejanos o remotos, en el ámbito de la Unión Europea se puede partir de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores (Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989) en donde en su art. 7 hace referencia a esta modalidad de contratos de duración temporal en relación con la aspiración de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de las personas que suscriben esta tipología contractual.

Tras algunos intentos infructuosos de regular la contratación de duración determinada en el ámbito europeo, esta no verá la luz hasta que el Consejo promulga la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (en lo sucesivo, Acuerdo Marco). Es muy significativo que ese Acuerdo Marco al que llegan los interlocutores sociales de la Unión (en aquél momento Comunidad Europea) sobre esta

²² En la Reforma de 2021 se sigue manteniendo esa dualidad, pero si quiera, más matizada queriendo indicar su excepcionalidad (art. 15.1 en su nueva redacción que no entrará en vigor hasta el 30 de marzo de 2022).

²³ Tras la Reforma laboral de 2021, el art. 14.3 nada tiene que ver con su antecedente. Ahora su «equivalente» hay que encuadrarlo en el art. 14.4: «Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas». En razón de esta nueva redacción, el precepto establece una presunción *iuris et de iure* de conversión del contrato temporal en fijo, a diferencia de la presunción *iuris tantum* que establecía o todavía establece el vigente art. 14.3: «Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley».

materia tan delicada se le revista bajo la figura normativa de la Directiva. Como se sabe, la Directiva es un acto legislativo de la Unión Europea que obliga al Estado destinatario la obtención de un determinado resultado de conformidad con esta disposición, pero, sobre todo y al mismo tiempo, implica o supone que el Derecho nacional sea interpretado a tenor del Derecho de la Unión Europea²⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, el problema fundamental de estos actos legislativos de la Unión Europea es determinar si tienen o no eficacia directa²⁵. Prescindiendo de posibles matizaciones dogmáticas sobre esa eficacia directa de las directivas, en el caso que nos atañe, la propia Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea niega a la Directiva 1999/70/CE esta posibilidad²⁶.

La Directiva 1999/70/CE fue incorporada de manera tímida y en algunos aspectos a nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad²⁷; Ley que, por otro lado, da una nueva redacción a diferentes preceptos del Estatuto de los Trabajadores, entre los que se encontraban distintos párrafos del art. 15 del ET. A su vez, este último artículo fue desarrollado por el R.D. 2027/1998, relativo a los contratos de duración determinada, tal y como se reseñó al inicio de este comentario.

Pero además de la normativa estrictamente laboral, dado que se está hablando del contrato por interinidad por vacante en el ámbito de las Administraciones públicas, también habrá que tener presente distintos preceptos del EBEP. En estos supuestos concretos la Administración actúa como un empresario laboral y para llevar a cabo su misión,²⁸ no solo puede proveerse de funcionarios públicos, sino también de personal en régimen propio del Derecho del Trabajo (art. 11 EBEP).

Apuntadas de manera somera estas normas, tanto laborales como administrativas, recientemente se ha publicado el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público²⁹. Su preámbulo señala que tiene como

24 STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/2019), parágrafo 83.

25 Navarro Nieto, F., Rodríguez-Piñero Royo, M. C. y Gómez Muñoz, J. M. (Directores), *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 53 a 55.

26 STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726-2019), parágrafo 80. En el mismo sentido el Preámbulo del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio.

27 BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001.

28 Art. 103.1 CE: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Precepto que se reproduce casi textualmente en el art. 3. *Principios generales* de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

29 Tras la oportuna tramitación parlamentaria, ya Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE núm. 312, de 29 de diciembre), entre cuyas primeras actuaciones, a decir de su preámbulo apartado II, «mejorar la eficiencia de los recursos humanos reduciendo los altos niveles de temporalidad y flexibilizando la gestión de los recursos humanos en las Administraciones públicas»; y sigue diciendo, «El objetivo de la reforma es situar la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8 por ciento en el conjunto de las Administraciones públicas españolas, actuando la reforma en tres dimensiones: adopción de medidas inmediatas para remediar la elevada temporalidad existente, articulación de medidas eficaces para prevenir y sancionar el abuso y el fraude en la temporalidad a futuro y, por último, potenciación de la adopción de herramientas y de una cultura de la planificación para una mejor gestión de los recursos humanos».

objetivo solucionar la temporalidad en el marco de las Administraciones públicas³⁰; norma que está «impulsada» aunque no lo diga expresamente el preámbulo por la STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/2019)³¹.

En definitiva, el marco normativo más específico está ordenado, en principio, en dos niveles: el primero de índole europeo, representado fundamentalmente por el Acuerdo Marco y, en segundo término, por la normativa nacional con base en la legislación laboral y administrativa, parcelas jurídicas con principios inspiradores muy diferentes y, en ocasiones, difícilmente conciliables; la normativa laboral en esencia es protectora del trabajador y la legislación administrativa tiene por vocación atender y servir a los intereses generales de una nación. A todo ello se debe unir ya de manera más amplia un tercer sustrato, como se verá más adelante, conformado por la Constitución española y el Título preliminar de Código civil, como aglutinadores de todo nuestro sistema jurídico.

Centrado, aunque sea de forma somera, el régimen jurídico del contrato que es objeto de estos comentarios, es el momento propicio para indicar cuáles son las notas características del contrato de interinidad por vacante. Se dijo algo más arriba que la contratación laboral canónicamente se puede dividir en contratos de duración indefinida y en contratos de duración determinada (art. 15.1 ET), pues bien, conforme a la denominación del contrato objeto de estas líneas ofrece pocas dudas dónde debe encuadrarse el contrato de interinidad por vacante y, en consecuencia, incardinarlo en la segunda categoría de las enunciadas. De este modo, el contrato de interinidad junto con el de obra y servicio determinado y el eventual conforman los denominados contratos de duración temporal típicamente regulados, hasta la reforma laboral de diciembre de 2021, en el Estatuto de los Trabajadores.

Aquí se tratará exclusivamente del contrato de interinidad por vacante y no del clásico contrato de interinidad por sustitución³², cuya finalidad no es otra que suplir la ausencia temporal de un trabajador concreto y determinado con derecho de reserva de su puesto de trabajo (v.gr.: excedencia para cuidados de hijos, excedencias forzosas o trabajadoras víctimas de violencia de género), cuya cobertura legal parte del art. 15.1 c) del ET, siendo este desarrollado por el R.D. 2720/1998, de 18 de diciembre (arts. 1.c y concordantes).

30 El apartado III del preámbulo señala: «Este real decreto-ley pretende, con pleno respeto a la normativa presupuestaria, reforzar el carácter temporal de la figura del personal interino; aclarar los procedimientos de acceso a la condición de personal interino; objetivar las causas de cese de este personal e implantar un régimen de responsabilidades que constituya un mecanismo proporcionado, eficaz y disuasorio de futuros incumplimientos que, además, permita clarificar cualquier vacío o duda interpretativa que la actual regulación haya podido generar».

31 En la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, en su preámbulo apartado I al final sí hace una mención algo más concreta a la resolución del TJUE, pero sin referenciarla de manera expresa. No obstante, dice: «En síntesis, la doctrina que ha fijado el TJUE en esta materia dispone que las autoridades españolas tienen que instaurar medidas efectivas que disuadan y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad; y que las diferencias en el régimen jurídico del personal temporal y del fijo deben basarse únicamente en razones objetivas que puedan demostrar la necesidad de estas diferencias para lograr su fin».

32 Se hace un estudio pormenorizado de las figuras del funcionario interino y de la interinidad laboral en sus vertientes de interinidad por vacante e interinidad por sustitución en, Jover Ramírez, C., «La centralidad de la figura del interino laboral en el empleo público», en el seno de las XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, sobre el «Análisis actual de la contratación laboral», celebradas en Cádiz, los días 25 y 26 de noviembre de 2021. <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/formacion/39-jornadas-universitarias>. (Web visitada el día 21 de enero de 2022).

Sentadas las ideas precedentes, en líneas generales, el contrato de interinidad obedece a dos razones que se pueden calificar de objetivas: una primera, su existencia está justificada solo durante el tiempo que se produce la cobertura de una determinada vacante (ya se produzca en la Administración pública o en la empresa privada), y una segunda, en los casos de sustitución de un trabajador que tiene derecho a reserva del puesto de trabajo, bien sea porque así lo tenga reconocido en una norma legal o convencional o, incluso, por acuerdo individual. Esta segunda modalidad está expresamente prevista en el art. 15.1 c) del ET, circunstancia que, sin embargo, no ocurre con el contrato de interinidad por vacante, que solo está implícito en el precepto que se acaba de indicar pero que, no obstante, se reconoce *ex novo* y ya de manera concreta en el R.D. 2720/1998 (art. 4.1 *in fine*)³³, gracias a la potestad de desarrollo reglamentario que el Gobierno de la Nación tiene por virtud de la Constitución (art. 97 CE).

Cierto es que ambas razones objetivas son muy claras, sin embargo, la utilización real de estas figuras ha llevado a que la Administración pública llegue a tener tasas de temporalidad más elevadas que el sector privado³⁴.

No obstante, partiendo y teniendo presente ambas razones, y si se hace una lectura coordinada entre lo que se establece en el Estatuto de los Trabajadores y el reiterado R.D. 2720/1998, se pueden extraer las siguientes notas básicas:

La primera y fundamental nota es cumplir con el principio de causalidad³⁵. Así, para que el citado contrato tenga su razón de ser es necesario que identifique el puesto de trabajo cuya cobertura está o estará en curso. Sin ello, sin un motivo claramente reseñado no es posible acudir a esta forma contractual (art. 6.2 del R.D. 2720/1998).

La segunda nota, y en conexión con la anterior, es que las labores a realizar por el interino tienen una vocación de prolongación en el tiempo y van a formar parte de la actividad normal de la Administración pública en cuestión, es decir, las tareas a desarrollar por el interino tienen naturaleza estructural y no excepcional dentro de esa organización administrativa. Pero, sin embargo, dado que el trabajador tiene la calificación y cualidad de interino, solo puede desarrollar ese trabajo durante determinado tiempo que viene acotado por la normativa específica³⁶, es decir, por definición y, por tanto conceptualmente, el contrato de interinidad por vacante es un contrato de duración determinada.

La tercera nota tiene carácter formal, frente a la libertad de forma que establece el Estatuto de los Trabajadores e su art. 8.1, el contrato de interinidad por vacante necesariamente tendrá

33 A pesar de ese reconocimiento *ex novo* que hace el R.D. 2720/1998 de la figura contractual de la interinidad por vacante, los antecedentes normativos posconstitucionales más remotos se pueden localizar en el art. 9.2.3.b) del R.D. 2205/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba el trabajo del personal civil no funcionario en establecimientos militares.

34 Parte IV del preámbulo de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

35 A título de ejemplo véase la STS de 6 de marzo de 2009, rec. 3839/2007.

36 A este respecto el R.D. 2720/1998 en su art. 4. *Contrato de interinidad*. 2.b) *in fine* señala: «En los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica». Este precepto debe ser interpretado e integrado con el art. 70 del EBEP. *Oferta de empleo público*. «1.[...] En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años».

que celebrarse por escrito (art. 8.2 del ET y art. 6.1 del R.D. 2720/1998)³⁷, bajo las sanciones previstas en el art. 8.2 párrafo penúltimo del ET y art. 9.1 del R.D. 2720/1998.

Ahora bien, el cumplimiento de este requisito formal hay que enmarcarlo teleológicamente, pues su objeto es precisar una serie de datos de información para dar cumplida satisfacción del principio de causalidad y de las principales condiciones de la relación laboral, a saber: «la especificación de la modalidad contractual de que se trate, la duración del contrato o la identificación de la circunstancia que determina su duración, así como el trabajo a desarrollar» (art. 5.2 del R.D. 2720/1998), todo ello con la finalidad de evitar hipotéticos abusos o fraudes en la utilización de este tipo de contrato (art. 9 del R.D. 2720/1998). En esta línea la jurisprudencia ha señalado que para la identificación de la plaza ocupada interinamente los básico y primordial es que «se haga de modo suficiente y en condiciones de objetividad», esto es, basta con indicar dos parámetros: uno, la categoría y, dos, el lugar o centro de trabajo en donde se desarrolla la actividad laboral³⁸.

A diferencia del contrato para obra o servicio determinado (vigente hasta la reforma laboral de diciembre de 2021) y del contrato eventual por circunstancias de la producción que pueden concertarse tanto a tiempo parcial como a jornada completa (art. 5.1 del R.D. 2720/1998), y ya nos encontramos ante la cuarta nota, el contrato de interinidad por vacante solo se puede celebrar a tiempo completo, ahora bien, con una salvedad, que el puesto pendiente de cobertura definitiva se prevea o se defina como un contrato a realizar a tiempo parcial [art. 5.2. a) del R.D. 2720/1998].

Apuntadas de manera rápida las principales notas definitorias del contrato de interinidad por vacante, queda por señalar algo trascendental que se ha de tener presente a lo largo de todo este comentario: el empleador en estos casos es la Administración pública. Esta tendrá que acometer los fines que le sean propios (en sentido amplio, la realización del interés general)³⁹ de manera objetiva y eficaz de conformidad con la ley y el Derecho (art. 103 CE). La Administración como empleadora laboral (art. 1.2 del ET) concertará contratos de trabajo de duración determinada bajo las notas de dependencia y ajenidad propias de la legislación laboral (art. 1.1 del ET). Ahora bien, la dirección y control de esa actividad laboral propia de todo empleador (art. 20 del ET), queda mediatizada por los principios de organización y funcionamiento que inspiran las normas administrativas orientadas siempre al fin último concretado y definido en el interés general o en los intereses generales⁴⁰, que, por otro lado, es un concepto jurídico indeterminado con los problemas interpretativos que ello puede conllevar en detrimento de la anhelada seguridad jurídica⁴¹.

Atendiendo a las citadas premisas, la actuación de la Administración pública es un proceder reglado conforme al principio de legalidad (arts. 1, 9.1.3 y 103 CE), con independencia de que sea empleadora, en este caso, sometida a la legislación laboral. Esto supone una labor integradora

37 STS de 6 de marzo de 2009, recud. 3839/2007.

38 STS de 1 de junio de 1998, recud. 4063/1997.

39 García de Enterría, E. y Fernández, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 12.a ed., Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 430.

40 Algún autor prefiere hablar de intereses generales, y no de interés general, por cuanto que la Administración asume intereses de diversa índole como, por ejemplo, «los más elementales y permanentes como la defensa de la seguridad ciudadana, hasta otros más coyunturales (y políticamente) discutibles, como la promoción pública de determinados espectáculos o festejos», en Sánchez Morón, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 5.a ed., Tecnos, Madrid, 2009, pág. 76.

41 Luna Serrano, A., *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, Dykinson, Madrid, 2019, págs. 83 y 157.

nada fácil de ambos sistemas normativos -laboral y administrativo-, ya que responden a intereses y principios discordantes⁴², hecho que condicionará la nada fácil tarea interpretativa y aplicativa del marco jurídico expuesto a la hora de solucionar problemas concretos.

4. LAS CATEGORÍAS DEL ABUSO DEL DERECHO Y DEL FRAUDE DE LEY EN LA CONTRATACIÓN INTERINA POR VACANTE

4.1. Ideas preliminares

La posible e hipotética mala praxis en la utilización de los contratos de duración determinada ha sido una preocupación constante por el legislador dada la escasa estabilidad en el empleo que conlleva este tipo de negocios jurídicos⁴³. En razón de esto y a modo de prevención el art. 15.3 del ET nos dice que: «se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley». No pocas resoluciones judiciales sancionan la incorrecta celebración de estos contratos de duración determinada, y muy concretamente el de interinidad por vacante, con las categorías jurídicas del abuso del derecho y el fraude de ley como si fueran figuras plenamente identificables⁴⁴, con independencia de que entre ambas instituciones haya conexiones indudables⁴⁵. De lo que no cabe duda es que la utilización de cualquiera de las figuras nos sitúa ante «fines jurídicos anormales»⁴⁶ que la Administración- empleadora no puede perseguir y que, en su caso, el Tribunal Supremo debería sancionar.

Sin embargo, es oportuno que se exponga, si quiera de manera breve, en qué consiste cada una de las instituciones y, en su caso, cómo pueden servir de argumentos sólidos para calificar la relación jurídica laboral acaecida en el desarrollo de la contratación interina por vacante, en principio y por naturaleza de carácter temporal, pero con el transcurrir de los años puede derivar en un vínculo jurídico definido como de indefinido no fijo.

A efectos expositivos se tratará primero el fraude de ley (art. 6.4) y, seguidamente, el abuso de derecho (art. 7), por ser este el orden en que aparecen tratadas dichas figuras en el Código civil (en adelante, Cc), concretamente, descritas en su Título preliminar que, no se puede olvidar, es elemento integrador y básico de todo el ordenamiento jurídico⁴⁷.

4.2. El fraude de ley

42 STS de 20 de enero de 1998, recud. 317/1997.

43 Siempre que se identifique «estabilidad en el empleo» con el contrato indefinido, como hacen Durán López y Marín Correa. Véase en Beltrán de Heredia Ruiz, I., *La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal e indefinida del contrato. Manifestaciones de la conservación del contrato de trabajo*, op. cit., pág. 29.

44 Ejemplo de lo que se acaba de decir son las SSTs de 24 de abril de 2019, recud. 1001/2017; 9 de octubre de 1997, recud. 505/1997.

45 Castillo Blanco, F. A., *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público. Especial referencia al abuso del Derecho*, 1.ª ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2008, pág. 238.

46 Guasp, J., *Derecho*, op. cit., pág. 371.

47 Alonso Olea, M., *La aplicación del Derecho del Trabajo*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1970, pág. 30. Molero Manglano, C., *La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, págs. 43 a 45.

En términos amplios las normas jurídicas se dictan para ser cumplidas por todos, tanto por las personas privadas como por cualquier Administración pública o ente público. Este, y no otro, es el sentido que proclama la Constitución en su art. 9.1: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Teniendo como elemento rector este precepto, no se puede desconocer que la Administración pública, actúe o no como empleadora, ha de respetar todo el ordenamiento jurídico⁴⁸. En caso contrario, ante cualquier contravención será el propio ordenamiento jurídico el que establecerá la sanción que corresponda con independencia de la cualidad del sujeto infractor, de lo contrario el Estado de Derecho (art. 1.1 CE) sería simplemente una quimera.

Pero junto a la transgresión directa de una norma o conjunto de normas que puede llevar aparejada -en los casos más grave- la nulidad de lo actuado⁴⁹; sin perjuicio de lo anterior, otra manera de conculcar el sistema jurídico es mediante la institución que ha venido a denominarse fraude de ley⁵⁰. Algún representante de la doctrina ha descrito el fraude de ley de una manera muy sencilla y expresiva al indicar, que existe cuando «formalmente la ley se cumple; realmente se pretende su violación»⁵¹. Tomando como punto de partida esta descripción tan básica y útil, sin embargo se puede ofrecer una concepción más técnica, elaborada en su momento por la doctrina científica más señera, de tal modo que se entiende que nos encontramos ante el fraude de ley cuando la realización de «uno o varios actos que originan un resultado prohibido por una norma jurídica y al que se ampara en otra norma dictada con distinta finalidad»⁵².

Con base a estas nociones, la dinámica del fraude de ley supone la participación ineludible de dos normas, la defraudada y la de cobertura, de tal manera que, por un lado, el acto o el negocio jurídico realizado en fraude de ley culmina con un resultado que conculca una norma jurídica (ley defraudada) y, sin embargo, por otro, la actuación del sujeto (o sujetos) se escuda en otra norma (ley de cobertura) que está prevista para una finalidad distinta⁵³. Si se observa cómo opera esta categoría su sutileza es encomiable; el agente no pretende engañar, todo lo contrario, su objeto es la infracción de una norma⁵⁴. Por esta razón, al situarse el agente o los sujetos en fraude de ley la consecuencia jurídica es doble: por un lado, la sanción no puede ser otra que la nulidad de pleno derecho (art. 6.3 Cc) y, por otro, tendrá que aplicarse de forma debida la norma que se trató de soslayar desplegando los efectos que esta prevea.

Pues bien, la Administración pública al elegir el contrato de interinidad por vacante no puede olvidar que está sometida, como cualquier otro sujeto (art. 9.1.3 CE), a deberes jurídicos u obligaciones

48 SSTC 35/1983, de 11 de mayo y 18/1984, de 7 de febrero.

49 Art. 6.3 Cc: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

50 Art. 6.4 Cc: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

51 Lasarte, C., *Principios de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, 26.a ed., Marcial Pons, Madrid, 2021, pág. 91.

52 De Castro y Bravo, F., *Derecho Civil de España, Tomo I, Parte general*, 2.a ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pág. 544.

53 Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J., «Capítulo 22. Elementos del negocio jurídico (I)», en Sánchez Calero, F.J. (Director), *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, 7.a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 216.

54 De Castro y Bravo, F., *Derecho Civil de España, Tomo I, Parte general*, op. cit., pág. 540.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
EL CONTRATO DE INTERINIDAD POR VACANTE Y
SU CALIFICACIÓN DE INDEFINIDO NO FIJO: UNA
APROXIMACIÓN HERMENÉUTICA A TRAVÉS DE LA TEORÍA...

615

y principios que tiene que cumplir para la protección de interés general (art. 103.1 CE), todo ello con independencia de que su actuar esté bajo la cobertura del Derecho del Trabajo o del Derecho Administrativo. En puridad si la Administración-empleadora incumple los plazos, desde nuestro punto de vista, no puede argüir como causa de justificación precisamente en ese interés general, al ser ella misma la que se ha colocado en una situación que ha de calificarse como de fraude de ley⁵⁵.

Este actuar fraudulento se puede clasificar en dos tipos: originario o derivado. Será originario cuando desde un inicio la Administración-empleadora es consciente de que tiene una necesidad estructural y que la misma no será cubierta en el plazo que al efecto le establece la Ley, pero, sin embargo, utiliza -fraudulentamente- la normativa relativa a la contratación laboral (art. 15.1.c) del ET y art. 4.1. *in fine* del R.D. 2720/1998), eludiendo con intención infractora toda la normativa sobre la contratación indefinida. Por el contrario, en el fraude de ley sobrevenido hay que distinguir dos períodos: un primer momento en donde la empleadora aplica la normativa sobre contratación laboral porque entiende que el proceso de cobertura de la vacante se realizará en el plazo previsto legalmente (art. 70 EBEP); y un segundo momento, que opera por virtud del transcurso de los tres años, con independencia de la actitud activa o pasiva de la Administración en instar el proceso selectivo, el contrato deviene o se coloca en fraude de ley *ipso facto* (art. 15.3 del ET).

En ambos tipos de fraude de ley, si nos atuviéramos a la ley general encarnada por el Código civil, habría que aplicar la «norma que se hubiera tratado de eludir»⁵⁶, esto es, la normativa sobre la contratación indefinida con lo que supondría reconocer al trabajador contratado de manera temporal por más de tres años la condición de fijo (art. 15.5 primer párrafo del ET en relación con el art. 15.3 de citado Cuerpo Legislativo). Sin embargo, como se está hablando de la Administración pública-empleadora la sanción no es esa, sino calificar la relación laboral de indefinida no fija pues «las irregularidades existentes en la contratación temporal no pueden determinar la declaración de fijeza en la plantilla», pues ello contravendría los cauces a través de los cuales la Administración debe seleccionar su personal ateniéndose para su acceso a los criterios de mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103.3 CE)⁵⁷, principios rectores que han sido plasmados en la legislación ordinaria como normas de carácter imperativo⁵⁸.

Esta es la postura que mantiene el Tribunal Supremo desde finales del siglo pasado concluyendo que: «la contratación laboral en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido»⁵⁹.

55 Antes de la STJUE, el Tribunal Supremo no mantenía una doctrina muy clara; así, en la STS de 24 de abril de 2019, recud. 1001/2017 se decantaba sin lugar a dudas por el fraude de ley, sin embargo, en la STS de 23 de julio de 2019, rec. 2610/2018, justificaba la prolongación de la relación laboral más allá de los tres años sin que existiera en modo alguno la figura del fraude de ley.

56 Art. 6.4. Cc.

57 Este es el sentir del Tribunal Supremo desde su STS de 20 de enero de 1998, recud. 317/1997.

58 Art. 55 EBEP: «1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico».

59 STS de 7 de octubre de 1996, recud. 3307/1996.

Ya vigente la Directiva 1999/70 relativa al Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, el Tribunal Supremo no varió ni modificó su doctrina⁶⁰. Siguió haciendo una interpretación restrictiva del marco jurídico que regula la contratación laboral temporal, negando al trabajador la condición de indefinido no fijo⁶¹, aunque la relación laboral hubiera durado más de tres años.

Ha tenido que dictarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19) para que esta última doctrina jurisprudencial de negar la condición de indefinido no fijo a los trabajadores que firmaron con la Administración pública-empleadora un contrato de interinidad por vacante que se ha desenvuelto más allá del tiempo establecido legalmente, deba modificarse. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea colige que esta doctrina de nuestro Alto Tribunal resultante de interpretar el Derecho interno es incompatible con los objetivos marcados por la Directiva 1999/70.

En relación al tema que nos ocupa, cierto es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no entra a discutir si los contratos de interinidad por vacante se celebran en fraude de ley, pero no es menos cierto, que sí reputa como abusiva la práctica de la Administración-empleadora al concertar uno o varios contratos de esta naturaleza cuando finalmente se exceden del plazo de tres años, negándoles a los trabajadores la calificación de indefinidos no fijos. En definitiva, el Tribunal de Justicia de la Unión parece inclinarse por la figura del abuso del derecho más que por la existencia del fraude de ley. No obstante, sea de una u otra forma, si deja claro que la interpretación que el Tribunal Supremo hacía de la norma interna era contraria al efecto útil que proclama la referida Directiva.

4.3. El abuso del derecho

Los tribunales a la hora de resolver los litigios ante ellos planteados con ocasión de los contratos temporales en su modalidad de interinos por vacante, en no pocas ocasiones utilizan expresiones como, «abuso, abuso de derecho en la contratación temporal» o términos equivalentes concernientes o relativos a la manera de actuar, o no, de la Administración-empleadora⁶²; por esta razón se va a tratar, aunque de manera sucinta, esta categoría de exlralimitarse en el ejercicio del propio derecho.

Esta figura propia de la teoría general del Derecho parte de una premisa: en principio, todo titular de un derecho cuando lo ejerce lo hace de manera lícita y, por tanto, de conformidad con el ordenamiento jurídico, aunque ese ejercicio produzca un daño a otro. Sin embargo, si como consecuencia del ejercicio de ese derecho se causa una lesión que una tercera persona no tiene por qué tolerar, se estaría en presencia del abuso del derecho.

Tradicionalmente el abuso del derecho ha sido estudiado desde dos perspectivas: la primera denominada subjetiva (defendida por Colmar y Lyon). Esta orientación se centra en que el abuso del

60 SSTS de 20 de junio de 2000, recud. 4282/1999; de 24 de abril de 2019, recud. 1001/2017.

61 SSTS de 18 de mayo de 2021, recud. 3199/2019; de 5 de mayo de 2021, recud. 1237/2019; de 2 de febrero de 2021, recud. 136/2021; de 18 de julio de 2019, recud. 598/2019.

62 Ejemplo de lo dicho es la STS de 28 de junio de 2021, recud. 3263/2019, resolución que se hace eco de la STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/2019), y que ha modificado toda la doctrina del TS en relación a la interpretación del contrato de interinidad por vacante. Sin embargo, desde mucho tiempo atrás el TS emplea esta terminología para condenar o absolver a la Administración, v.gr.: STS de 6 de octubre de 1995, recud. 1026/1995 y de 3 de febrero de 1998, recud. 400/1997.

derecho busca, o bien, perjudicar a un tercero, o bien, la conducta simplemente se realiza sin interés propio. La segunda perspectiva denominada objetiva (propuesta por Josseland), tiene su núcleo en el ejercicio antisocial y anormal del derecho. De tal manera que el abuso del derecho supone un ejercicio no conforme con la función social que todo derecho debe tener. Hoy en día, la doctrina defiende una aplicación conjunta, integradora y complementaria de ambas concepciones, sin dejar de desconocer las dificultades probatorias a la hora de demostrar la intención del agente en la concepción subjetiva⁶³.

El abuso de derecho antes de terminar incardinado en el Título Preliminar del Código civil, fue objeto de atento estudio primero por la doctrina científica⁶⁴, para posteriormente ser reconocida y aplicada por la jurisprudencia, siendo en este sentido emblemática la STS de 14 de febrero de 1944 (sentencia núm. 43), en donde perfila el concepto del abuso del derecho haciendo referencia a la tesis de Calvo Sotelo.

Esta resolución condensa los elementos primordiales del abuso del derecho, que pasamos a reproducir: primero, se realiza un uso del derecho objetiva o externamente ilegal; segundo, implica la producción de un daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica y, tercero, la extralimitación en el uso de ese derecho conlleva la inmoralidad o el carácter antisocial de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anomalía en el ejercicio del derecho)⁶⁵.

Teniendo presente estos elementos elaborados por la doctrina jurisprudencial, la doctrina científica recapitula o compendia la institución del abuso del derecho formulando los siguientes requisitos: primero, será necesario una acción u omisión, una conducta activa u omisiva por parte del agente con motivo del ejercicio del derecho que será considerado abusivo. La conducta negativa puede ser abusiva si el sujeto tiene un deber jurídico de actuar y no lo hace; segundo, el ejercicio tendrá que ser extralimitado, con independencia de que sea consecuencia de una acción u omisión, en el sentido de suponer un ejercicio antisocial; tercero, el ejercicio del derecho ha de suponer un daño para tercero que no esté obligado a soportar; y, por último, esa manera de proceder ha de ser calificada como una acción u omisión abusiva, teniendo presente no solo la intención de causar un daño a tercero, sino también cuando el ejercicio es anormal o antisocial⁶⁶.

A tenor de estas ideas básica sobre el abuso del derecho, se está en condiciones de incardinar como la actuación de la Administración-empleadora se ajusta a la figura estudiada, con independencia de que el Tribunal Supremo no lo haya considerado así, hasta que se ha visto obligado de cambiar su doctrina por mor de la Sentencia de 3 de junio de 2021 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-726/2019). A estos efectos se puede comprobar como el comportamiento de la Administración- empleadora concuerda con la figura ahora tratada.

63 Lacruz Berdejo, J. L., Luna Serrano, A. y Rivero Hernández, F., *Elementos de Derecho Civil I, Parte General del Derecho Civil, Volumen tercero, El Derecho Subjetivo*, 1.ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1984, págs. 117 a 120.

64 Sobre esta figura jurídica es de referencia básica la tesis de: Calvo Sotelo, J., *El abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, con prólogo del Excmo. Sr. Gumersindo Azcárate, Editorial Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1917.

65 STS de 14 de febrero de 1944, sentencia núm. 43. Ponente Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas. Resolución judicial en cuyo contenido, como se ha apuntado, se hace referencia a la tesis de Calvo Sotelo.

66 Sánchez Calero, F. J., «Capítulo 19. Dinámica del derecho subjetivo», en Sánchez Calero, F. J. (Director), *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 275 y 276.

En primer lugar, tras celebrarse el contrato de interinidad por vacante entre el trabajador y la Administración, negocio jurídico en principio correcto, con el transcurrir del tiempo y la inacción u omisión de la Administración-empleadora hace que su conducta se torne abusiva. Además, la propia Administración tiene un deber jurídico muy concreto, que no es otro que promover el proceso selectivo en determinado espacio temporal conforme a la legalidad vigente.

En segundo lugar, la Administración-empleadora al dejar transcurrir el tiempo, en ocasiones decenios, materializa una actitud displicente que culmina, a todas luces, con una extralimitación en el ejercicio del derecho de carácter antisocial e inhumano, máxime cuando la Administración ha de velar, no solo por el interés general, sino también por el interés de sus propios trabajadores que conforman, precisamente, también ese interés general.

En tercer lugar, la actitud omisiva de la Administración-empleadora causa un daño al trabajador que este no tiene la obligación de soportar; perjuicio que se materializa en la inestabilidad laboral. Si la Administración no cumple con los deberes legales que le incumbe, ese incumplimiento debería perjudicar a la propia Administración, no a su trabajador que lo único que ha hecho es servir -desde su puesto de trabajo- a los intereses que encarna esa Administración para la que trabaja, que es el interés de todos los ciudadanos.

Por último, y atendiendo a las tres consideraciones que se acaban de apuntar, la conducta omisiva de la Administración-empleadora no puede tener otro calificativo que abusiva. En términos genéricos, para denominar la conducta omisiva de abusiva la doctrina antes referida indica que se tendrá presente dos parámetros con distinta incidencia según los casos. Así, por un lado, el elemento subjetivo, esto es, la intención de dañar a un tercero (en nuestro caso al trabajador) y, por otro, el elemento objetivo materializado en el ejercicio anormal o antisocial del derecho. La Administración no creo que tenga la intención concreta y determinada de prolongar esa situación de interinidad para perjudicar al trabajador; ahora bien, no cabe duda que su actitud omisiva supone un ejercicio anormal y antisocial de su derecho, conculcando además el deber jurídico de proveer la plaza reglamentariamente, hecho que supone -repito- un daño para tercero, el trabajador; que no está obligado a soportar la dejadez -contraria a Derecho- de la Administración-empleadora.

Sin embargo, a pesar de quedar claro que existen todos y cada uno de los elementos que atesora esta figura, el Tribunal Supremo -salvo alguna excepción⁶⁷- busca algún tipo de justificación (irregularidad formal⁶⁸, en los últimos años de naturaleza económica⁶⁹). Esta actitud abusiva contraria a Derecho de la Administración está amparada indirectamente por el hecho de que ni el Derecho de la Unión de nuestro sistema normativo prevén sanciones que desmerezcan seriamente esta forma de actuar, más allá de considerar al trabajador indefinido no fijo y corresponderle determinada indemnización.

67 STS de 24 de abril de 2019, recud. 1001/2017.

68 SSTS de 10 de julio de 1996, recud. 3468/1995; de 9 de octubre de 1997, recud. 505/1997 y de 3 de febrero de 1998, recud. 400/1997.

69 SSTS de 5 de mayo de 2021, recud. 1237/2019; de 2 de febrero de 2021, recud. 282/2019; de 18 de julio de 2019, recud. 1010/2018.

5. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Con independencia de que nuestro Tribunal Supremo haya tratado de resolver los litigios sobre el contrato de interinidad por vacante ante él planteados utilizando de manera errática y sin excesiva precisión jurídica los términos, fraude de ley y abuso de derecho, es lo cierto, que ha olvidado por completo los principios que informan nuestro sistema jurídico. Principios que, por otro lado, nos sirven para interpretar y aplicar las normas sobre el contrato de interinidad por vacante de manera coherente con el resto del ordenamiento normativo dado precisamente ese carácter no solo informador, sino también integrador⁷⁰.

Como dijo un relevante representante de la doctrina la denominación de principios generales del Derecho de por sí es ya un auténtico acierto, pues son «verdaderos principios en sentido ontológico, que informan la institución en que se manifiestan, y no meras máximas o reglas heurísticas; son a la vez generales, esto es, procedentes de una estimativa objetiva y social, no de la apreciación retórica y singular de una supuesta “justicia del caso concreto”, de una “justicia del cadí”»⁷¹. Con estas palabras se reclama un auténtico protagonismo de los principios generales del Derecho, no solo como fuente supletoria de segundo grado, sino, sobre todo, como elementos que permiten una más adecuada labor hermenéutica al interpretar y aplicar el Derecho positivo.

Los principios generales del Derecho están compuestos por dos sustratos que se entrecruzan: el primero, está conformado por aquellos principios de Derecho natural immanentes en todo ser humano y, el segundo, por los principios lógicos-sistemáticos que se materializan por inducción de las disposiciones a que se refieren⁷², o los que resultan de nuestro marco normativo también por vía de inducción⁷³. Desde esta última acepción es indudable como el Tribunal Supremo se ha alejado de los principios propios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico en general, y de los principios que inspiran particularmente el Derecho del Trabajo en particular y, de manera muy concreta, de los principios que inspiran la contratación temporal.

El carácter informador de los principios generales del Derecho es mucho más relevante de lo que se pueda creer o percibir, pues informar implica que los principios jurídicos propios de ese sistema normativo tienen un valor «sobre y dentro de tales normas, puesto que representan la razón suprema y el espíritu que las informa»⁷⁴. Dicho lo anterior, nuestro Tribunal Supremo parece obviarlos con justificaciones de todo tipo, faltando a la verdadera naturaleza causal de la contratación laboral temporal.

Conforme a estas premisas generales sobre los principios generales del Derecho, no cabe la menor duda, que la Administración-empleadora ha mantenido una actitud abusiva (art. 7.2 Cc), obviando principios constitucionalizados en el art. 9.3 de la CE, tales como: el principio de legalidad, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Principios que, además, no han sido tenidos en cuenta por el Tribunal Supremo al interpretar y

70 Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M.^a E., *Derecho del Trabajo*, 19.^a ed., Civitas, Madrid, 2001, pág. 972.

71 García de Enterría, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016 (reimpresión de la primera edición de 1984), pág. 79.

72 Lasarte, C., *Principios de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, op. cit., 45.

73 Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A. y Luna Serrano, A., *Elementos de Derecho Civil I, Parte General del Derecho Civil, Volumen primero, Introducción*, 1.a ed., Librería Bosch, Barcelona, 1982, pág. 182.

74 Del Vecchio, G., *Los principios generales del Derecho*, Olejnik, Santiago de Chile, 2017, pág. 123.

aplicar el art. 4 del R.D. 2720/1998, de 18 de diciembre, en concordancia con el art. 70 del EBEP, a la hora de resolver los litigios ante él planteados sobre el contrato de interinidad y, de manera específica, sobre el reconocimiento al trabajador de la condición de indefinido no fijo. Es más, de manera elocuente el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea no entiende cómo la sucesión o la prórroga de contratos temporales *sine die* no es considerada abusiva por el Tribunal Supremo⁷⁵.

Nuestro más Alto Tribunal ha realizado una labor interpretativa de la normativa nacional sobre el contrato de interinidad por vacante disconforme con el Derecho de la Unión, y más concretamente, con los objetivos propuestos por la Directiva 1999/70 dejándola sin contenido. Olvida, tal y como le recuerda el Tribunal de Justicia de la Unión, que el juez nacional tiene la obligación de interpretar y aplicar su Derecho interno en concordancia con el Derecho de la Unión y, por tanto, de la Directiva 1999/70 teniendo como límite los principios generales del Derecho, y de manera especial, la irretroactividad y la seguridad jurídica⁷⁶.

Pero también olvida el principio informador por antonomasia del Derecho del Trabajo: el principio pro operario inspirador de toda esta rama del Derecho. Este principio capital del Derecho del Trabajo puede ser tratado desde un doble punto de vista: el primero, como principio informador de esta parcela del sistema jurídico y, segundo, como criterio hermenéutico a la hora de interpretar y aplicar la ley laboral.

Desde el primer prisma apuntado, el principio tiende a proteger, por un lado, a la persona del trabajador (función tuitiva) y, por otro, busca reequilibrar contractualmente a los sujetos del negocio jurídico laboral (función compensadora). Como se observa el principio pro operario, desde este primer prisma, enfoca de manera abstracta y teórica la promoción de los intereses laborales del trabajador y que esa defensa quede plasmada en el sistema jurídico laboral.

Dejando de lado este nivel más abstracto, y ya desde la segunda óptica enunciada más estricta y aplicativa, el principio pro operario se ha de utilizar como canon hermenéutico ante las posibles dudas que puedan surgir en el momento de interpretar y aplicar determinada norma, en nuestro caso, las normas relativas a la interinidad por vacante⁷⁷.

Pues bien, el Tribunal Supremo en las resoluciones ya enunciadas con anterioridad en la que deniega al trabajador la condición de indefinido no fijo, lleva a término una interpretación y aplicación del Derecho interno laboral desconociendo el principio pro operario desde su doble vertiente: por un lado, su carácter tuitivo al amparar contratos temporales que se prolongan durante lustros y, por otro, como criterio exegético para dilucidar la interpretación más acorde con el Derecho europeo.

En definitiva, si el Alto Tribunal español hubiera tenido en consideración todos estos elementos que se han planteado, tal vez, la solución a la que hubiera llegado estaría más próxima a la auténtica finalidad de las normas que regulan el contrato de interinidad por vacante.

75 STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726-2019), párrafos 20 y 21.

76 STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726-2019), párrafo 84.

77 Martín Valverde, A., «Consideraciones sobre el principio “Pro Operario”», *Ius et veritas*, núm. 5, 1992, págs. 83 y 84.

6. REFLEXIONES FINALES

Tras estas breves consideraciones de como, por un lado, ha actuado la Administración- empleadora y como, por otro, ha interpretado y aplicado el Tribunal Supremo el Derecho interno y la Directiva 1999/70 en los litigios sobre el contrato de interinidad por vacante hasta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 3 de junio de 2021, se pueden hacer las siguientes conclusiones:

Primera: relativa a la actuación de la Administración-empleadora. Al formar parte de la Unión Europea tenemos un Derecho interno, en este caso, relativo a la contratación de duración determinada, y de manera concreta, el contrato de interinidad por vacante que ha de ser aplicado e interpretado -por todos los poderes públicos- de conformidad con el Derecho de la Unión y, de forma especial, atendiendo a la Directiva 1999/70 y al Acuerdo Marco que contiene. El objetivo de esta Directiva es claro: arbitrar una serie de medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de los contratos de duración determinada.

Tomando como punto de partida lo que se acaba de decir, la Administración- empleadora se sirve, en principio, de manera regular del contrato de interinidad por vacante para cubrir un puesto de trabajo que será ocupado de forma definitiva tras la organización del oportuno proceso selectivo. Sin embargo, la Administración- empleadora deja transcurrir el tiempo e incumple su deber jurídico de organizar en el plazo previsto legalmente el citado proceso selectivo para la cobertura de la plaza vacante. Esta forma de proceder por el órgano contratante implica que la duración del contrato -temporal- queda al arbitrio del empleador, lo que no es más que una actitud de fuerza (no se puede olvidar que se está hablando de la Administración pública), que se puede calificar como abusiva por parte de la Administración.

Pero en estos casos, el empleador no es ni más ni menos que la Administración pública que tiene un plus de sometimiento al principio de legalidad y que, además, ha de velar por mantener la seguridad jurídica. La Administración no puede ser considerada como un empleador más, en cuanto que debe ser la encarnación del sometimiento a la ley y al Derecho. Su actitud omisiva al no proveer la plaza mediante el correspondiente proceso selectivo solo puede ser calificado de arbitrario (art. 9.3 CE) y, por ende, abusivo.

De este modo y de manera insistente se ha de señalar que, la Administración está sometida a la Constitución y a todo el ordenamiento jurídico (arts. 9.1 y 103 y demás concordante de la CE), no obstante, lo incumple de manera manifiesta sabedora de esa posición de fuerza que tiene en el negocio jurídico laboral, desnaturalizando -de hecho- un contrato de duración determinada en donde es precisamente esencial el concepto de «duración».

Segunda: relativa a la actuación del Tribunal Supremo. Pero a todo lo anterior, hay que unir, y esto es lo más clamoroso, la deficiente interpretación que hace el Tribunal Supremo de ese Derecho interno relativo a la contratación temporal. Exégesis que hace sin tener presente la Directiva 1999/70 y, por tanto, desconociendo la finalidad y efecto útil que esta preconiza. Lleva a término una labor hermenéutica del art. 15 del ET y de su normativa de desarrollo que permite perpetuar las distintas conductas abusivas por parte de la empleadora (Administración), fomentando de manera indirecta el trabajo precario.

Esta interpretación del Tribunal Supremo niega al trabajador, que ha mantenido durante lustros una relación jurídico laboral con la Administración, la condición de trabajador indefinido

no fijo, además de privarle de cualquier tipo de indemnización llegado el momento de la extinción del contrato de interinidad por vacante. Y le niega esta condición de indefinido no fijo arguyendo, entre otros motivos: primero, que la no puesta en marcha del proceso selectivo es una mera irregularidad que no afecta a la naturaleza temporal del contrato; segundo, que ha de prevalecer el interés general sobre el particular del trabajador; tercero, esa calificación iría contra la forma de acceso a la función pública de acuerdo con los parámetros de mérito y capacidad y, por último, por motivos económicos-presupuestarios.

Todas estas razones desarrolladas por el Tribunal Supremo en sus resoluciones, solo «preman» al empleador que ha incumplido sus deberes jurídicos y, que está sometido de manera muy particular, a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE). Es más, esta interpretación se aparta, primero, de los principios generales del Derecho que fundamentan nuestro sistema normativo (legalidad, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ejercicio de los derechos conforme a la buena fe, por ejemplo) y, en segundo término, de los principios inspiradores del Derecho del Trabajo y, de manera muy particular, el principio pro operario. De este modo, el requisito de causalidad que preside este tipo de contrato queda soslayado y desnaturalizado en razón de quién es el empleador: la Administración.

El Tribunal Supremo no puede obviar, como le recuerda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que puede y debe realizar una interpretación del Derecho interno conforme al Derecho de la Unión ateniéndose a los mecanismos interpretativos que el propio Derecho nacional reconoce (art. 3 Cc) y en el que juegan un papel preponderante los principios generales del Derecho, al objeto de materializar en sus resoluciones la finalidad perseguida por la Directiva 1999/70, que no es otra, que evitar y, en su caso, sancionar el abuso de la contratación temporal calificando la relación jurídica laboral de indefinida no fija.

Para terminar, aunque haya tenido que ser el Tribunal de Justicia de la Unión el que «abriera» el camino interpretativo -más acorde con los principios generales del Derecho- a nuestro Alto Tribunal, no podemos perder la fe en él, pues como dijo un prestigioso jurista: «para encontrar la justicia es necesario serle fiel»⁷⁸, premisa que no debemos olvidar todos aquellos que nos dedicamos, de una u otra forma, al mundo del Derecho que se puede concretar en su aspiración máxima: la Justicia como valor y componente insoslayable de nuestro Estado de Derecho.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M., *La aplicación del Derecho del Trabajo*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1970.

ALONSO OLEA, M., *Introducción del Derecho del Trabajo*, 7ª ed. al cuidado de M.a Emilia Casas Baamonde y Enrique Alonso García, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.a E., *Derecho del Trabajo*, 19.a ed., Civitas, Madrid, 2001.

⁷⁸ Calamandrei, P., *Elogios de los jueces escrito por un abogado*, 2.ª reimpresión, Editorial Reus, Madrid, 2013, pág. 27.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
EL CONTRATO DE INTERINIDAD POR VACANTE Y
SU CALIFICACIÓN DE INDEFINIDO NO FIJO: UNA
APROXIMACIÓN HERMENÉUTICA A TRAVÉS DE LA TEORÍA...

623

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, 2.a ed., Comares, Granada, 2014.

BELTRAN DE HEREDIA RUÍZ, I., *La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal e indefinida del contrato. Manifestaciones de la conservación del contrato de trabajo*, 1.a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

CALAMANDREI, P., *Elogios de los jueces escrito por un abogado*, 2.a reimpresión, Editorial Reus, Madrid, 2013.

CALVO SOTELO, J., *El abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Editorial Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1917.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo Primero. Introducción y Parte General. Volumen Segundo. Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos*, 15.a ed., revisada y puesta al día por Antonio M. Román García, Reus, Madrid, 2007.

CASTILLO BLANCO, F. A., *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público. Especial referencia al abuso del Derecho*, 1.a ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2008.

CERVILLA GARZÓN, M.a J., *Jurisprudencia y doctrina sobre el concepto del trabajador dependiente en el siglo XXI*, 1.a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I, Parte general*, 2.a ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.

DE GRIJALBA, A. R., *El contrato de trabajo ante la razón y el derecho*, 2.a ed., Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, Madrid, 1922.

DE LA VILLA GIL, *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, Granada, 2003.

DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del Derecho*, Olejnik, Santiago de Chile, 2017.

GARATE CASTRO, J., *Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo*, 3.a ed., Netbiblo, La Coruña, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 12.a ed., Thomson Civitas, Madrid, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016 (reimpresión de la primera edición de 1984).

GUASP, J., *Derecho*, Gráficas Hergón, Madrid, 1971.

JOVER RAMÍREZ, C., *La protección de los whistleblowers en el seno de la relación jurídico laboral. Una mirada al panorama actual con perspectiva de futuro*, Laborum, Murcia, 2020.

JOVER RAMÍREZ, C., «La centralidad de la figura del interino laboral en el empleo público», en el seno de las XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y

Relaciones Laborales, sobre el «Análisis actual de la contratación laboral», celebradas en Cádiz, los días 25 y 26 de noviembre de 2021. <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/formacion/39-jornadas-universitarias>. (Web visitada el día 21 de enero de 2022).

KAHN-FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, Comares, Granada, 2019.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A. y LUNA SERRANO, A., *Elementos de Derecho Civil I, Parte General del Derecho Civil, Volumen primero, Introducción*, 1.a ed., Librería Bosch, Barcelona, 1982.

LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil I, Parte General del Derecho Civil, Volumen tercero, El Derecho Subjetivo*, 1.a ed., Librería Bosch, Barcelona, 1984.

LUNA SERRANO, A., *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, Dykinson, Madrid, 2019.

MARTÍN VALVERDE, A., «Consideraciones sobre el principio “Pro Operario”», *Ius et veritas*, núm. 5, 1992, págs. 83 y 84.

MOLERO MANGLANO, C., *La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho y Trabajo*, Civitas, Madrid, 1997.

NAVARRO NIETO, F., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. y GÓMEZ MUÑOZ, J. M. (Directores), *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2011.

PALOMEQUE, M. C., «La construcción institucional del Derecho del Trabajo», *Trabajo y Derecho*, núm. 83, 2021 (versión electrónica), págs. 1 a 9.

PÉREZ BOTIJA, E., *El contrato de trabajo*, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1945.

RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Comares, Granada, 2010.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Capítulo 22. Elementos del negocio jurídico (I)», en SÁNCHEZ CALERO, F. J. (Director), *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, 7.a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ROMÁN DE LA TORRE, M.a D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992.

SÁNCHEZ CALERO, F. J., «Capítulo 19. Dinámica del derecho subjetivo», en SÁNCHEZ CALERO, F. J. (Director), *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, 7.a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2009.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA
LA SUBCONTRATACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS, SU POSTERIOR
REVERSIÓN Y LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO FIJO: LA PROBLEMÁTICA
Y LA DIFICULTAD DE LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO

JORGE BAQUERO AGUILAR
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

1. Introducción
2. La subcontratación pública y la figura del indefinido no fijo
3. La indeterminación de los datos estadísticos
4. El fenómeno de la subcontratación en el marco de la Administración Pública
 - 4.1. La subcontratación de servicios: los problemas derivados de la aplicación del artículo 42 del ET
 - 4.2. De la cesión ilegal de trabajadores: el artículo 43 del ET
 - 4.3. La sucesión de empresas: a vueltas con la reversión de servicios públicos (la incidencia del artículo 44 del ET)
5. De las posibles soluciones
6. Conclusiones
7. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La subcontratación de servicios públicos por parte de las Administraciones Públicas de nuestro país (en adelante AAPP) ha ido proliferando a lo largo de los años conforme se han ido introduciendo las políticas neoliberales que se han manifestado en una colaboración público-privada en la gestión de dichos servicios de titularidad pública. Como consecuencia de una compleja interrelación del Derecho administrativo y laboral y de la colisión normativa, también ha ido proliferando en el seno de nuestras instituciones la figura del indefinido no fijo toda vez que se produce una reversión de los servicios. No obstante, la indeterminación de los datos estadísticos oficiales no permite llegar a obtener el número exacto de dicha categoría de personal de creación jurisprudencial.

Como consecuencia de la interrelación normativa, ciertos preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) en materia de subcontratación han provocado el acceso al empleo público de nuestro país de esta categoría de personal siempre que se produzcan una serie de circunstancias. Dichos criterios han sido delimitados de forma jurisprudencial tanto por nuestro Tribunal Supremo (en adelante TS) como por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). De manera que, una vez que se produzca una reversión de servicios públicos, y siempre que concurren una serie de requisitos previstos en los arts. 42, 43 y 44 del ET y definidos por la jurisprudencia, el personal que formaba parte de la empresa subcontratante pasaría a formar parte de nuestro sistema de empleo público.

Las posibles soluciones que se han adoptado al respecto han pasado por diversos procesos de consolidación de empleo a lo largo de décadas. A pesar de las últimas modificaciones introducidas en nuestro ordenamiento jurídico por parte de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (en adelante Ley 20/2021, de 28 de diciembre), de las vertidas por parte del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre) y de las adoptadas por la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 (en adelante LPGE 2022), no se ha llevado a cabo hasta el momento ninguna modificación tanto de la normativa administrativa como de la laboral para que este tipo de situaciones terminen de suceder. Tampoco se han adoptado medidas suficientes por parte del legislador para que la precarización de las relaciones laborales en el seno de nuestras instituciones derivada de estas circunstancias deje de considerarse como parte importante de las innumerables controversias y deficiencias que alberga nuestro sistema de empleo público.

2. LA SUBCONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO FIJO

Es sabido que las AAPP tienen la posibilidad de recurrir al mercado mediante el mecanismo de la subcontratación de servicios públicos. En ese sentido, y en base a lo previsto en el art. 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), el ámbito subjetivo de aplicación es enormemente amplio, por lo que una gran cantidad de Administraciones y de organismos pertenecientes a un vasto sector público institucional pueden delegar

la realización de actividades que les son propias por ley en empresas privadas mediante una relación de colaboración público-privada. Para que dicha articulación se pueda llevar a cabo, la norma fundamental que regula la subcontratación de servicios públicos es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP)¹.

La problemática que se plantea en relación a la controvertida figura del indefinido no fijo² gira en torno a una posterior reversión de servicios públicos al tener que volver a asumir las Administraciones dichos servicios en base a la potestad que les infiere la ley. El art. 308.2 (párrafo 2º) de la LCSP establece que, a la extinción de los contratos de servicios “no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante”. A pesar de dicha prohibición expresa, el art. 98.1 de la misma LCSP deja abierta una posibilidad de asunción de plantilla cuando establece que, “en los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas”. Con lo cual, esta posibilidad podría materializarse de una forma efectiva, en su caso. Así lo pone de manifiesto también el apartado 3 del art. 130 de la LCSP: “en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”. En esa misma línea, el apartado 6 del mismo art. 130, determina que, “el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación”. Por su parte, en el art. 312.f) se establece que, en los casos donde “la prestación de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía”, dichas actividades se han de efectuar en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante “a efectos de evitar la confusión de plantillas”. De manera que, como consecuencia de la compleja interrelación de las normas, en numerosas ocasiones, la Administración reversora, cuando se cumplan una serie de circunstancias, ha de asumir la plantilla de la empresa subcontratante con la calificación jurídica de indefinido no fijo, produciéndose lo que, en cierta forma, podría considerarse como un acceso al empleo público de nuestro país de una forma impropia. Lo analizaremos con mayor detalle *ut infra*.

Dicha categoría de empleado público, de creación jurisprudencial y de largo recorrido ya en el seno de nuestro sistema de empleo público, a pesar de haber sido incorporada en el TREBEP (ex art. 8.2.c)) no ha sido desarrollada de una forma adecuada por parte del legislador.

1 Cfr. Gómez Gil, M.A., *Guía práctica de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

2 La figura del indefinido no fijo “(...) se trata de un concepto absolutamente ‘dinámico’” que ha experimentado “numerosos giros interpretativos” que ha permitido “la extensión de esta calificación a múltiples y heterogéneas situaciones (con importantes implicaciones conceptuales)”. Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Personal interino del sector público y nombramientos abusivos a la luz del asunto Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez”, *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak kudeatzeko Euskal Aldizkaria. Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 18, 2020, p. 12. Disponible en: file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Beltran_8_37.pdf .

Lo que se pretendía era dar una cobertura legal a los derechos adquiridos por parte de estos trabajadores que se encontraban en esta situación sin que se plantease una colisión con los preceptos constitucionales en materia de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. De forma que dicho empleado público permanecerá en el seno de nuestras Administraciones hasta que se amortice la plaza³ o se convoque la misma y no supere el proceso selectivo⁴. Esto ha generado una problemática en el seno de nuestras instituciones puesto que lo habitual ha sido la no convocatoria de los procesos de selección y la perpetuación del indefinido no fijo *sine die* en el seno de nuestras AAPP llegando, en muchos casos, a la jubilación de esta categoría de empleados públicos sin haberse resuelto la cuestión. De toda esta controversia no han escapado los empleados públicos que han adquirido dicha condición como consecuencia de una reversión de servicios. Y a pesar de que mediante Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2017 y 2018 (en adelante LPGE) se ha intentado poner coto a este tipo de prácticas, hasta el momento no se ha conseguido una solución definitiva al respecto⁵. Con lo cual, además del mecanismo de configuración legal que permiten dicha figura en base a lo preceptuado en los apartados 4 y 5 del art. 15 del ET⁶, derivado de esta serie de aporías normativas en materia de subcontratación y su posterior reversión, la figura del indefinido no fijo no ha hecho sino proliferar de una forma desmesurada a lo largo de los últimos años sin que las cifras oficiales muestren la realidad de la enorme dimensión que ha adquirido el asunto⁷. Y lo manifestamos de esta guisa porque no queda claro que dentro de los datos oficiales se incluyan las cifras reales de esta categoría de empleado público. Veámoslo.

3. LA INDETERMINACIÓN DE LOS DATOS ESTADÍSTICOS

Según los datos aportados por el Ministerio de Política Territorial y Función Pública a través del Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas de nuestro país⁸, a fecha de enero de 2021 contábamos con un total de 2.710.405 efectivos en el seno de nuestras Administraciones⁹. El aumento de las plantillas ha ido configurándose a lo largo de los

3 Sobre la cuestión de la amortización véase: Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Amortización simple de indefinidos no fijos: tampoco procede en las extinciones anteriores a la reforma de 2012”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 173, 2015, pp. 139-146.

4 En todo lo relativo a los procesos selectivos véase: Chaves, J.R., *Vademécum de oposiciones y concursos*, Salamanca, Editorial Amarante, 2019 (Sexta edición), pp. 211-420.

5 *In exemplum*: la Disp. adic. 26ª y 34ª de la LPGE 2017, y la Disp. adic. 43ª de la LPGE 2018.

6 Antes de la modificación introducida por parte del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, dichas obligaciones se encontraban en los apartados 3 y 5 del ET. También introducían elementos jurídicos vinculantes en ese sentido los apartados 1, 2 y 3 del la Disp. adic. 15ª ET que, después de la reforma laboral, se han limitado a lo que se establece tan sólo en el apartado 3 de dicha Disposición adicional.

7 *Vid in extenso* sobre esta controvertida figura: Beltrán de Heredia Ruiz, I., *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2021.

8 Ministerio de Política Territorial y Función Pública. Registro Central de Personal. Boletín Estadístico de Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, enero de 2021. Disponible en: http://www.mptfp.es/dam/es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/200701_Boletin_julio_2021.pdf.pdf.

9 Aunque, según datos obtenidos de la Encuesta de Población Activa (EPA), el empleo público ha aumentado en 42.100 personas en el año 2020. Con lo que, para la EPA, nuestro empleo público cuenta en ese año con un total de hasta 3.439.600 personas. Datos obtenidos de: Encuesta de Población Activa (EPA), Segundo trimestre de 2021, Instituto Nacional de Estadística (INE). Disponible en: <https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0221.pdf>.

años conforme se fue desarrollando el proceso autonómico y la asunción de competencias por parte tanto de las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) como de las Entidades Locales (en adelante EELL)¹⁰. Con un considerable repunte de los efectivos en torno al año 2011, y a pesar de que las cifras oficiales muestran que descendieron a partir de 2012, parece que, aunque las cifras oficiales así no lo reflejen, el aumento de efectivos en la categoría de indefinidos no fijos ha sido un hecho como consecuencia de que nuestras AAPP han asumido gran parte de empleados públicos con motivo de la profunda crisis económica que tuvo su mayor grado de virulencia e incidencia en torno al año 2012¹¹. En ese sentido, parece que durante la época de crisis económica que azotó nuestro país desde el 2008 hasta el 2015 aproximadamente, el sector público ha absorbido gran parte de personal que habitualmente formaba parte del sector privado¹². La mayoría de ellos bajo la consideración de indefinidos no fijos y con el dato importante de que no todos ellos tienen reconocida dicha categoría vía jurisprudencial. Es decir, nuestras AAPP han asumido mucho personal en sus filas para paliar el duro revés del desempleo durante la crisis, lo que contrasta con la paralización de los procesos selectivos y con el no cumplimiento efectivo de las tasas de reposición en el marco de nuestras instituciones. Además de proliferar la figura del indefinido no fijo como mecanismos de sortear los límites legales introducidos¹³.

La controversia de los datos estadísticos no sólo es fruto de las diferentes fuentes a las que se puede acudir¹⁴, sino que también del hecho de que no queda claro al analizar las cifras oficiales tanto el número exacto como si se incluyen o no en las mismas los datos de los indefinidos no fijos. Como hemos anunciado, y con carácter oficial, en la actualidad contamos con un total de 2.710.405 empleados públicos¹⁵. El 18.98% (514.514 efectivos) pertenecen al sector público del

10 Para Sánchez Morón, “todavía en 1982 la Administración del Estado contaba aproximadamente 1.150.000 de los 1.400.000 empleados públicos existentes, casi el 90 por 100”. Sánchez Morón, M., *Derecho de la función pública*, Madrid, Editorial Tecnos, 2018, pp. 51-52.

11 Sobre los efectos de la crisis económica de 2008 en los recortes en el empleo público véase: Arenilla Sáez, M. y Delgado Ramos, D., “¿Hay muchos empleados públicos en España? Eficiencia y efectividad en el contexto de la OCDE”, *Revista de Administración Pública*, 193, 2014, p. 324. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40204>.

12 Según los datos del INAP respecto al año 2017, la plantilla pública representaba “el 16,7% del total de asalariados de España. El porcentaje ha aumentado en los últimos años por la fuerte destrucción de empleo registrada en el sector privado”. Resaltar de esos datos aportados algo que nos llama poderosamente la atención, que es que “allí donde hay menos ocupados y una mayor tasa de paro, el peso del sector público sobre el total es mayor”. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). Datos disponibles en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507729>.

13 Aunque también ha sido, en ocasiones, el único mecanismo que han encontrado las AAPP de sortear los límites presupuestarios impuestos para poder incorporar el personal necesario para el desarrollo de los servicios. Para Losada *et al*, el comportamiento del empleo público de nuestro país en la pasada crisis económica “indica un primer indicio de flexibilidad del empleo público después de un nivel de estabilidad casi monolítico durante décadas”. Aunque es una flexibilidad centrada, sobre todo, “en las Administraciones Locales y en la Administración Pública Estatal, y sobre todo centrada en los colectivos no funcionariales, es decir, los contratados laborales y otros colectivos interinos o eventuales”. Losada, C., Albareda, A., Longo, F. y Férrez, M., *El empleo público en España: desafíos para un estado democrático más eficaz*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2017, p. 64.

14 *Vid in extenso*, al respecto de las distintas fuentes: Martínez Matute, M. y Pérez, J.J., “La evolución del empleo de las Administraciones Públicas en la última década”, *Banco de España. Boletín Económico*, 4/2017. Notas Económicas, 2017, p. 11 Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/NotasEconomicas/T4/fich/bene1704-nec12.pdf>.

15 A fecha de redacción de estas palabras no se han publicado las estadísticas oficiales del presente año 2022 por parte del Ministerio correspondiente.

Estado¹⁶. Por su parte, al sector público de las CCAA (consejerías y sus organismos autónomos y universidades) le corresponde el 59.63% del total (1.616.211 efectivos). Para terminar, al sector público de la Administración Local (Ayuntamientos, Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares) le corresponde el 21.39% del total (579.680 efectivos). Desde el punto de vista de la tipología o categoría de personal obtenemos que, del total de personal al servicio de las AAPP en nuestro país, el 53,31 % son funcionarios, el 24,34% son laborales y el 22,35% pertenecen a la categoría de otro personal (en términos porcentuales estas dos últimas categorías -laborales y otro personal- suman un total del 46,69 % de los efectivos de nuestras AAPP: casi la mitad de los empleados públicos de nuestro sistema). Dato muy significativo este último del 46,69% y a tener en cuenta en relación a la problemática de la temporalidad de los empleados públicos en nuestro país.

Llegados a este punto se hace necesario reseñar por nuestra parte que los datos que mostramos son las cifras oficiales y que, al parecer, dentro de las CCAA y de las EELL¹⁷ podría suceder que las cifras no sean las exactas y que pudieran aumentar en número, puesto que es bastante probable que el registro aducido no dé cabida a todo ese personal laboral (incluidos los indefinidos no fijos) que forma parte de nuestras Administraciones como resultado de una posible no comunicación exacta de datos al Registro Central de Personal por parte de todas las AAPP. Sobre todo, porque al consultar los datos del Boletín Estadístico del Personal no queda clara su inclusión. Se habla de personal funcionario de carrera, de personal estatutario de los Servicios de Salud, de personal laboral sin especificar sus modalidades; y en la categoría de otro personal, se incluye al personal eventual, al personal interino y al personal funcionario de plazas no escalafonadas (categoría de funcionario declarado a extinguir por la Ley 30/1984, de agosto en su Disp. adic. 1ª). Lo mismo sucede cuando analizamos las cifras de los empleados públicos que pertenecen a Organismos Instrumentales, Empresas Públicas, Fundaciones Públicas, Consorcios, etc. Sin contar, además, con todo aquel personal laboral que forma parte de nuestro empleo público -en clara referencia a los indefinidos no fijos- que no ha accedido por los cauces legales sino vía jurisprudencial o vía subrogación empresarial. Un colectivo éste último que, generalmente, suele no ser tenido en cuenta en los datos estadísticos puesto que, aunque formen parte del empleo público a todos los efectos, en puridad no se les considera como empleados públicos (al menos a efectos estadísticos por algunas AAPP). Así lo ponen de manifiesto los responsables de Recursos Humanos consultados en el caso de las pequeñas y medianas EELL.

Lo que realmente se pretende poner de relieve es el hecho de que, aunque el porcentaje oficial admitido de temporalidad en el seno de nuestras AAPP está por encima del 30%¹⁸, realmente, como resultado de esa imprecisa aportación de datos oficiales y de esa posible falta de inclusión en los mismos del personal indefinido no fijo, podría suceder que el porcentaje real

16 Aunque si obviamos los datos de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los de la Administración de Justicia, realmente, a la AGE le corresponde tan sólo el 8,46% del total del personal al servicio de nuestras Administraciones (229.348 efectivos).

17 La problemática laboral en las EELL es analizada por parte de: Vila Tierno, F.A., *Problemática en materia de contratación laboral en la Administración Pública Local*. Algunas cuestiones de actualidad, Granada, Editorial Comares, 2018.

18 Según la EPA, en el tercer trimestre de 2021 la temporalidad en el empleo público alcanzaba el 31,6%. *Vid. CCOO, Análisis EPA 3º Trimestre 2021 sobre empleo público*, Nota de prensa, 29 octubre 2021. Disponible en: <https://fsc.ccoo.es/53e262e790f454b0fcc820882c0da76d000050.pdf>.

de temporalidad rebase -en ocasiones- el 40 y hasta el 50% del total de la plantilla¹⁹. Las EELL consultadas de forma extraoficial -sobre todo las pequeñas y medianas- avalan esta cuestión. Por poner tan sólo un caso: en una EELL de menos de 5.000 habitantes puede haber en torno a 30 empleados públicos. De ellos, sin contar con el habilitado nacional, tan sólo puede haber 1 ó 2 funcionarios de carrera, 1 ó 2 funcionarios interinos y, el resto, serían indefinidos no fijos a los que, en su gran mayoría, ni si quiera se les ha reconocido dicha categoría vía jurisprudencial. Por su parte, en el marco de una Entidad Local mediana los indefinidos no fijos podrían doblar la cifra. Por lo que podría darse el caso de que esta categoría de personal ascendiese a más del 50 o del 60% del total de la plantilla. Con lo cual, a esa controversia de los interinos²⁰ tan de actualidad desde el punto de vista legal se le podría sumar, además, la de los indefinidos no fijos que han sido asumidos por parte de las EELL y de CCAA (pero sobre todo en las primeras) en los años de dura crisis económica. Sin contar con todos aquellos que han pasado a formar parte de nuestro sector público institucional a resultas de un proceso de reversión de servicios. De lo que se puede extraer la conclusión de que, realmente, la problemática de la temporalidad en nuestro empleo público es mucho mayor que lo que se refleja en los datos y en las estadísticas oficiales. Además de entender que la proliferación y la problemática a la que se enfrenta la figura del indefinido no fijo como categoría de empleado público es mucho mayor de lo que las cifras oficiales ponen de manifiesto.

4. EL FENÓMENO DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL MARCO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El fenómeno de la subcontratación no es nuevo en nuestro país. Con la entrada de la democracia, y concretamente a partir de los años 80 del pasado siglo, debido a la rigidez de nuestro Derecho administrativo, se inicia dentro de nuestras AAPP un proceso de laboralización del personal que presta servicios dentro de nuestras instituciones que va acompañado -por así decirlo- de un proceso de descentralización administrativa enorme. La asunción de competencias por parte de las diferentes Administraciones (sobre todo por parte de la autonómica y local) conlleva también un gran aumento de las plantillas de las mismas donde, el papel de la laboralización, se presenta como un factor determinante²¹.

19 Tal y como recoge la exposición de motivos del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, “la tasa de temporalidad registrada en el empleo público es ya superior a la registrada en el sector privado”. Y según sigue manifestando dicha exposición de motivos, “esta situación no solo se aleja de forma manifiesta del modelo de función pública configurado por nuestra Constitución Española, sino que compromete la adecuada prestación de los servicios públicos, en la medida en que la temporalidad impide articular políticas de recursos humanos dirigidas a garantizar la calidad de los servicios públicos”.

20 Vid in extenso sobre esta figura: Sánchez Morón, M., Régimen jurídico de los funcionarios interinos, Aranzadi, 2020.

21 Para Sánchez Morón “el régimen jurídico de la función pública busca flexibilizarse en aspectos esenciales (sistemas de acceso y promoción, (...) posibilidades de empleo temporal y a tiempo parcial, mayor discrecionalidad retributiva (...), facilidades para la extinción de la relación de servicio.)”. Todo esto conlleva “la reducción cuantitativa de efectivos en el empleo público, que deriva de la privatización de algunos servicios que siguen siendo de titularidad pública y de algunas actividades administrativas (...), etc.”. Sánchez Morón, M., *Derecho de la función pública*, op.cit., pp. 35-39.

Directamente vinculado a todo lo expuesto y en estrecha relación con el tema que vamos a tratar a lo largo de este apartado, entra a formar parte de la palestra en nuestro país el fenómeno de la subcontratación administrativa²² y, posteriormente, cuando se decide rescindir esos contratos, el fenómeno de la reversión o lo que, en el ámbito de la Administración Local, se ha venido a denominar como “remunicipalización” de servicios²³. Esta nueva realidad va en estrecha concomitancia con las nuevas políticas neoliberales que entienden que la participación del sector privado dentro de las administraciones ha de tener un papel relevante²⁴. Ello se materializará en que la empresa privada, a través de subcontrataciones administrativas, inicie un proceso de asunción de tareas que, de entrada, son competencias de las AAPP (sin que estas últimas pierdan la titularidad de las mismas). Se considera importante la participación de la empresa privada en el desarrollo de actividades públicas. Se plantea como una cuestión de eficacia y de eficiencia en el desarrollo de las mismas. Y no sólo como eso, si no como una cuestión que abaratará los costes de la prestación de servicios²⁵.

Esta nueva realidad ha tenido a lo largo de varias décadas ciertos vaivenes y determinados momentos de implantación y de reversión, todo ello derivado de los momentos políticos y de las líneas y orientaciones de gestión que se han previsto por parte de los diferentes gobiernos que hemos tenido a lo largo de más de 40 años de democracia. Lo que viene a ponerse de nuevo de manifiesto -y a tomar mayor relieve en la actualidad- después de la regulación del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante RD-ley 36/2020) y de las modificaciones introducidas en materia de subcontratación por parte de la LPGE para el año 2021. En ese sentido, siguiendo la línea de la norma presupuestaria anterior, la LPGE para el año 2022 amplía mucho más los márgenes tanto de las OEP como de los contratos y nombramientos temporales del personal del sector público de nuestro país *ex art.* 20. Para los sectores prioritarios la tasa de oferta será del 120

22 Obra de referencia es la de: Castillo Blanco, F.A. (Dirección) y Vila Tierno, F.A. (Coordinación), *Público y Privado en la gestión de los servicios públicos: reestructuración, externalización y reversión a la Administración*, Colección INAP Investiga. Serie Innovación Administrativa, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2019.

23 *Vid in extenso*: Todolí Signes, A. y Martínez Saldaña, D., *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2017 (1ª edición).

24 “El incremento paulatino de las actividades de las Administraciones Públicas ha supuesto la búsqueda de fórmulas más flexibles que las que había venido ofreciendo el Derecho de Administrativo tradicional y la tradicional centralidad de la concepción de las funciones públicas. En este sentido se han expandido los instrumentos de colaboración entre el sector público y el sector privado y, en relación a ello, la creación por las Administraciones Públicas de entes instrumentales a ellas vinculados; entes instrumentales que se encuentran vinculados o son dependientes de las distintas Administraciones Públicas territoriales y que tienen una configuración y régimen jurídico de Derecho público o de Derecho privado”. Monereo Pérez, J.L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, en *Temas Laborales*, 135, 2016, p. 252. Disponible en: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-RepercusionesLaboralesDeLosDiversosInstrumentosDeP-5793431.pdf>.

25 Aunque, en palabras de Gorelli Hernández, “finalmente el proceso de descentralización no ha supuesto una mayor eficiencia en la gestión pública, sino que se ha producido un incremento del gasto en la gestión de los servicios públicos como consecuencia de la participación de sujetos privados”. Así como también ha supuesto una minoración de la calidad de los servicios prestados. Gorelli Hernández, J., “La reversión por la administración de las contrataciones: perspectiva desde el derecho del trabajo”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva Época*, nº 21, Mayo-Octubre 2019, p. 42. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10553>.

por cien. Para el caso concreto de las EELL que tuvieran amortizada su deuda financiera a fecha de 31 de diciembre de 2021, la tasa de oferta será también del 120 por cien en todos los sectores. Todo ello sin perjuicio de los procesos de estabilización que se establecen en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre. Para el caso de las Sociedades Mercantiles Públicas y entidades públicas empresariales, Fundaciones del Sector Público y Consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos del Sector Público, las tasas también serán considerablemente altas en base a lo que se recoge en las Disp. adic. 17^a, 18^a y 19^a. Aunque con algunas limitaciones, las excepciones a las contrataciones son numerosas, a pesar de que han de contar con las preceptivas autorizaciones, tal y como se pone de relieve en la Disp. adic. 36a de la LPGE 2022. La colaboración público-privada para llevar a cabo los proyectos de recuperación (PERTES) deviene como fundamental. Con lo cual, el desarrollo de la subcontratación de servicios se manifiesta como clave.

Hasta el momento, las actividades y servicios que se han venido subcontratando han sido diversos: servicios sociales, suministro de agua, actividades culturales y deportivas, jardines, obras, instalaciones, servicios de atención directa, servicios sanitarios y, un largo etc²⁶. Factor que ha planteado mucha litigiosidad y controversia en los tribunales, así como muchos momentos de rivalidades y debates en cuanto a la palestra política se refiere. Como hemos anunciado, la subcontratación de servicios se ha planteado como una cuestión de mejora, de eficacia y de eficiencia en la gestión de los recursos económicos y del personal²⁷. No obstante, esto también ha conllevado la consideración -dependiendo de cada momento y de cada orientación política- de esta cuestión como algo positivo o negativo en relación a la preservación y/o la defensa de lo público.

Lo que no escapa a la realidad es que esta cuestión de la subcontratación sí que ha planteado gran cantidad de problemas administrativos, laborales y de otra índole debido a la interrelación existente en nuestro ordenamiento jurídico entre el Derecho administrativo y el Derecho laboral²⁸. Todo ello ha derivado en una enorme conflictividad y litigiosidad al respecto, donde los tribunales de justicia -incluido el TJUE²⁹ y nuestro TS³⁰- han tenido que intervenir para delimitar ciertos aspectos de la problemática derivada de la subcontratación. Aun así, el asunto no queda resuelto del todo, teniéndose que estar a cada caso concreto y a cada resolución judicial. De lo

26 El art. 12.1 y ss. de la LCSP establece el marco de subcontratación de servicios a los contratos de obras, las concesiones de obras, las concesiones de servicios, etc.

27 *Vid.* Moreno Vida, M.N., “La gestión privada en los servicios esenciales para la comunidad y las garantías para su mantenimiento”, *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, pp. 215-249. Disponible en: [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LaGestionPrivadaEnLosServiciosEsencialesParaLaComu-5793430%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LaGestionPrivadaEnLosServiciosEsencialesParaLaComu-5793430%20(1).pdf).

28 Así se pone de manifiesto en: Monereo Pérez, J.L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, *op. cit.*, p. 255.

29 Algunas sentencias representativas del TJUE en relación a la cuestión pueden ser las siguientes: STJUE de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/09, caso CLECE) y STJUE de 26 de noviembre de 2015 (asunto C-509/14, caso ADIF), que han afirmado que “el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de derecho público (...) no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23”.

30 Como puede ser el caso de la STS de 21 de abril de 2015, y de la STS de 30 de mayo de 2011, que recogen la doctrina del TJUE, manifestando que “(...) el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva”.

que se deduce que este asunto necesita de una intervención clara y eficaz por parte del legislador nacional que resuelva de forma definitiva este tipo de situaciones. La cuestión sigue planteando una candencia de actualidad como consecuencia de dos sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del TS de fechas 17 y 18³¹ de junio de 2020 que han unificado doctrina en relación a las consecuencias de la apreciación del fraude de ley o del abuso en la contratación temporal en las sociedades mercantiles estatales³² De manera que, la conjunción de ciertas circunstancias específicas al colisionar los preceptos de los arts. 42, 43 y 44 del ET con la normativa administrativa en materia de contratación pública y con el Derecho de función pública conduce a la consideración de indefinido no fijo a cierto personal en determinados casos. Veámoslo.

4.1. La subcontratación de servicios: los problemas derivados de la aplicación del artículo 42 del ET

Desde el punto de vista laboral, en el marco de las garantías que introduce el ET con ocasión del cambio de empresario, en su art. 42 establece los preceptos legales relativos a la subcontratación de obras y servicios que, en base al hilo conductor de este trabajo, también pueden acarrear ciertos problemas relacionados con el tema objeto de estudio y que pueden provocar también ciertas controversias y pronunciamientos judiciales al respecto. Se preceptúa la preservación de los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores en caso de subcontratación de obras y servicios y las responsabilidades de las empresas intervinientes³³. En el caso de las AAPP ello podría acarrear ciertas responsabilidades que pueden ser solventadas en los pliegos de condiciones administrativas que regulen la subcontratación de servicios³⁴. No obstante así, en el caso de que la Administración subcontratante externalice servicios que sean de su propia actividad,

31 Véase al respecto de dicha importante sentencia: Arrieta Idiakez, F.J., “¿Está justificada la extensión de la figura del indefinido no fijo que realiza la los trabajadores de sociedades mercantiles públicas las STS de 18 de junio de 2020 (R.º. 2811/2018, Sala de lo Social)?”, *Labos*, Vol. I, núm. 3, 2020, pp. 109120. Disponible en: <https://e-REVISTAS.UC3M.ES/INDEX.PHP/LABOS/ISSUE/VIEW/623> . También el interesante trabajo de: Rodríguez Escanciano, S., “Contratación temporal irregular en una sociedad mercantil estatal: la aplicación de la figura del ‘trabajador indefinido no fijo’”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2020. Disponible en: https://www.boe.es/pubhcaciones/MblibliotecaJuridica/anuarios_derecho/articulo.php?lang=es&id=ANU-L-2020-00000001072 .

32 Hasta el momento, los trabajadores que se encontraban en esa situación eran considerados trabajadores fijos de plantilla de dichas mercantiles enmarcados dentro del régimen laboral común. No obstante, estas dos sentencias dan un giro jurisprudencial importante al respecto cambiando el criterio seguido hasta el momento por nuestro alto Tribunal considerándose a los trabajadores que se encuentran dentro de este colectivo como indefinidos no fijos en vez de fijos de plantilla. *Cfr.* Baquero Aguilar, J., “El ‘indefinido no fijo’ y el sector público en nuestro país”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 1, 2020, pp. 291-295. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7617134> . Como consecuencia del cambio de doctrina véase la reciente STS 3341/2021, de 07/09/2021 donde resulta de aplicación la figura del trabajador indefinido no fijo a la Sociedad Mercantil Pública Radio Televisión del Principado de Asturias (RTPA). En esa misma línea va la STS 3360/2021, de 08/09/2021 (RTVE) y la STS 3328/2021, de 08/09/2021.

33 *Vid.* Sáez Lara, C., “Garantías y responsabilidades en materia salarial”, *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, pp. 345-369. Disponible en: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-GarantiasYResponsabilidadesEnMateriaSalarial-5793433.pdf> .

34 Sobre el alcance de las responsabilidades solidarias derivadas de la aplicación del artículo 42 del ET véase el interesante trabajo de: Nores Torres, L. E., “El alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 del ET”, *Lex Social: revista de los derechos sociales*, Vol. 10, núm. 1, 2020, pp. 343-363. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7202475> .

la combinación de las responsabilidades del art. 42 y del art.43 del ET sí que podrían derivar en otro tipo de responsabilidades laborales más en la línea de poder tener que atender, o bien al pago de indemnizaciones por parte de la Administración en concepto de despidos improcedentes³⁵ o, incluso, a tener que readmitir a los trabajadores vía jurisprudencial como indefinidos no fijos en caso de que el desarrollo de dicha actividad no se estuviese llevando de manera indiferenciada.

En ese sentido, el art. 42 del ET presenta un matiz diferente cuando el concepto de subcontratación se lleva a cabo entre distintas AAPP. Ello es lo que regula la LRJSP en su art. 11 en lo que se conoce como las “encomiendas de gestión”³⁶. No se trata de una subcontratación en sentido estricto, si no que de lo que se trata es de que otra Administración distinta a la que le es propio el desarrollo de esa actividad por ley, determine la delegación del desarrollo de unos servicios que, como se ha dicho, le son propios por ley a la Administración encomendante. Es lo que pone de manifiesto el apartado 2 del art. 11. Para lo que la configuración de “medio propio” será determinante en el caso de una posterior reversión de servicios y de tener que asumir la Administración encomendante a dicho personal en la categoría de indefinido no fijo. A pesar de que el Art.1.Cinco del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, introduce cierta modificación del art. 42 del ET en aras de preservar los derechos de los trabajadores en el marco de las relaciones laborales comunes, a lo que nos interesa para el caso, sin embargo, no introduce ninguna limitación que procure una modificación de la normativa para el caso que venimos abordando de las encomiendas de gestión, ni para el caso de la combinación del art. 42 con el del 43 del ET³⁷. Cuestión que nos lleva, directamente, al punto siguiente de este apartado: la cesión ilegal de trabajadores.

35 Sobre la extinción contractual véase: Guerrero Vizuete, E., “La externalización del servicio público como causa de extinción contractual en el ámbito de las administraciones públicas”, *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público, XXXIII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Monografías de Temas Laborales, núm. 54, 2015, pp. 537-550. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias?p_p_id=-BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=3&_BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd_accion=irVerDetalle&_BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd_indice=0.

36 Para Monereo Pérez, “la diferencia de este supuesto de externalización respecto de las contrataciones y subcontratas del art. 42 del ET viene determinada por la común naturaleza pública de las instituciones participantes y por las especiales características de la relación entre ellas, lo que supone una mayor dificultad para diferenciar entre la existencia de un negocio jurídico válido y una típica cesión ilegal de trabajadores, atendiendo ante todo a la estrecha vinculación y dependencia de las partes contratantes”. Es por ello por lo que, “de su caracterización técnico-jurídica debe realizarse la configuración de “medio propio”, toda vez que la entidad adjudicataria o encomendada ostenta tal posición en relación con la entidad pública que encomienda, poniendo de relieve que se inserta en la esfera del penetrante poder de control de la misma”. Monereo Pérez, J.L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, op. cit., p. 276.

37 En relación a las encomiendas de gestión, para Monereo Pérez, “la cesión ilegal quedaría circunscrita a la constatación de que se han superado los límites de la encomienda por las tareas efectivamente desarrolladas (... con la consecuencia *iustlaboral* de asumir las responsabilidades que impone el art. 43 del ET y entre ellas que derecho de opción del trabajador que podrá optar por permanecer en la plantilla de la entidad pública principal y no en la de la empresa instrumental. Lo que conduciría a que el trabajador adquiriera la condición de indefinido no fijo)”. Monereo Pérez, J.L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, op. cit., p. 284.

4.2. De la cesión ilegal de trabajadores: el artículo 43 del ET

Ya hemos adelantado anteriormente la confusión y la posible problemática legal que se puede plantear en caso de que exista una subcontratación de la propia actividad de la Administración en la que no haya un tratamiento diferenciado de los trabajadores. Según establece el art. 43 del ET en su apartado 1, la contratación de trabajadores para cederlos de forma temporal a otra empresa tan sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal reguladas en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. En dicha norma es donde se articula la cesión legal de trabajadores en una triangulación entre empresas de trabajo temporal, trabajadores y empresas usuarias.

En base a lo estipulado el apartado 2 del art. 43, se produciría una cesión ilegal de trabajadores cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas “se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria”, o cuando la empresa cedente “carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”. Y es aquí donde entra en juego la interrelación de este precepto con lo establecido en el art. 42 del ET. Y es que, en el caso de que una Administración Pública subcontratase un servicio de su propia actividad productiva llevándolo a cabo a través de otra empresa y no respetando lo preceptuado en el art. 43 del ET, se podría estar incurriendo entonces en un fraude en la contratación. En este caso, sí que devendrían en responsabilidades laborales reprochables a las AAPP que incurran en este tipo de irregularidades. Incluso, según establece el apartado 3 del art. 43, tanto el cedente como el cesionario que incurran en un incumplimiento de la norma, además de responder de forma solidaria a las obligaciones laborales y de seguridad social, en base a lo establecido en el apartado 4 de dicho art. 43, los trabajadores sometidos al tráfico prohibido “tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria”. De esta forma, dichos trabajadores podrían pasar a ser considerados y encuadrados como indefinidos no fijos dentro de las plantillas de la Administración Pública subcontratante, volviéndose a poner de manifiesto otra aporía normativa más en relación al acceso al empleo público de nuestro país de esta categoría de personal.

Aunque esta última cuestión podría derivar en otras situaciones como la consideración judicial como un despido improcedente con la correspondiente indemnización si el convenio colectivo de aplicación no establece que es el trabajador el que tiene la opción de elegir entre quedarse en la empresa u optar por la indemnización. Cuestión que ha planteado y que plantea no pocas irregularidades dentro de nuestras Administraciones a lo largo de estos años y que no ha sufrido modificación alguna con la reforma laboral introducida por parte del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre. De hecho, muchos Ayuntamientos, en esa línea, han renegociado sus convenios colectivos que hasta el momento contemplaban dentro de su articulado esta cuestión para evitar así el tener que asumir a trabajadores dentro de sus plantillas cuando se haya dado el caso que venimos planteando, puesto que la redacción dada en el articulado del convenio de aplicación daba la opción al trabajador en cuestión de decidir quedarse o no en caso de resolución judicial al respecto³⁸.

³⁸ Caso claro en ese sentido es el del Ayuntamiento de Cártama (Málaga) que, vía negociación colectiva, ha suprimido el artículo 38 de su Convenio Colectivo para evitar este tipo de situaciones, eliminando así la posibilidad de que sea el propio trabajador el que decida si reincorporarse al servicio u optar por la indemnización.

Lo que sucede en este tipo de casos es que ha de determinarse con precisión el concepto de “propia actividad” de la Administración Pública en cuestión, lo que no siempre es fácil de delimitar³⁹. No obstante, se ha de demostrar que el poder de dirección que establece el ET en su art. 20 lo ostenta la Administración subcontratante respecto de los trabajadores de la subcontrata para que se considere que se está incurriendo en una cesión ilegal de trabajadores. Para la consideración de dicho personal como indefinido no fijo habrá que determinar varios aspectos de considerable importancia: 1) la consideración de mera puesta a disposición de los trabajadores de la cedente a la cesionaria, 2) que la empresa cedente carezca de una actividad propia, 3) que la empresa cedente no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad y 4) que la empresa cedente no ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario⁴⁰. Todos ellos se manifiestan como determinantes en estos casos. Todas estas cuestiones han derivado y derivan todavía en no pocos litigios ante los tribunales de justicia. Lo que sí que queda claro, patente y manifiesto es el hecho de que, en no pocas circunstancias, nuestras AAPP han de asumir dentro de sus plantillas a un gran número de trabajadores que proceden de este tipo de situaciones y que los tribunales de justicia los catalogan dentro de sus resoluciones judiciales como indefinidos no fijos. Lo cual pone de manifiesto otra aporía más en cuanto al acceso al empleo público de nuestro país como consecuencia de estas circunstancias y de la interrelación de las normas tanto administrativas como laborales.

4.3. La sucesión de empresas: a vueltas con la reversión de los servicios públicos (la incidencia del artículo 44 del ET)

Además de lo anteriormente analizado, donde realmente se producen una serie de aporías normativas en relación al acceso al empleo público como consecuencia de la reversión de servicios es en la aplicación del art. 44 del ET⁴¹. Desde el punto de vista laboral dicho artículo introduce todo el régimen jurídico aplicable a la sucesión de empresas que, en el caso de la colisión de las normas administrativas con las laborales, permite la inclusión de dicho personal en la categoría de indefinido no fijo en el seno de nuestras Administraciones. Con carácter general, toda vez que se produce una sucesión de empresas, el nuevo empresario quedará sujeto al cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social. La consideración de sucesión de empresas parte del hecho de que “la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria” (ex apartado 2 del art. 44 del ET)⁴².

39 “La noción legal de “propia actividad” siempre ha sido objeto de controversia, pues constituye un concepto jurídicamente indeterminado que tiene la funcionalidad de limitar al ámbito de aplicación de la normativa de garantía de los derechos de los trabajadores en los supuestos de subcontratación empresarial”. Monereo Pérez, J.L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, op. cit., p. 279.

40 En similares términos se manifiesta Monereo Pérez en: “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, op. cit., p. 282.

41 Acorde con la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

42 “La denominada subrogación legal es aquella que se produce de conformidad a lo dispuesto por el art. 44 ET; es decir, cuando hay una verdadera transmisión de empresa (...), generando los efectos tuteladores para los trabajadores tal como los establece el propio art. 44 ET”. Gorelli Hernández, J., “La reversión por la administración de las contrataciones: perspectiva desde el derecho del trabajo”, op. cit., p. 44.

En el caso de la reversión de servicios en las AAPP no siempre se dan las circunstancias para que la Administración reversora haya de atender a las obligaciones previstas en el art. 44. No obstante, sí que concurren toda una serie de situaciones para que ello suceda. Para que haya una verdadera sucesión de empresas la empresa saliente ha de transmitir a la Administración Pública un conjunto de bienes materiales que conlleven la consecución del servicio revertido en cuestión. Por tanto, el factor clave y determinante para que esta cuestión de la transmisión tenga un efecto positivo es la transmisión de bienes patrimoniales o, en su caso, de la mano de obra cuando esta sea esencial para el cumplimiento del servicio que se venía prestando, dado que la actividad descansa básicamente en la mano de obra y no en la transmisión de bienes tal y como recoge la STS de 9 de julio de 2014 y las STJUE de 10 de diciembre de 1998 (C-173/96 y C-247/96, asunto Sánchez Hidalgo y otros)⁴³. Aceptando esta posición y avalando la sucesión de empresas y la subrogación de trabajadores que pasarán a formar parte de la Administración debido a la transmisión de bienes patrimoniales nos encontramos con la STS de 30 de mayo de 2011 en relación con el Ayuntamiento de Sevilla, donde se resalta el hecho de que, para que se produzca dicha subrogación empresarial han de darse las circunstancias arriba indicadas⁴⁴. A pesar de todo ello, habrá que estar a cada caso concreto para resolverse la cuestión, puesto que no siempre es fácil dicha determinación. Todo lo que complica aún más la interpretación de las normas y la aplicación de las mismas dependiendo de cada situación jurídica concreta, puesto que la consideración o definición de medios propios y de propia actividad será determinante para que se lleve a cabo dicha sucesión de empresas.

Otro de los factores fundamentales en este tipo de cuestiones y que también se recoge en el apartado 4 del art. 44 del ET es el caso de la negociación colectiva. Si se plantease la situación de que el convenio colectivo de aplicación reflejase el hecho de que la empresa reversora hubiese de atenerse a la sucesión de plantilla, la Administración Pública debería asumir al personal de la empresa saliente. Ya lo apuntábamos *ut supra*. Pero para que este caso se efectúe, la Administración en cuestión ha de haber formado parte de la mesa de negociación del convenio de aplicación⁴⁵. Todo ello genera en ocasiones cierta controversia sobre cuál será el convenio de aplicación toda vez que se ha producido la reversión de empresas⁴⁶. Nos encontraríamos en este caso, no ante

43 Vid. Gorelli Hernández, J., “La reversión por la administración de las contratas: perspectiva desde el derecho del trabajo”, op. cit. pp. 48-49. Asunto tratado también de una forma oportuna por parte de: López Cumbre, L., “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, *Revista Galega de Dereito Social*, en *Revista Galega de Dereito Social* - 2a etapa: (RGDS), núm. 3, 2017, pp. 122-126.

44 “La reversión no es en sí misma un supuesto o situación de sucesión de empresas, sin embargo, en aquellos casos en los que se transmite la organización productiva, estaremos dentro del ámbito del art. 44 ET y, consecuentemente, será de aplicación la subrogación empresarial prevista como mecanismo de tutela para los trabajadores prevista por el citado precepto”. Gorelli Hernández, J., “La reversión por la administración de las contratas: perspectiva desde el derecho del trabajo”, op. cit., p. 47.

45 La doctrina judicial ha denegado la posibilidad de imposición de la subrogación vía convenio colectivo tal. Véase para el caso la STS de 17 de junio de 2011 (Ayuntamiento de Yunquera de Henares) que hace referencia a la STS de 10/12/08 que, a su vez, cita a la STS de 28/10/1996 que ya señalaba que “el convenio colectivo no puede (...) en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación”. Vid. *in extenso*: Gorelli Hernández, J., “La reversión por la administración de las contratas: perspectiva desde el derecho del trabajo”, op. cit., p. 52.

46 En ese sentido, frente a los posibles escenarios que se podrían suscitar ante una reversión de servicios públicos véanse las posibles alternativas planteadas por parte de: Vila Tierno, F. y Gómez Salado, M.A., “Convenio colectivo aplicable y supuesto de reversión de servicios públicos”, *GAAP. Nueva Época*, 21, 2019, p. 18. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10585> .

una sucesión de empresas en sentido estricto, sino en un caso de subrogación laboral. No resuelve del todo la cuestión tampoco los preceptos introducidos por parte del RD-ley 32/2021 en ese sentido. Ni si quiera para aclarar el convenio colectivo de aplicación, en su caso.

Como podemos observar, una cuestión altamente compleja, con mucha casuística, con muchas aristas y con multitud de opciones posibles en las que han de dirimir -necesariamente-, en cada caso concreto, los tribunales de justicia, puesto que no siempre quedan claras las situaciones posibles de reversión de servicios en sentido estricto. De lo que se deduce que, aunque no todos los casos de reversión de servicios por parte de las Administraciones conllevan una sucesión de empresas y de sus trabajadores, cuando se dan ciertas circunstancias determinantes y admitidas por la jurisprudencia, dicha reversión sí que ha de llevarse necesariamente a cabo. Lo que plantea una aporía en cuanto al acceso al empleo público se refiere. Aunque a este personal no se le considere como empleado público en puridad, sí que forma parte del sistema a todos los efectos.

Donde sí se aplica definitivamente el art. 44 del ET de forma general es en los supuestos de cambio de titularidad de las AAPP⁴⁷: absorción de entes instrumentales, desaparición y asunción de funciones por un organismo público, fusión de municipios, absorción de Fundaciones y Sociedades Mercantiles o de Consorcios⁴⁸. Como podemos observar, la casuística y la complejidad del asunto no es una cuestión para nada fácil ni de delimitar ni de resolver en multitud de ocasiones⁴⁹. Sobre todo, si se tiene en cuenta la amplitud de nuestro sector público y la indeterminación e indefinición de nuestro ordenamiento jurídico al respecto.

En ese sentido, y a modo de recapitulación, nos encontramos con una serie de escenarios posibles en materia de sucesión de empresas dentro de las Administraciones Públicas que vamos a intentar resumir de una forma esquemática:

– Que se produzca una transmisión de elementos instrumentales, o una transmisión de la infraestructura y de su organización productiva necesaria para la continuidad del servicio. Lo que conllevaría la aplicación directa del art. 44 del ET⁵⁰.

47 Al respecto del cambio de titularidad de empresas desmaterializadas véase el interesante trabajo de: López Insua, B.d.M., “El cambio de titularidad de ‘empresas desmaterializadas’ en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en Molina Navarrete, C. (Coordinador), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en Monografías de Temas Laborales, núm. 61, 2019, pp. 437-460. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carlportal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias?p_p_id=BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=3&_BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd_accion=irVerDetalle&_BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd_indice=8.

48 Vid. Monereo Pérez, J.L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, op. cit., p. 285.

49 Véase el interesante trabajo de: García Pérez, M., “Cuestiones laborales en la internalización de servicios: De la directiva 2001/23/CE a la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019. Asunto C-317/18. Cécilia Correia Moreira municipio de Portimao”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 203, 2020, pp. 49-94.

50 Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N. y López Insua, B.M., “Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos”, *GAPP. Nueva Época*, núm. 22, Noviembre-Abril 2019, p. 44. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10630>.

- Que se esté ante una entidad económica donde lo relevante sea la mano de obra y no la infraestructura. Operaría la doctrina de la sucesión de plantilla⁵¹.
- La subrogación convencional de la plantilla. Siempre que la Administración haya formado parte de la mesa de negociación del convenio de aplicación⁵².
- Que lo contemple así el Pliego de Condiciones Administrativas que regulara la concesión (ex art. 98 de la LCSP)⁵³.
- Los supuestos de cambios de titularidad: absorción de entes instrumentales, desaparición y asunción de plantillas por un organismo público, fusión de municipios, absorción de Fundaciones, Consorcios y Sociedades Mercantiles⁵⁴.
- Que se produzca un acuerdo entre empresa cedente y cesionaria aun no concurriendo las circunstancias previstas en el art. 44 del ET, y aun cuando no esté contemplado en el convenio de aplicación y no lo recoja así el pliego de condiciones administrativas. Dichos contratos rondan lo puramente Civil en estos casos⁵⁵.

Como podemos observar, toda una serie de escenarios que dependerán de muy diversas y variadas circunstancias y de cada caso en cuestión que complican aún más toda esta serie de situaciones que venimos tratando y que la normativa en vigor no termina de clarificar de una forma definitiva. De manera que se habrá de estar para cada situación concreta a lo que vengan a resolver los tribunales de justicia ya que la casuística es enorme, los detalles de cada una de las posibles situaciones y sus matices son diferentes, lo que podría derivar en resoluciones totalmente contradictorias. Pero lo que sí queda reflejado de una manera clara y expresa de lo que venimos analizando es que, si se dan las circunstancias, se efectúa la inclusión de este personal en el seno de nuestro empleo público con la consideración de indefinidos no fijos. Toda una serie de manifestaciones que muestran esa complejidad de nuestro ordenamiento jurídico donde la interrelación de la normativa administrativa y laboral se encuentra repleta de aristas legales contradictorias que permiten el acceso a la función pública de nuestro país de esta categoría de personal. Cuestión toda ella que, en relación a la normativa interrelacionada y a las modificaciones introducidas por la LPGE 2021 con la rehabilitación de las Agencias Estatales, pueden acarrear que en el futuro se abra un poco más -si cabe- la “caja de truenos” en el seno de nuestras Administraciones. Un problema que se podría calificar, como poco, de estructural⁵⁶.

La Ley 20/2021, de 28 de diciembre no introduce elementos limitativos en relación al tema que nos ocupa. Por su parte, el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre que procura la reforma laboral en nuestro país, en relación a la problemática del personal laboral del sector público introduce toda una serie de modificaciones normativas que, en cierta forma, limitarán y controlarán la

51 *Ibidem*.

52 *Ibidem*, p. 45.

53 *Ibidem*, p. 46.

54 *Ibidem*, p. 285.

55 *Ibidem*, p. 47.

56 En ese sentido, la Disp. adic. 110ª de la LPGE para el año 2022 dispone la creación de la Agencia Estatal de Administración Digital. Por otro lado, la Disp. adic. 130ª crea la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial. La Disp. adic. 116ª determina la creación del organismo autónomo Centro Universitario de Formación de la Policía Nacional. Por su parte, la Disp. adic. 118ª crea el consorcio Centro Nacional de Investigación en Almacenamiento Energético.

temporalidad en el sector público hasta cierto punto. Pero los preceptos introducidos no terminan de eliminar la posibilidad de la catalogación como indefinido no fijo como consecuencia del fraude en la contratación y, para el caso que nos interesa, tampoco en los casos de reversión de servicios públicos. Y no sólo eso, sino que se plantea la posibilidad futura de que, no sólo no se resuelva la cuestión, sino que se complique aún más como consecuencia de la compleja interrelación de la normativa administrativa y la laboral. Parece augurarse una nueva etapa de conflictividad y de cuestiones prejudiciales en los próximos años donde la intervención del TJUE volverá a ser determinante⁵⁷.

5. DE LAS POSIBLES SOLUCIONES

Todo lo anteriormente expuesto pone de manifiesto el hecho de que esta cuestión de la subcontratación y de la posterior reversión de los servicios públicos no es sino una mera manifestación más de parte de la problemática estructural que posee nuestro sistema de empleo público en cuanto al acceso irregular al mismo derivado de este tipo de situaciones anómalas que el legislador no termina de regular con un encaje legal que aporte soluciones reales, efectivas y equitativas al objeto de resolver este tipo de circunstancias⁵⁸. Las posibles soluciones al respecto de las cuestiones que venimos abordando pueden ser o no “hartamente complejas”. Todo depende de la voluntad del legislador nacional. Como propuesta de *lege ferenda* se puede barajar la posibilidad de la introducción y de la modificación de preceptos normativos de carácter básico y estatal que eliminen este tipo de aporías normativas respetando la primacía en la aplicación de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001. La modificación de los arts. 42, 43 y 44 del ET de cara a eliminar de una forma taxativa este tipo de circunstancias anómalas es una clara opción. Lo anterior tendría que ir unido -cómo no- a una modificación tanto de la LCSP como del TREBEP que refuercen todas estas cuestiones. Por otro lado, también se podría barajar la posibilidad de la creación de un régimen jurídico especial para este tipo de trabajadores. Régimen jurídico claramente laboral y que supondría la creación de una relación laboral de carácter especial no contemplada hasta el momento en el art. 2 del ET⁵⁹. Lo que sí que queda claro es la necesidad de una reforma de la normativa⁶⁰.

57 Cfr. Beltrán de Heredia Ruiz, I., “El empleo laboral temporal en el sector público a la luz de la DA 17ª EBEP (y del RD Ley 32/2021)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2022/02/06/el-empleo-laboraltemporal-en-el-sector-publico-a-la-luz-de-la-da-17a-ebep-y-del-rdley-32-2021/>.

58 En palabras de Castillo Blanco, “hay, (...) demasiados intereses creados para poder creer que verdaderamente se quieren encontrar soluciones a los problemas que se plantean cotidianamente”. Castillo Blanco, F.A., “El empleo público local: situación actual y perspectivas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° Extra 13, 2011, p. 99. Disponible en: [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-ElEmpleoPublicoLocal-5547436%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-ElEmpleoPublicoLocal-5547436%20(2).pdf).

59 En un interesante trabajo de 2017, se aludía incluso a la posibilidad de que se pudiese crear -derivado de toda esta problemática e indefinición- “una nueva figura, la del trabajador no empleado público”. López Cumbre, L., “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, *op.cit.*, p. 101. Otra solución es la posibilidad de que las AAPP que se encuentren en esta situación “creen sociedades mercantiles que tengan como fin gestionar el servicio revertido y acoger a los trabajadores (...), lógicamente bajo el régimen laboral común”. Gorelli Hernández, J., “La reversión por la administración de las contrataciones: perspectiva desde el derecho del trabajo”, *op. cit.*, pp. 59-60.

60 Así se pone de manifiesto en: Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N. y López Insua, B.M., “Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos”, *op. cit.* p. 51.

No obstante, y de cara a proteger los derechos de los trabajadores que se encuentran en esta situación, hasta el momento la única opción legal que se baraja es la de los procesos de consolidación de empleo temporal. En este caso hablaríamos de una laboralización o de una funcionarización de esta categoría de personal indefinido no fijo⁶¹. Lo que quedaría a criterio de cada una de las Administraciones. Pero dichos procesos de consolidación temporal no son nada nuevo en el seno de nuestra función pública⁶². Sin ánimo de exhaustividad en su enumeración, una de las primeras referencias en ese sentido la encontramos en la Disp. trans. 5a del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado. Por su parte, el Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo, de reforma de la legislación sobre funcionarios de la Administración Civil del Estado y personal militar de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, contemplaba el primero de ellos en una etapa pre- democrática en su Disp. adic. 5a. Otro de los procesos de estabilización que se han llevado a cabo es el que introduce la Disp. trans. 6a de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública. También contempla esta norma un acceso restringido dentro del marco de las transferencias de personal que se produjeron desde la AGE a las CCAA en el apartado 5 de la Disp. trans. 8a. Por su parte, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su art. 39 establece también procesos selectivos de consolidación de empleo temporal⁶³. Se suman a los anteriores los procesos de consolidación previstos en la Disp. trans. 4a del EBEP de 2007 y en la Disp. trans. 2a del TREBEP de 2015. Recoge preceptos en ese sentido la LPGE para el año 2017 en su art. 19.Uno.6. En lo que concierne a las Sociedades Públicas Mercantiles, la Disp. adic. 15a de la misma LPGE, en su apartado 5 recogía que, de forma adicional, se podrían realizar “procesos de consolidación de empleo temporal (...) con un límite del 15 por ciento de su tasa de reposición”. En esa misma línea, la LPGE para el año 2018, en su art. 19.Uno.9 determinaba que, además de lo establecido en la LPGE para el año 2017, se autorizaba “una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural”. Todo ello con la idea de reducir la temporalidad en el seno de nuestras AAPP por debajo del 8%. Se vuelve a establecer para el caso de las Sociedades Mercantiles Públicas y las Entidades Públicas Empresariales, en base a la Disp. adic. 29a de la misma Ley de Presupuestos medidas de estabilización temporal.

La Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, en su Disp. adic. 23a, establecía que “la tasa adicional para la estabilización de empleo temporal en los términos y condiciones que regula (...) la Ley 3/2017, de 27 de junio, (...) incluirá hasta el 100 por ciento de las plazas que, estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2016”. A través de la Disp. trans. 4a de la misma ley, con carácter excepcional se ampliaba “hasta el 31 de diciembre de 2021 el plazo para aprobar y publicar los procesos de estabilización de empleo temporal” a que se referían las disposiciones adicionales vigésima novena, trigésima y trigésima primera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales

61 Vid. Peña Molina, M., “La ‘funcionarización’ de laborales indefinidos no fijos de plantilla”, en *Revista General de Derecho Administrativo. Iustel*, 40, 2015. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505554>.

62 Cfr. Ojeda Avilés, A. Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las administraciones públicas, Granada, Editorial Comares, 1998.

63 Vid *in extenso* sobre esta cuestión: Rivera Sánchez, J.R., “La sostenibilidad del empleo temporal en la Administración Pública española”, *Revista internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 5, núm. 3, julio-septiembre de 2017, pp. 83-85. Disponible en: http://ejcls.adapt.it/index.php/rld_adapt/article/view/505.

del Estado para el año 2018. Por su parte, el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, en su art. 2, procuraba un último proceso de estabilización de nuestro empleo temporal que sería adicional a lo ya previsto en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2017 y 2018⁶⁴.

Los límites de los procesos de estabilización temporal han sido considerablemente ensanchados por parte de la definitiva Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. En ese sentido, podrán concurrir a dichos procesos todo aquel personal que viniese sufriendo la temporalidad de forma ininterrumpida al menos tres años antes al 31 de diciembre de 2017, unificando la aplicación de un mismo sistema para todos los procesos de estabilización contemplados por parte de las LPGE para los años 2017 y 2018, y también para el último previsto en el art. 2 de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre. En dichos procesos se incluirán las plazas ya incluidas en las OEP de estabilización que no hayan sido convocadas, o que si lo han sido hayan quedado desiertas. Además, tendrán que ser plazas de estructura y dotadas presupuestariamente. Para todo ello se establece, en base a la Disp. adic. 6a, “por tan sólo una vez”, y de forma “excepcional” el sistema de concurso de méritos donde se computará hasta un 40% sobre todo la experiencia, no siendo eliminatorios los ejercicios de la fase de oposición⁶⁵. A lo que nos interesa, para el caso de las Sociedades Mercantiles Públicas, de las Entidades Empresariales, de las Fundaciones y de los Consorcios del Sector Público (cuestión que no contemplaba la redacción del RD-ley 14/2021), a dichos procesos de estabilización les será de aplicación el mismo régimen jurídico en base a lo previsto en la Disp. adic. 7a.

Como se puede observar, con mayor o menor acierto, se ha legislado en *pro* de solucionar los problemas de las altas tasas de temporalidad de nuestras AAPP que, en los últimos años, podría decirse que ha llegado a ser considerado como un problema realmente endémico. A ellas también pueden concurrir los indefinidos no fijos que han obtenido dicha categoría a causa de un proceso de reversión de servicios. No obstante, y a pesar de todo lo anterior, lo que no se ha hecho es legislar en *pro* de eliminar todo este tipo de aporías normativas que, en el caso de la subcontratación de servicios y su posterior reversión, eliminan de una vez por todas este tipo de circunstancias. Hay que tener presente en todo este asunto el hecho de que los procesos de consolidación plantean también una dificultad en cuanto a su consecución⁶⁶, puesto que muchas Administraciones (sobre todo las EELL pequeñas y medianas) no tienen ni siquiera configuradas las relaciones de puestos de trabajo, tienen poco diferenciados el personal de estructura y, en muchas ocasiones, las funciones que realizan los empleados públicos enmarcados en estas categorías no tienen nada que ver con el encaje administrativo que la Administración en cuestión ha efectuado. Lo que plantea un problema a la hora de baremar la experiencia profesional en los procesos de concurso.

64 Obsérvese el interesante análisis llevado a cabo por parte de: Boltaina Boch, X., “El Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización: la compleja aplicación transitoria en la Administración Local”, *Revista digital CEMCI*, núm. 51, julio a septiembre de 2021, p. 1-30. Disponible en: <https://revista.cemci.org/numero-51/pdf/tribuna-1-el-real-decreto-ley-14-2021-sobre-personal-interino-y-estabilizacion-la-compleja-aplicacion-transitoria-en-la-administracion-local.pdf>.

65 La Disp. adic. 6a también contempla la posibilidad de crear bolsas de trabajo diferenciadas para el personal funcionario interino y para el personal laboral. En la redacción inicial del RD-ley 14/2021 tan sólo se contemplaba dicha posibilidad de forma expresa para el personal funcionario interino.

66 Cfr. Puerta Seguido, F., *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2003, pp. 293-340.

Todo ello en su conjunto sigue suscitando una serie de retos de futuro para el legislador. Puesto que la cuestión no está definitivamente resuelta, tal y como se refleja tras la presentación del Auto del 27 de julio de 2021, mediante el cual, el Magistrado Xavier González de Riviera, titular del Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, plantea una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE cuestionando el encaje de la figura del indefinido no fijo en el marco de la Directiva 1999/70. Se reclama la consideración de “empleado público fijo”. En caso de prosperar plantearía una importante dicotomía puesto que el TREBEP, en su art. 8.2.c) ya contempla la figura de personal laboral fijo, pero siempre que se superen los procedimientos selectivos cumpliendo los estrictos límites constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de las pruebas⁶⁷.

6. CONCLUSIONES

El fenómeno de la subcontratación de servicios de titularidad pública para su ejecución por parte de empresas privadas ha proliferado a lo largo de las últimas décadas en nuestro país. La configuración de dichos procesos, tanto en lo que concierne a su concesión como en lo relativo a su posterior reversión, ha sido objeto de configuración legal. No obstante, de la compleja interrelación entre la normativa administrativa y laboral surgen una serie de colisiones normativas que permiten que, una vez que se hayan producido las reversiones de servicios, y siempre que concurren una serie de circunstancias, dicho personal podría pasar a formar parte de nuestro sistema de empleo público bajo la consideración de indefinido no fijo.

Los datos estadísticos sobre el número total de empleados públicos de dicha categoría no quedan del todo claros. Y mucho menos los que provienen de la subcontratación y posterior reversión de servicios. Pero parece ser que a lo largo de las últimas décadas ha aumentado su número. Con lo cual, este tipo de aporías normativas han permitido un acceso al sistema de empleo público de nuestro país con un régimen jurídico ciertamente *sui generis*. Dicho personal permanecerá en nuestras Administraciones hasta que no se convoque la plaza o se amortice la misma. Situación que se ha venido manteniendo, en la mayoría de las ocasiones *sine die*.

Las soluciones que se han venido aportando por parte del legislador hasta el momento han ido en la línea de procurar procesos de consolidación y de estabilización de empleo temporal, pero no se han adoptado criterios normativos contundentes en aras de eliminar todo este tipo de situaciones. Ni si quiera con las últimas reformas vertidas por parte del legislador a finales del año 2021. Es por ello por lo que se considera por nuestra parte como necesaria una intervención verdaderamente eficaz desde el punto de vista legal al objeto de eliminar este tipo de aporías normativas en el seno de nuestro ordenamiento jurídico que provocan un acceso indirecto a nuestro sistema de empleo público.

67 *Vid.* Beltrán de Heredia Ruiz, I., “¿Fijeza o indefinido no fijo? Nueva cuestión prejudicial cuestionando la respuesta laboral a la temporalidad abusiva (Auto JS/3 Barcelona 27/6/21)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Disponible en: <https://ignasi-behran.com/2021/07/30/fijeza-o-indefinido-no-fijo-nueva-cuestion-prejudicial-cuestionando-la-respuesta-laboral-a-la-temporalidad-abusiva-auto-js-3-barcelona-27-6-21/> .

7. BIBLIOGRAFÍA

ARENILLA SÁEZ, M. Y DELGADO RAMOS, D., “¿Hay muchos empleados públicos en España? Eficiencia y efectividad en el contexto de la OCDE”, *Revista de Administración Pública*, 193, 2014, pp. 297-334. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40204> .

ARRIETA IDIAKEZ, F.J., “¿Está justificada la extensión de la figura del indefinido no fijo que realiza la los trabajadores de sociedades mercantiles públicas la STS de 18 de junio de 2020 (R.º. 2811/2018, Sala de lo Social)?”, *Labos*, Vol. I, núm. 3, 2020, pp. 109-120. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/issue/view/623> .

BAQUERO AGUILAR, J., “El ‘indefinido no fijo’ y el sector público en nuestro país”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 1, 2020, pp. 291-295. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7617134> .

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Personal interino del sector público y nombramientos abusivos a la luz del asunto ‘Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez’”, *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak kudeatzeko Euskal Aldizkaria. Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 18, 2020, pp. 8-37. Disponible en: file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Beltran_8_37.pdf .

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2021.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Amortización simple de indefinidos no fijos: tampoco procede en las extinciones anteriores a la reforma de 2012”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 173, 2015, pp. 139-146.

BOLTAÍNA BOCH, X., “El Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización: la compleja aplicación transitoria en la Administración Local”, *Revista digital CEMCI*, núm. 51, julio a septiembre de 2021, pp. 1-30. Disponible en: <https://revista.cemci.org/numero-51/pdf/tribuna-1-el-real-decreto-ley-14-2021-sobre-personal-interino-y-estabilizacion-la-compleja-aplicacion-transitoria-en-la-administracion-local.pdf> .

CASTILLO BLANCO, F.A. (Dirección) y VILA TIERNO, F.A. (Coordinación), *Público y Privado en la gestión de los servicios públicos: reestructuración, externalización y reversión a la Administración*, Colección INAP INVESTIGA. Serie INNOVACIÓN ADMINISTRATIVA, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2019.

CASTILLO BLANCO, F.A., “El empleo público local: situación actual y perspectivas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N.º Extra 13, 2011, pp. 97-127. Disponible en: [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-ElEmpleoPublicoLocal-5547436%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-ElEmpleoPublicoLocal-5547436%20(2).pdf) .

CCOO, *Análisis EPA 3.º Trimestre 2021 sobre empleo público*, Nota de prensa, 29 octubre 2021 Disponible en: <https://fsc.ccoo.es/53e262e790f454b0fcc820882c0da76d000050.pdf> .

CHAVES, J.R., *Vademécum de oposiciones y concursos*, Salamanca, Editorial Amarante, 2019 (Sexta edición).

GARCÍA PÉREZ, M., “Cuestiones laborales en la internalización de servicios: De la directiva 2001/23/CE a la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019. Asunto C-317/18. Cátia Correira Moreira municipio de Portimao”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 203, 2020, pp. 49-94.

GÓMEZ GIL, M.A., *Guía práctica de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

GOSELLI HERNÁNDEZ, J., “La reversión por la administración de las contrataciones: perspectiva desde el derecho del trabajo”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva Época*, n° 21, Mayo-Octubre 2019, pp. 41-60. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10553>.

GUERRERO VIZUETE, E., “La externalización del servicio público como causa de extinción contractual en el ámbito de las administraciones públicas”, *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público, XXXIII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Monografías de Temas Laborales, núm. 54, 2015, pp. 537-550. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias?p_p_id=BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=3&_BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd_accion=irVerDetalle&_BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd_indice=0.

LÓPEZ CUMBRE, L., “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, *Revista Galega de Dereito Social -2ª etapa: (RGDS)*, núm. 3, 2017, pp. 101-147. Disponible en: <http://revistagalegadedereitosocial.gal/index.php/RGDS/article/view/28/70>.

LÓPEZ INSUA, B.D.M., “El cambio de titularidad de empresas desmaterializadas’ en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en Molina Navarrete, C. (Coordinador), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en Monografías de Temas Laborales, núm. 61, 2019, pp. 437-460. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias?p_p_id=BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=3&_BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd_accion=irVerDetalle&_BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd_indice=8.

LOSADA, C., ALBAREDA, A., LONGO, F. Y FÉREZ, M., *El empleo público en España: desafíos para un estado democrático más eficaz*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2017.

MARTÍNEZ MATUTE, M. Y PÉREZ, J.J., “La evolución del empleo de las Administraciones Públicas en la última década”, en *Banco de España. Boletín Económico*, 4/2017. Notas Económicas, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, *Temas Laborales*, 135, 2016, pp. 251-307. Disponible en: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-RepercusionesLaboralesDeLosDiversosInstrumentos-DeP-5793431.pdf>.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
LA SUBCONTRATACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS, SU
POSTERIOR REVERSIÓN Y LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO
FIJO: LA PROBLEMÁTICA Y LA DIFICULTAD DE LOS PROCESOS...

647

MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N. Y LÓPEZ INSUA, B.M., “Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos”, *GAPP. Nueva Época*, núm 22, Noviembre-Abril 2019, pp. 40-58. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10630> .

MORENO VIDA, M.N., “La gestión privada en los servicios esenciales para la comunidad y las garantías para su mantenimiento”, *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, pp. 215-249. Disponible en: [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LaGestionPrivadaEnLosServiciosEsencialesParaLaComu-5793430%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LaGestionPrivadaEnLosServiciosEsencialesParaLaComu-5793430%20(1).pdf) .

NORES TORRES, L. E., “El alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 del ET”, *Lex Social: revista de los derechos sociales*, Vol. 10, núm. 1, 2020, pp. 343363. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7202475> .

OJEDA AVILÉS, A., *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las administraciones públicas*, Granada, Editorial Comares, 1998.

PEÑA MOLINA, M., “La funcionarización de laborales indefinidos no fijos de plantilla”, *Revista General de Derecho Administrativo. Iustel*, 40, 2015. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505554> .

PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2003.

RIVERA SÁNCHEZ, J.R., “La sostenibilidad del empleo temporal en la Administración Pública española”, *Revista internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 5, núm. 3, julio-septiembre de 2017, pp. 77-102. Disponible en: http://ejcls.adapt.it/index.php/rld_e_adapt/article/view/505 .

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Contratación temporal irregular en una sociedad mercantil estatal: la aplicación de la figura del ‘trabajador indefinido no fijo’”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2020. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones//biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?lang=eu&id=ANU-L-2020-00000001072 .

SÁEZ LARA, C., “Garantías y responsabilidades en materia salarial”, *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, pp. 345-369. Disponible en: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-GarantiasYResponsabilidadesEnMateriaSalarial-5793433.pdf> .

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, Madrid, Editorial Tecnos, 2018.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Aranzadi, 2020.

TODOLÍ SIGNES, A. Y MARTÍNEZ SALDAÑA, D., *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2017 (1ª edición).

VILA TIERNO, F.A. Y GÓMEZ SALADO, M.A., “Convenio colectivo aplicable y supuesto de reversión de servicios públicos”, *GAAP. Nueva Época*, 21, 2019, pP. 6-19. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10585> .

VILA TIERNO, F.A., *Problemática en materia de contratación laboral en la Administración Pública Local. Algunas cuestiones de actualidad*, Granada, Editorial Comares, 2018.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA
DISCRIMINACIÓN Y MODALIDADES DE CONTRATACIÓN
EN LOS PLANES DE EMPLEO DE LOS AYUNTAMIENTOS

LUIS OCAÑA ESCOLAR

*Profesor asociado del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

1. El marco normativo de urgencia
2. El marco normativo de referencia
3. La cuestión controvertida
4. Los pronunciamientos judiciales
5. Conclusiones
6. Bibliografía

RESUMEN

Con la aplicación de los denominados Planes de Empleo para el fomento de contratación, se ha observado un notable incremento de la litigiosidad laboral en el ámbito municipal. Han sido diversos los pronunciamientos judiciales que analizan si resultan o no de aplicación el Convenio Colectivo y las tablas salariales a aquellos empleados públicos municipales que han prestado servicio tras suscribir contratos de trabajo de duración temporal. El análisis jurídico- laboral de estos conflictos es el objeto de análisis del presente estudio.

1. EL MARCO NORMATIVO DE URGENCIA

La aprobación por parte de la Administración autonómica andaluza de los denominados “Planes de Empleo” ha sido una de las consecuencias directas del período de recesión económica causado por los efectos de la crisis económica de 2008¹. Asistíamos así ante al más importante impulso socioeconómico de la Administración autonómica dirigido a la contratación laboral de trabajadores en desempleo. Se pretendía a través de esta medida de dotar de recursos económicos a los Ayuntamientos que lo solicitasen para impulsar la contratación laboral centrada en colectivos con elevadas tasas de desempleo. Ha sido, sin duda, la más ambiciosa e importante dotación de recursos públicos al fomento del empleo público en Andalucía en lo que llevamos de siglo XXI.

Así, la primera de las normas dictadas en tal sentido, el Decreto-Ley 8/2014, de 10 de junio, de medidas extraordinarias y urgentes para la inclusión social a través del empleo y el fomento de la solidaridad en Andalucía, reconocía en su Exposición de Motivos:

“La reciente crisis financiera internacional y sus efectos sobre la economía española y andaluza han provocado una importante contracción del mercado laboral y una acelerada destrucción de puestos de trabajo que se ha traducido en un incremento sin precedentes del número de personas desempleadas. Esta situación, sostenida en el tiempo, está provocando graves problemas a muchas familias andaluzas que ven como la pérdida de empleo y, en muchos casos, la merma de la prestación económica por desempleo, les coloca en una situación de extrema precariedad, con un número creciente de personas en exclusión social o en riesgo de estarlo. La intensidad, la profundidad y la duración de esta crisis está afectando, además, a muchas familias que nunca antes habían precisado recurrir a los sistemas de protección social, dándose incluso la paradoja de que familias donde al menos uno de sus miembros han mantenido un empleo, comienzan a encontrarse en los límites o incluso por debajo de los umbrales de pobreza, dada la importante contracción de los salarios. Esta situación se agrava en familias con menores a su cargo y en el caso de las personas mayores, donde se suman factores de fragilidad y dependencia.

El Programa Extraordinario de Ayuda a la Contratación de Andalucía, gestionado a través de los Ayuntamientos, tiene por objeto paliar situaciones de necesidad derivadas de la dificultad persistente de acceso al mercado laboral por determinados colectivos en situación de exclusión social o en riesgo de estarlo, facilitando su proceso de inclusión social. Este Programa, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 9.3 y 24.2 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, se materializa mediante ayudas a los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para la contratación laboral de aquellas personas que, empadronadas en el municipio y cumpliendo los requisitos exigidos en la presente norma, hayan sido previamente seleccionados para un contrato por una duración determinada entre 15 días y tres meses. Entre los requisitos, este año se modula la referencia al IPREM en función de las características de las unidades familiares cuyos ingresos anuales se encuentren en un abanico entre una vez y 1,7 veces el valor de este indicador; lo que permite configurar un acceso más justo, más amplio y con mayor sensibilidad a las condiciones de los grupos familiares.

En resumen, este Programa tiene como objetivo el fomento del empleo así como la atención a personas que pertenezcan a unidades familiares que se encuentren en situación de exclusión social o

¹ Entre los indicadores más destacados, y atendiendo a los datos del CES, el PIB cayó siete puntos entre 2008 y 2013, se destruyeron un 21% de los empleos -en torno a setecientos mil- y desaparecieron 40481 sociedades.

en riesgo de estarlo, por lo que habría que considerarlo como incardinado en el ámbito de las competencias propias de los Ayuntamientos para el fomento del desarrollo económico y social en el marco de la planificación autonómica (artículo 9.21 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía) y para la gestión de los servicios sociales comunitarios (artículo 9.3 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, artículo 92.2.c) del Estatuto de Autonomía para Andalucía, artículo 25.2.e) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de Bases de Régimen Local), así como en el correspondiente a las competencias de la Comunidad Autónoma andaluza en materia de empleo (artículo 63.1.1.º del Estatuto de Autonomía para Andalucía), en materia de actividad económica (artículo 58.2.1.º del Estatuto de Autonomía para Andalucía) y para la gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública (artículo 61.1.a) del Estatuto de Autonomía para Andalucía). En definitiva es un Programa que versa sobre materias en las que ambas Administraciones ostentan competencias compartidas de ejecución.”

Quedaban de esta manera trazados los rasgos principales de las medidas²:

– Estas medidas eran consecuencia de la crisis económica

2 Son los artículos 1 y 17 los que resultan de interés para acercarnos a los objetivos y régimen jurídico de las contrataciones previstas:

Artículo 1. Objeto.

El presente Decreto-ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas de carácter urgente y extraordinario destinadas a:

a) Fomentar la inclusión social de personas afectadas por la dificultad sostenida de acceso al mercado laboral y dar cobertura a necesidades crecientes de carácter social en segmentos de población especialmente vulnerables.

b) Crear mecanismos que permitan la inclusión sociolaboral a través del empleo a las personas en situación de exclusión social o en riesgo de estarlo.

c) Fomentar la solidaridad en Andalucía mediante el desarrollo de acciones coordinadas en el territorio por parte de las distintas Administraciones Públicas y las entidades privadas.

d) Atender a las necesidades básicas de personas, familias y colectivos susceptibles de especial protección como es el caso de las personas menores, las personas mayores y las que se encuentran en situación de exclusión social o en riesgo de estarlo.

(...) Artículo 17. Contratación y condiciones.

1. Cada Ayuntamiento utilizará íntegramente los fondos asignados para contratar a aquellas personas que, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 8, hayan sido seleccionadas por el respectivo Ayuntamiento. En el caso de que hubiera dos o más solicitudes de personas que componen una misma unidad familiar para acceder al Programa Extraordinario de Ayuda a la Contratación de Andalucía, sólo se atenderá a la que se hubiera registrado antes. Únicamente se podrá contratar a dos o más personas que componen una misma unidad familiar en el caso de que no hubiera solicitudes pendientes de otras unidades familiares.

2. Los contratos financiados con cargo al Programa Extraordinario de Ayuda a la Contratación de Andalucía se realizarán conforme a la normativa laboral vigente y tendrán una duración determinada de un mínimo de 15 días y un máximo de tres meses. No obstante, en aquellos supuestos en que los contratos finalicen antes de su vigencia, el Ayuntamiento podrá contratar a otra persona por el tiempo que reste hasta la finalización del mismo.

3. La financiación de cada contrato incluido en el Programa no superará, incluyendo las cotizaciones a la Seguridad Social, los 1.070 euros en cómputo mensual, o su equivalente proporcional en caso de contratos de duración diferente al mes y dentro de los límites establecidos en el apartado anterior. En el caso que el coste del contrato sea superior a dicho importe, el Ayuntamiento asumirá la parte del coste no financiada por el mismo, o bien reducirá las horas de la jornada laboral para ajustarlo a la cuantía asignada a cada contrato.

- La vocación del Plan respondía a paliar situaciones de necesidad derivadas de la dificultad persistente de acceso al mercado laboral por determinados colectivos en situación de exclusión social o en riesgo de estarlo, facilitando los procesos de inclusión social
- Se destinaban las ayudas a los municipios a fin de que fueran éstos quienes efectuasen y gestionasen las contrataciones
- El Plan se autodefine como de “fomento del empleo”

Cabría preguntarse el sentido y eficacia que se pretende de un plan de contratación temporal. Ahora bien, tal como afirma Moreno Vida: “Es un hecho incontestable su instalación en el mercado de trabajo y su carácter de elemento estructural de nuestro sistema de relaciones laborales (...) Se parte del presupuesto de la utilidad de la flexibilidad contractual para el crecimiento del empleo y se mantiene el postulado de que la flexibilización de las relaciones de trabajo, entendida directa o indirectamente como una disminución del estatuto protector de los trabajadores, tiene una relación automática y directa con la reducción de las tasas de desempleo.”³.

El legislador apuesta en este caso decididamente por el modelo de contratación temporal y pretende así elevar la tasa de empleo, fomentar las contrataciones y facilitar el acceso a tal mercado de los colectivos con dificultades de inserción, destacando entre ellos, el juvenil.

En el mismo sentido, la Exposición de Motivos del Decreto-ley 6/2014, de 29 de abril, por el que se aprueba el Programa Emple@Joven y la «Iniciativa @mprende+» venía a completar y profundizar en dicho razonamiento y así destacaba:

“A los efectos de la motivación de la concurrencia de circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad, para adoptar la forma legislativa de decreto-ley, exigidas en el artículo 110 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, cabe remitirse a los siguientes datos: los altos niveles de desempleo de las personas con edades comprendidas entre 16 y 29 años sitúan la tasa de paro juvenil en Andalucía para el año 2013 en un 53,3%, cifra que evidencia un comportamiento de crecimiento progresivo

4. Los contratos realizados con cargo al Programa Extraordinario de Ayuda a la Contratación de Andalucía no podrán, en ningún caso, destinarse a suplir bajas o vacantes producidas en puestos de trabajo ocupados previamente en el Ayuntamiento.

5. Los contratos se realizarán mediante la modalidad de contrato por obra o servicio determinado acogido al Programa Extraordinario de Ayuda a la Contratación de Andalucía.

6. El objeto de las tareas a desarrollar por las personas contratadas por este Programa serán prioritariamente aquellas que proporcionen a las personas beneficiarias una experiencia laboral útil para su posterior inserción en el mercado laboral y atiendan a sectores de población con necesidades sociales especiales.

7. Los Ayuntamientos asumen la condición de empleadores y, por tanto, la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones laborales, fiscales y de Seguridad Social que establecen las disposiciones vigentes, así como los convenios colectivos y acuerdos con la representación de los trabajadores aplicables respecto a todas las personas contratadas con cargo al Programa Extraordinario de Ayuda a la Contratación de Andalucía.

8. Todos los contratos financiados con cargo al Programa Extraordinario de Ayuda a la Contratación de Andalucía deberán estar formalizados en los nueve meses siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto-ley.

3 Moreno Vida, M^a N., “La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Temas Laborales* núm. 103, 2015, pp. 195-241.

desde 2007, año en el que se situaba en el 18,4%. Este dato cobra especial relevancia cuando se tiene en cuenta que, si bien las mayores tasas de paro se encuentran entre las personas jóvenes sin cualificación o con estudios primarios, las que cuentan con titulaciones superiores, también presentan tasas muy elevadas de paro (43,7% para el caso de estudios universitarios como media del año 2013).

Con lo que concretaba algunos de los rasgos del paquete de medidas:

- Concurrían circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad, por lo que la opción por la técnica legislativa empleada era la correcta
- En estos Programas, el foco de atención lo constituían los jóvenes, con tasas de desempleo juvenil especialmente elevadas.

Y se completaba el paquete de medidas legislativas a través del Decreto-Ley 9/2014, de 15 de julio, por el que se aprueba el Programa Emple@30+, que en sintonía con lo antes aprobado y tras reconocer que entre los años 2007 y 2013, se habían destruido 675.200 empleos (un 21%), alcanzándose una tasa de paro del 36,3%, afirmaba en su justificación lo siguiente:

“(…) La contratación por tiempo limitado en estos proyectos tendrá el efecto positivo de actualizar competencias, además de recuperar o incorporar conocimientos que bien se adquieren en el puesto de trabajo o requieren de su desarrollo práctico para su mejora y perfección.

Teniendo en cuenta las características específicas de los mercados locales de empleo, entendidos como aquellos en los que prioritariamente venían desarrollando o esperan continuar desarrollando su actividad productiva los habitantes de una zona geográfica, se ha considerado adecuado optar por los ayuntamientos andaluces, como las entidades en las que apoyarse para la definición y ejecución de los proyectos en los que estas personas van a ser contratadas a través de la Iniciativa Cooperación Social y Comunitaria para el impulso del empleo 30+. Esta idoneidad se justifica por cuanto estas entidades conocen de primera mano cuáles son las necesidades de los territorios y qué características presenta la mano de obra disponible. Este mayor conocimiento posibilitará no sólo la adecuación en el corto plazo para dar respuesta a necesidades locales puntuales sino que, con una perspectiva más estratégica, ayudarán a perfilar los mercados laborales locales y adecuar la demanda de empleo a la oferta de cara a definir el futuro productivo de los territorios.”

Se ponía de esta forma el acento en la acción de los Ayuntamientos, quienes por su cercanía y proximidad se presume que conocen mejor la situación de los mercados locales de empleo⁴.

Pues bien, este ha sido el marco donde ha tenido lugar la campaña de contrataciones laborales comúnmente conocidas como “Planes de Empleo” y dirigidas a desempleados que formaban parte de alguno de los grupos objeto de las medidas excepcionales.

4 No deja de llamar la atención que se opte por las entidades locales como vehículo óptimo para el buen fin del Plan. Y ello porque las entidades locales carecen de atribuciones competenciales expresas en materia de políticas de empleo (ex arts. 148 y 149 CE y reiterado por las SSTC 33/1981 y 22/2014), a diferencia del Estado y las propias Comunidades Autónomas.

Tal y como destaca el profesor Rodríguez-Piñero⁵, “en el año 2004 el Consejo Económico y Social del Reino de España aprobó un informe de iniciativa propia sobre “La temporalidad en el sector público”. En éste se partía de la existencia de “una preocupación común y creciente por este problema”; en un momento en que la calidad del empleo se presentaba como la prioridad para las políticas públicas en el mercado de trabajo. La principal conclusión a la que llegó el informe es “la existencia de una creciente y excesiva temporalidad, que sobrepasa lo que vendría justificado por las necesidades de las Administraciones Públicas de garantizar el servicio ante necesidades técnicas, coyunturales y urgentes”⁶.

Pues bien, las medidas que ahora analizamos no solo no se desmarcan de esta tendencia a la profundización de las relaciones laborales temporales, sino que las contemplan como medida prácticamente exclusiva. Se recurre, paradójicamente, a la temporalidad para actuar sobre el mercado laboral. Por ello, no es baladí preguntarnos si estábamos o no ante una necesidad técnica, coyuntural o urgente.

2. EL MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA

Tras la aprobación de los referidos Decretos, nos encontramos con la Ley 2/2015, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para favorecer la inserción laboral, la estabilidad en el empleo, el retorno del talento y el fomento del trabajo autónomo.

La norma contiene un apartado V en su Exposición de Motivos que sintetiza el sentido de las medidas aprobadas conforme a la finalidad de las mismas y así dice:

“El Decreto-ley 6/2014, de 29 de abril, supuso, a través de la Iniciativa Activa Empleo Joven, la implantación de la primera herramienta que sentó, dentro del territorio del Estado, las bases del Sistema de Garantía Juvenil, estableciendo plazos para la atención y la prestación de servicios a las personas jóvenes andaluzas, así como un sistema de seguimiento y evaluación personalizado. Tras la aprobación del régimen de implantación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, a través del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, la Comunidad Autónoma de Andalucía, para su integración efectiva dentro del marco del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, ha adoptado medidas que están haciendo posible su aplicación inmediata, implantando actuaciones que están contribuyendo a mejorar la posición de los jóvenes en el mercado de trabajo, teniendo en cuenta el elevado índice de desempleo de este colectivo. Por este motivo, con la aprobación de la presente Ley se pretende adaptar los Planes de Empleo aprobados en nuestra Comunidad Autónoma a la reciente modificación introducida por el Gobierno de España mediante la disposición final duodécima de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, mediante la que se amplía la franja de edad del programa de Garantía Juvenil hasta los 29 años, lo que conlleva la adaptación de los Planes de Empleo destinados a personas con edades comprendidas entre los 18 y 30 años. En concreto, supone la adaptación de la Iniciativa Cooperación Social y Comunitaria Emple@Joven y Emple@25+, modificando

⁵ Rodríguez-Piñero Royo, M., “La contratación temporal en el sector público”, Documentación Laboral, núm. 110, 2017, pp. 27-55.

⁶ Esta es la conclusión más destacada, según el mismo Rodríguez-Piñero Royo respecto del Informe 3/2004, aprobado por el Pleno del CES el 22 de diciembre de 2004.

por tanto los siguientes rangos de edad: el Emple@Joven se destina a personas jóvenes con edades comprendidas entre 18 y 29 años; el Emple@30+, se destina a personas de 30 o más años de edad.

Asimismo, durante la tramitación de las ayudas del Programa Emple@30+ se ha comprobado la necesidad de realizar modificaciones, incluyendo la posibilidad de realizar sustituciones de las personas contratadas que cesen en sus puestos de trabajo por causas no imputables a las entidades beneficiarias, siempre con el debido respeto a los principios de igualdad y de confianza legítima en la actuación administrativa.

Por otra parte, de los datos anteriormente expuestos se desprende que la población andaluza de 30 o más años de edad sigue manteniendo una situación de desempleo que requiere de la aplicación de medidas inmediatas que contribuyan a favorecer la mejora de la empleabilidad, facilitar la incorporación al mercado de trabajo o su reincorporación al mismo tras un periodo prolongado de inactividad.

La edad madura siempre ha constituido un freno para acceder al mercado laboral, circunstancia esta que se ha visto amplificada por la crisis y la desconfianza que muestra hacia sus posibilidades de inserción laboral. Sin embargo, no podemos obviar que el colectivo de mayores de 45 años aporta valores como la experiencia y cualificación, que suponen un valor añadido a los recursos de las organizaciones. Es por ello que se hace necesario articular, desde las instancias públicas, mecanismos que permitan intervenir de forma inmediata, en aras de favorecer su incorporación de forma estable al mercado de trabajo, rentabilizando el potencial que esas personas representan para las empresas.

De otra parte, la incipiente mejora que subyace de los datos macroeconómicos que arroja la contabilidad regional de Andalucía presenta un escenario propicio para adoptar medidas de inmediata aplicación, que posibiliten el retorno de aquellas personas que, como consecuencia de la crisis, tuvieron que buscar oportunidades laborales fuera de nuestra Comunidad Autónoma, recuperando los esfuerzos invertidos en su formación, aprovechando la experiencia adquirida por ellas y evitando el desarraigo que se genera por estancias prolongadas.

Por lo que se refiere al trabajo autónomo, como ya se ha puesto de manifiesto, a pesar del importante retroceso en la creación de empleo autónomo durante la crisis, en el último año se ha registrado una recuperación de este colectivo. Sin embargo, esta recuperación, que esencialmente se ha traducido en el establecimiento de nuevas personas trabajadoras autónomas, no ha llevado aparejado un comportamiento similar en la consolidación de las ya existentes. Por ello, es necesario adoptar medidas que favorezcan su continuidad y, en definitiva, que contribuyan a potenciar un cambio en nuestro modelo de crecimiento hacia uno equilibrado y duradero que genere riqueza económica y social, revitalizando así la confianza en Andalucía.

La eficacia de las medidas previstas se condiciona a la celeridad en su implantación, con el objeto de paliar los altos niveles de desempleo de los colectivos destinatarios, motivo por el cual los procedimientos de concesión de las ayudas recogidas en los Títulos I, II y III, a excepción de la Iniciativa de Proyectos de Interés General y Social generadores de empleo, no pueden quedar sometidos a un régimen de concurrencia competitiva, no resultando necesario establecer comparaciones entre solicitudes ni prelación entre las mismas.

Al objeto de implementar los Programas Emple@Joven y Emple@30+ y garantizar la puesta en marcha y funcionamiento de las medidas incorporadas a la presente Ley, resulta necesario

dotar al Servicio Andaluz de Empleo de los medios humanos y materiales precisos, reforzando con ello los recursos de los que actualmente dispone, a través de los instrumentos de financiación previstos en la normativa de aplicación. Asimismo, en aplicación de los principios generales de eficacia y eficiencia en la gestión, y al objeto de agilizar la tramitación de las contrataciones incentivadas, los citados Programas tienen la consideración de sector y funciones prioritarios a los efectos de lo dispuesto en el artículo 12.2 de la Ley 6/2014, de 30 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2015, en lo referente a la dotación de personal laboral temporal o al nombramiento de personal funcionario interino.”

Estamos ante una decisión de política de empleo, que viene a apostar por la contratación laboral temporal como mecanismo que facilite el acceso al mercado de trabajo. Aunque no se dice expresamente, parece que subyacen en la acción del legislador las pretendidas bondades de la idea de flexiseguridad. Se recurre a la temporalidad como fórmula de intervención en el mercado de empleo y se recurre así, a lo que Cruz Villalón señala como “la distorsión principal de nuestro mercado de trabajo: su elevada rotación a resultas de la excesiva tasa de temporalidad. La respuesta sólo puede ser, a nuestro juicio, sobre la premisa de establecer un régimen de intensa separación de tratamiento entre la contratación temporal justificada y la abusiva, con amplia permisividad de la primera y contundente penalización de la segunda. En paralelo, la necesaria reorientación de nuestro modelo económico hacia un patrón de crecimiento basado en la innovación y la productividad, que fomente empleos más estables y desincentive la precariedad laboral. Y, todo ello, sin olvidar la necesaria reestructuración del empleo público, donde las Administraciones Públicas adopten criterios de gestión de su personal mucho más racionales y que rompan con las lógicas perversas que desembocan en un abuso en su seno también de la contratación temporal”⁷.

Ahora bien, las reglas de aplicación del principio de igualdad y no discriminación de la Directiva 70/1999/CE parten de la doble caracterización del trabajo temporal como trabajo flexible y precario, y, en algún momento y país, feminizado. Lo primero implica que el trabajador, ligado de forma más frágil e inestable a la empresa, tiene una menor fuerza contractual de cara a la negociación y aceptación de sus condiciones de trabajo, o incluso a la reclamación de sus derechos, al estar condicionado por las expectativas de renovación, prórroga o conversión en fijo, y un estatus laboral inferior como consecuencia de la vinculación de ciertos derechos a la permanencia en la empresa (antigüedad, vacaciones, indemnizaciones por extinción, pensiones, etc.). Lo segundo supone que el trabajo temporal pueda constituir también una causa de discriminación indirecta por razón del sexo, cuando no se trate de una condición neutra desde ese punto de vista, lo que contribuye a fortalecer el mandato de igualdad y no discriminación de los trabajadores y trabajadoras temporales. Desde esta doble dimensión, la cláusula 4 del Acuerdo marco dispone que los trabajadores temporales no podrán ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos comparables (del mismo centro, puesto y trabajo) o peor que conforme a lo establecido con carácter general en el convenio aplicable, en la negociación colectiva o en la práctica nacional por el simple hecho de tener un contrato de duración determinada, salvo que el tratamiento diferenciado esté justificado por razones objetivas, en su caso mediante la aplicación de la regla de prorrateo temporal⁸.

7 Cruz Villalón, J., “El impacto de la jurisprudencia europea sobre la contratación temporal”, IUS-labor 1/2017.

8 González del Rey Rodríguez, I., “El trabajo temporal en la jurisprudencia comunitaria”, Foro, Nueva época, vol. 19, núm 2, 2016, pp. 413-431.

3. LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

De la normativa andaluza citada no se desprende que la misma venga a establecer ningún régimen legal especial de contratación ni de retribución, sino solo a implementar políticas activas de empleo mediante un sistema de ayudas públicas dirigidas y concedidas a las entidades locales con el fin de que contraten en régimen laboral a personas con determinado perfil -aquellas inscritas como demandantes de empleo no ocupadas que reúnan alguno de los varios requisitos que se contemplan, referidos a la edad y a su inscripción en el fichero del Sistema Nacional de Garantía Juveni-, las que deben quedar sometidas al correspondiente régimen laboral que les resulte de aplicación, y sin que la finalidad y el origen de los fondos constituyan justificación objetiva alguna que permita descolgarles de la aplicación -en este caso- de las previsiones del convenio colectivo, lo que sin duda constituiría una inadmisibles discriminación. Es de destacar que entre las condiciones de trabajo se encuentra indefectiblemente el salario, tal como ha señalado la jurisprudencia europea (STJUE de 13 de septiembre de 2007, del Cerro Alonso, C-307/05, apartado 47 y 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, apartados 50 a 58⁹).

Pues bien, la actuación de los Ayuntamientos ha generado una nada desdeñable litigiosidad por cuanto que los participantes de los Programas interesaban la aplicación de idéntico régimen jurídico que las plantillas municipales. Han sido multitud los aspectos en que tanto Juzgados de lo Social como Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía e incluso la Sala IV del Tribunal Supremo han tenido que pronunciarse a fin de interpretar una normativa que se ha revelado muy controvertida en su aplicación.

La principal cuestión controvertida ha sido el aclarar si los trabajadores contratados por los Ayuntamientos al amparo de los programas financiados con ayuda a la contratación, programas Emple@joven y Emple@+30 deben incluirse o no dentro del ámbito de aplicación de los Convenios Colectivos para el personal laboral de las Corporaciones Locales correspondientes. ¿Ha sido la temporalidad una fuente de soluciones o de problemas?

De un lado, debemos destacar que encontramos por un lado una “sorprendente” respuesta sindical a esta cuestión y así, no han sido pocos los Ayuntamientos donde se haya negociado y acordado excluir a los beneficiarios de los Planes de Empleo de la aplicación de los Convenios Colectivos.

Como ejemplo clarificador podemos acudir al de las dos capitales más grandes de Andalucía Occidental: Sevilla y Córdoba.

En Sevilla, la Comisión Paritaria del Ayuntamiento de Sevilla, mantuvo sesión de fecha 26 de noviembre de 2016 destinada a la interpretación de la Disposición Adicional Séptima, apartado 4^o y el artículo 2.d del Convenio Colectivo en relación con los programas gestionados por la Dirección de Empleo y Apoyo a la Economía e Innovación Social. El acuerdo alcanzado fue el siguiente: “El programa extraordinario de Ayuda a la Contratación de Andalucía en el Ayuntamiento de Sevilla, así como los Programas Emple@Joven y Emple@30+, en sus actuales ediciones y en las sucesivas, si las hubiere, y todos aquellos programas cuyo objeto sea de carácter

⁹ Afirmación reflejada en el laudo dictado sobre estas y otras cuestiones por el árbitro, profesor Jesús Cruz Villalón, con signatura del SERCLA 2/17/JCV dictado en el procedimiento 41-2017-38 siendo partes interesadas el Ayuntamiento de Palomares del Río y la sección sindical CSI-CSIF.

primordialmente socioeconómico, quedan incluidos en los programas asimilados regulados en la Disposición Adicional Séptima, apartado 4, en relación con el artículo 2.d) del Convenio Colectivo, por lo que el personal laboral contratado con cargo a los mismos queda excluido de la aplicación del Convenio Colectivo del personal laboral del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, rigiéndose por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”.

Fueron firmantes del acuerdo las Secciones Sindicales de CC.OO., UGT, CSIF, SPPME-A¹⁰ y hubo una excepción, la del SEM¹¹, única central sindical, que declinó firmar tal acuerdo.

Por su parte, en el acta de la reunión de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Córdoba celebrada el día 20 de diciembre de 2018 se aborda en su segundo punto el denominado como “Condiciones retributivas del personal a contratar en los programas Emple@” y su tenor literal es el siguiente: “(...) La propuesta de la Corporación es la misma que ya se expuso en la reunión anterior, celebrada el pasado día 13 de noviembre, es decir, la retribución de todo el personal que se contrate sería, al igual que en la edición anterior, de acuerdo con el importe de la subvención, sin aportación municipal. Se procede a la votación por parte de las distintas Secciones Sindicales:

- CGT: No aprueban las condiciones retributivas planteadas
- CC.OO.: Sí, aprueban las condiciones retributivas planteadas
- CTA¹²: Sí, aprueban las condiciones retributivas planteadas (aporta escrito para anexar a este Acta¹³)
- UGT: Sí, aprueban las condiciones retributivas planteadas”

Es decir, que las centrales sindicales más representativas optaron decididamente por excluir al personal de los denominados Planes de Empleo del ámbito subjetivo de aplicación de los Convenios Colectivos para el personal laboral al servicio de la Administración Local.

El principio de a igual trabajo, igual salario, establecido por el Convenio 100 OIT de 1951-cedía ante los intereses compartidos de Administraciones Locales y sindicatos representativos que acordaban no aplicar el Convenio Colectivo a los trabajadores con mayores necesidad de integración sociolaboral. Se desconocía de esta manera la doctrina administrativista del Tribunal Supremo¹⁴ que rotundamente afirma que «la contratación laboral por parte de los organismos públicos no juega el principio de libertad, que corresponde a los particulares (en relación con los cuales no podría plantearse en principio un derecho de igualdad a acceder a sus empresas), sino

10 Sindicato Profesional de Policías Municipales de España-Andalucía.

11 Sindicato de Empleados Municipales

12 Coordinadora de Trabajadores de Andalucía

13 Dice el referido escrito: “La posición inequívoca por parte de CTA y a efectos de dejar constancia en la Meda de Contratación de es que no estando de acuerdo con estos planes de empleo, porque consideramos que sustituyen la necesidad de empleo estructural en empleo eventual, y porque las diferencias retributivas con los trabajadores municipales también son inaceptables. Nos vemos en la obligación de aprobar dichos planes, aunque parezca contradictorio porque significa el reparto en empleo de 5305800,00 @€. Así mismo que este Sindicato no cejara de luchar en contra de toda esta política, incluida la discriminación salarial”.

14 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 7 de julio de 1997 (Rec. 9425/1995).

que, como Administraciones que son, están totalmente sujetos a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), operando respecto a ellos el derecho fundamental del art. 23.2 CE, lo que impone un juego riguroso del principio de igualdad».

Y no debemos, además, olvidar que esa cuestión se ha suscitado en un marco jurídico caracterizado por los siguientes rasgos¹⁵:

- Régimen constitucional y legal con requisitos específicos para el acceso al empleo público
- Regulación parcial e incompleta del régimen jurídico del empleado público, remitido al resultado de la negociación colectiva en cada ámbito
- Diversidad regulatoria de regímenes del personal (eventuales, funcionarios públicos de carrera e interinos y laborales fijos, temporales e indefinidos no fijos), lo que genera la concurrencia de órdenes jurisdiccionales diversos (social y contencioso) que resuelven los conflictos con atención a diferentes parámetros (justicia declarativa frente a justicia revisoria) y normas jurídicas (reglamentos administrativos frente a convenios colectivos)

Abordaremos a continuación el seguimiento de los más importantes hitos de este recorrido judicial.

4. LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

La primera ocasión en que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía tuvo ocasión de pronunciarse al respecto fue con objeto de la demanda de conflicto colectivo promovida por el SEM en relación a la aplicación o no al personal contratado en virtud de los planes de empleo del Convenio Colectivo del personal laboral al servicio del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra.

Se fijó así el criterio de Sala con la Sentencia dictada por el TSJ de Andalucía, Sala de Sevilla, de fecha 29 de junio de 2017, recurso 2602/2016, y que posteriormente ha sido reiterado en varias sentencias posteriores de la misma Sala, como son la Sentencia de 28 de Septiembre de 2017, recurso 3220/2016, la Sentencia de 24 de enero de 2018, recurso 491/2017, y la Sentencia de 24 de enero de 2018, recurso 962/2017. Señalan estas sentencias que no existe fundamento objetivo suficiente para excluir a los trabajadores contratados a través de estos programas de empleo de la aplicación del convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra, cuyo artículo 2.1.b) incluye expresamente a todos los trabajadores temporales sin realizar exclusión alguna por razón del tipo de contratación. Las citadas sentencias rechazan que el carácter excepcional de las contrataciones realizadas justifique la falta de aplicación del convenio. En particular, señalan estas sentencias que “el hecho de que se haya acogido el Ayuntamiento a las previsiones del Decreto Ley 9/14 de la Junta de Andalucía, no significa que no se les deba aplicar a los actores el Convenio Colectivo de los trabajadores del mismo Ayuntamiento que como ellos trabajan en régimen de laboralidad, por no acreditado que los actores realizasen una prestación laboral no equivalente a la propia de su categoría profesional, en función de la cual se establece el salario correspondiente a la misma en el convenio colectivo, y no resulta trascendente a estos efectos, ni la fuente de financiación, ni que se les abone su salario con cargo a la subvención que se concedió al

15 Realizamos tal caracterización a partir de la elaborada por Sánchez García (2020).

demandado, toda vez que, como razona la sentencia combatida la resolución del Servicio Andaluz de Empleo de 21 de noviembre de 2014, que regula la concesión de la subvención, tan sólo establece la concesión de una ayuda, cifrándola en el 100% del gasto subvencionado, lo que no quiere decir que cubra la totalidad del salario de los trabajadores contratados dado que el importe total de los costes laborales de los trabajadores contratados, es independiente de la subvención. Este argumento se ve corroborado por el artículo 6 del Decreto Ley, que establece la compatibilidad de estas ayudas con “otras ayudas, ingresos o recursos que se concedan para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales, de la Unión Europea o de otros Organismos Internacionales, siempre que el importe de los mismos, aisladamente o en concurrencia con otras ayudas, ingresos o recursos, no superen el coste de la actuación incentivada.”, es decir, este precepto admite la concurrencia de subvenciones para costear un determinado proyecto municipal, pudiendo todas ellas financiar el salario de los trabajadores, por ello el importe de este salario no tiene por qué coincidir con el importe de la subvención, incluso el artículo 22 del Decreto Ley establece como mérito para la concesión de la ayuda la cofinanciación por el Ayuntamiento de la obra subvencionada, lo que permite el abono de un salario superior al que resultaría de aplicar exclusivamente el importe de la subvención. Pero además el artículo 2 b) del Convenio Colectivo del Ayuntamiento recurrente expresamente incluye en el ámbito personal de aplicación del convenio, “A todos los trabajadores contratados temporalmente como laborales al servicio del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra”, por lo que es evidente que el convenio establece un ámbito personal en el que está incluido el actor, aunque su contratación fuera temporal, lo que le da derecho a las retribuciones fijadas en el mismo para su categoría profesional. El artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores establece la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en el convenio colectivo por parte de los trabajadores, lo que impide que las partes puedan convenir libremente el marco normativo regulador de la relación laboral, al venir impuesto a los contratantes por las disposiciones legales, fundamentalmente el Estatuto de los Trabajadores y los convenios colectivos, cuya eficacia normativa se funda en el reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva y del derecho a la negociación entre los representantes de los trabajadores y los empresarios (artículo 37.1 de la Constitución Española en relación con el artículo 3.1 b) del Estatuto de los Trabajadores). Las partes intervinientes en el contrato de trabajo, únicamente pueden pactar una mejora de las condiciones laborales respetando el marco normativo aplicable, y sin que en ningún caso puedan aminorar la retribución que el empresario ha de satisfacer el trabajador, como se pretende en el recurso, pues la misma constituye un derecho indisponible del trabajador”.

Tras este pronunciamiento y promovido similar procedimiento de conflicto colectivo también por Sindicato de Empleados Municipales (SEM) mediante demanda presentada el 6-2-2018 frente al Ayuntamiento de Sevilla, Comité de Empresa, CSIF, UGT, CC.OO. y Ministerio Fiscal, el mismo fue resuelto a través de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Sevilla de 9 de octubre de 2018, dictada en Autos núm. 148/18, que estimó la demanda y declaró que los trabajadores contratados temporalmente por el Ayuntamiento de Sevilla al amparo de los programas financiados con ayuda de otras Administraciones Públicas, programas extraordinarios de ayuda a la contratación, programas emplea joven y emplea 30+, se encuentran incluidos dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo para el personal laboral de la Corporación Municipal, con los efectos jurídicos y económicos que resulten procedentes, así como la nulidad de pleno derecho, por discriminatorias, de todas aquellas situaciones de hecho o de derecho que contravengan lo dispuesto en el art. 14 de la Constitución y en la cláusula 4ª de la Directiva

99/70/CE, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada.

Recurrida dicha resolución en suplicación por el Ayuntamiento sevillano, fue la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ andaluz de 10 de julio de 2019 la que desestimó el recurso, en consideración a las razones que se exponen en el Fundamento Cuarto, del siguiente tenor:

“I.- Despejadas las objeciones procesales planteadas por la parte recurrente nos corresponde abordar finalmente el único motivo dedicado a la censura jurídica sustantiva - séptimo y último del recurso - que como se ha adelantado imputa a la sentencia de instancia la infracción del art. 2 y de la Disposición Adicional 7ª del Convenio Colectivo.

II.- Son varias las razones que nos llevan a no compartir el reproche formulado por el Letrado del Ayuntamiento en los términos que a continuación se exponen.

1ª) El art. 2.b) del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Sevilla incluye en su ámbito personal de aplicación “A todos los trabajadores vinculados a la Corporación en virtud de contrato”, comprendidos, por tanto, los afectados por la presente controversia que de conformidad con lo dispuesto en el art. 37.1 del Constitución y 3.1.c), 15.6 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tienen derecho a gozar de las mismas condiciones salariales y laborales que el personal de su correspondiente categoría profesional, no habiéndose alegado ni acreditado que las funciones desarrolladas y las circunstancias en que lo hacen difieran de las predicables de aquellos.

2ª) La Corporación demandada, en su condición de Administración Pública, ha de actuar con sometimiento pleno a la Ley y el Derecho (art. 103.1 de la Constitución) y con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), debiendo garantizar a los trabajadores temporales a su servicio un trato igual que al personal fijo, cuando como aquí sucede el convenio colectivo le incluye en su ámbito de aplicación.

3ª) La justificación para el trato desigual del personal temporal afectado por el conflicto no puede consistir en que su contratación se produce al amparo de unos determinados programas financiados mediante ayudas de otras Administraciones Públicas con la finalidad de fomentar su inclusión social y favorecer su inserción laboral. En primer lugar, no se ha alegado ni acreditado que las normas que regulan esos programas establezcan que los beneficiarios deban regirse por la legislación general y les sitúen extramuros del ámbito de aplicación del convenio colectivo por el que se rija la entidad para la que presten servicios. En segundo lugar, el camino para lograr tan loable objetivo no pasa por someter su prestación de servicios a unas condiciones mucho más gravosas lo que lejos de contribuir a paliar su marginación y vulnerabilidad la acentúa.

4ª) La exclusión del citado colectivo del ámbito de aplicación del convenio del Ayuntamiento no sólo carece de justificación objetiva y razonable vulnerando el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución sino que tampoco encuentra acomodo en el apartado 4 de la Disposición Adicional 7ª pues no se encuentran elementos de similitud entre ese personal y los alumnos-trabajadores de Casas de Oficios, Escuelas Taller y Plan de Formación en prácticas en la ciudad contratados por el Servicio de Desarrollo Local en el Área de Juventud y Empleo.

5ª) El criterio de la Comisión Paritaria del convenio colectivo, por muy respetable que sea, no vincula a los órganos judiciales ni puede prevalecer frente a las normas constitucionales.”

Dicha sentencia devino firme el 17 de noviembre de 2020 tras la inadmisión del recurso de casación formulado ante el Tribunal Supremo por la representación letrada del Ayuntamiento.

Los argumentos esgrimidos por las representaciones municipales que se opusieron a las reclamaciones judiciales formuladas gravitaron en torno a los siguientes argumentos:

- Los procesos de selección para la contratación del personal se ha realizado sin respetar los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad
- Se ha tratado de programas singulares y concretos motivados por causas de utilidad social realizados por una entidad pública sin ánimo de lucro y para realizar trabajos de interés comunitario o social, con sustancial financiación pública de los costes de mano de obra
- La finalidad de las contrataciones atendía al fomento de la inserción laboral y la mejora de la empleabilidad de determinados colectivos de personas desempleadas, bien en riesgo de exclusión social bien con difícil acceso al mercado laboral
- El régimen singular que en ocasiones los Convenios tenían previstos para los trabajadores contratados con cargo a determinados Programas
- Inexistencia de previsiones salariales ni presupuestarias ni en la Relación de Puestos de Trabajo de los Ayuntamientos
- Existencia de suficiente justificación de las diferencias de trato, que aparecen como fundadas y razonables por cuanto que el objetivo del programa es bien facilitar la ocupación a trabajadores jóvenes desempleados para recuperar u obtener experiencia laboral
- Afirmación de que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello
- Excepciones procesales formales, como cuestiones referidas a la legitimación, falta de acción o inadecuación procesal
- Inexistencias de conflicto jurídico ni social ni actual

Con la desestimación íntegra de los mismos por parte de todos los niveles judiciales - instancia en los Juzgados de lo Social, suplicación en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y casación para la unificación de doctrina en la Sala IV del Tribunal Supremo, que no fue admitida-, quedó fijado el criterio de que la exclusión del ámbito subjetivo del Convenio Colectivo -con o sin acuerdo- del personal contratado para los planes de empleo resultaba discriminatoria y debía ser declarada nula. Tras estos pronunciamientos no han sido pocos los trabajadores que han formulado las consiguientes demandas ya sea por la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas como por la de reclamación de cantidades.

En línea con estos pronunciamientos judiciales encontramos los realizados por las Salas de diferentes Tribunales Superiores de Justicia. Y en este sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su sentencia número 560/2011, de fecha 20 de julio de 2011, dictada en el recurso de suplicación n.º 473/2011, razona: «Es sabido que en los supuestos en

que un Convenio Colectivo, durante su vigencia, queda afectado por una Ley que lo contradiga, rige el principio de que el convenio debe someterse a ella, en virtud del principio de jerarquía normativa que consagra, a nivel general, el art. 9.3 de la Constitución, principio también recogido en el art. 3.1 ET, pues, por definición, una norma de rango inferior, como es el convenio colectivo, no puede entrar en colisión con otra norma de rango superior. Sobre este extremo, baste recordar la STS de 16.2.1.999, en la que se declara que: “...Sobre la línea delimitadora ley- convenio, colectivo y la primacía de la ley sobre el convenio colectivo, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que “el Convenio Colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución” (STC 177/88). [...] El art 27 EBEP establece que las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo aplicable y el contrato de trabajo, respetando en todo caso lo estipulado en el art. 21 del mismo Texto legal (“no podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la LPGE para el personal”). Según este último precepto, el incremento de la masa salarial del personal laboral deberá reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos. Este tope afecta y vincula a las partes negociadoras de los convenios, que no podrán pactar una masa salarial por encima de los máximos establecidos. Por su parte, el art 134.2 CE y la Ley 47/2003, de 26 noviembre, General Presupuestaria, señalan que las leyes Generales de Presupuestos del Estado de cada año incluirán la totalidad de gastos del sector público estatal, entre los que se incluyen las retribuciones del personal laboral.

Como dicen las STS de 16 de diciembre de 2010, res. 240/09 y de 16 de febrero de 2011, res. 100/10: “el “concepto presupuestario” de masa salarial ha sido elaborado precisamente para los convenios colectivos en el sector público”. Con ello se veta que pueda haber, en el ámbito público, unas subidas anuales de la masa salarial bruta que sean superiores al porcentaje que se haya fijado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho año. Pero las limitaciones de las leyes de presupuestos anuales sobre la subida de la masa salarial afectan a lo que está inicialmente dentro del poder de disposición de las partes sociales, como es lo relativo a la fijación de la cuantía concreta de los salarios, pero no constituyen un argumento que pueda elevarse frente al cumplimiento de las disposiciones establecidas con carácter imperativo por la legislación laboral vigente, porque en ese caso los actos del empresario no tienen naturaleza voluntaria y dispositiva, sino que son actos debidos. Es decir, los actos unilaterales del empleador público y los pactos individuales o colectivos suscritos por el mismo, en cuanto entran dentro de su poder de disposición, quedan limitados por las prescripciones de la Ley de presupuestos. Pero tales limitaciones no son aplicables cuando se trata de actos debidos, esto es, de aplicación pura y simple de las prescripciones legales. De convertir el tope de subida de la masa salarial establecido en la Ley de presupuestos anuales no en un límite a la autonomía individual o colectiva para regular lo que entra dentro de su poder de disposición, sino en un obstáculo al puro y simple cumplimiento de la legislación laboral, sus efectos serían exorbitantes. En suma, el art. 21 del EBEP, en cuanto establece que no podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la LPGE, no impide a los trabajadores reclamar las retribuciones que conforme a los servicios prestados les correspondan, puesto que son cuestiones distintas, de un lado, la negociación colectiva y las limitaciones que a la misma le impongan las Leyes de Presupuestos, y, de otro, los derechos individuales de los trabajadores.»”

Muy ilustrativa, resulta también ser la sentencia del TSJ cántabro de 25 de noviembre de 2016, que dice: “La cuestión litigiosa ha sido analizada por esta Sala en las sentencias previas del TSJ de Cantabria de 13 de julio de 2016 (rec. 362/2016), dictada en relación al Ayuntamiento demandado, si bien, en relación a personal contratado en el sector de limpieza viaria, pero que, al igual que en el presente caso, habían concertado contratos bajo la denominación “de duración determinada de interés social”; y también la STSJ Cantabria de 21 de noviembre de 2016 (rec. 828/2016), en este caso sí idéntica al actual bajo el epígrafe “regeneración y acondicionamiento funcional de espacios urbanos degradados”, por lo que la respuesta debe ser la misma, al no existir razones que avalen un cambio de criterio. En esas sentencias consideramos contrario al principio de igualdad la inferior retribución de este personal respecto al personal indefinido que realizaba las mismas funciones, al igual que la exclusión convencional de los referidos contratos, ya que, con ello, se perjudica a los trabajadores que prestan servicios para el Ayuntamiento con cargo a fondos ajenos, superando el juicio de legalidad a que se somete. Los argumentos para alcanzar esta conclusión se basaron en la doctrina constitucional. En este sentido, la STC 136/1987, de 22 de julio (RTC 1987, 136), recuerda que: “Frente al razonamiento de la actora, cabe señalar, por último, que las partes negociadoras de un convenio colectivo no gozan de libertad absoluta para delimitar su ámbito de aplicación. Antes al contrario, la negociación colectiva de eficacia general, a la que pertenece el Convenio de que ahora se trata, está sujeta a muy diversos límites y requisitos legales, pues no en balde produce efectos entre ‘todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su campo de aplicación, como prescribe el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores; limitaciones que tienen su fundamento constitucional en el art. 37.1 de la norma suprema, que encomienda a la ley el papel de garantizar ‘el derecho a la negociación colectiva laboral’, y que, como ya declarara la Sentencia de este Tribunal 73/1984, de 27 de junio, a propósito de los sujetos legitimados para negociar, ‘escapan al poder de disposición de las partes negociadoras’. Esos límites alcanzan también a la determinación del ámbito de aplicación del convenio colectivo, aspecto este que debe ser resuelto por las partes negociadoras respetando en todo caso los imperativos legales. De todo ello se desprende que la anulación en vía judicial de las cláusulas que excluyen a los trabajadores temporales de la retribución de los indefinidos, no puede calificarse como una lesión de la libertad concedida a las partes para delimitar el ámbito de aplicación del Convenio, desde el momento en que aquella anulación se ha basado en las limitaciones que el principio de igualdad y no discriminación - reconocido en el art. 14 de la Constitución y en el art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores - impone a la negociación colectiva. El principio de igualdad no obliga, desde luego, a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una Empresa o de un ámbito geográfico y funcional determinado y, por lo mismo, no impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo, si es que consideran que, por sus singulares características o por otras circunstancias relevantes para la prestación de sus servicios, esa es la mejor vía para la defensa de sus intereses. Pero a esa exclusión, que generalmente tiene su origen en una preferencia de los afectados, no puede asimilarse la de aquellos otros grupos de trabajadores que, por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo, carecen de poder negociador por sí solos (peso de los contratados temporales de inserción social frente al resto de plantilla) y, al mismo tiempo, se ven apartados contra su voluntad del ámbito de aplicación del convenio correspondiente, en la concreta materia de retribución funcional. En este último supuesto, la exclusión, puede no ser el fruto de una mera ordenación de la negociación colectiva en virtud de la facultad concedida a las partes por el ordenamiento, sino más bien una vía para imponer injustificadamente condiciones de trabajo peyorativas a los trabajadores afectados. El Convenio Colectivo del Ayuntamiento, al excluir de la retribución de los indefinidos, al colectivo

de personal laboral que no percibe su salario exclusivamente con cargo a los presupuestos de dicha entidad local (personal que somete su contrato a subvenciones de otras entidades o administración), está sometiendo a un nivel de empleo más precario y vulnerable a aquellos trabajadores que contrata de forma temporal con justificación en un alegado interés social. Lo que no es admisible es que se decida prescindir de la retribución prevista en el convenio colectivo “de empresa”, para una categoría profesional indefinida, de forma que personal laboral que realiza una actividad laboral idéntica, tenga una retribución distinta en función de los fondos de los que proviene su retribución o la causa de su contratación que, en última instancia, no es otra que la del Ayuntamiento en que se ha integrado la subvención, por el interés social al que responde. En definitiva, en contra de lo que se argumenta en el escrito de recurso, entendemos que se han conculcado los principios generales de igualdad de trato y de no discriminación que se contienen en los arts. 14 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) y 17 del Estatuto de los Trabajadores. Se retribuye de forma diferente al personal que realiza las mismas funciones que el que ostenta la misma categoría profesional, sin que se justifiquen elementos diferenciales que habiliten a ello. Nos encontramos ante personal contratado por tiempo determinado para la realización de las mismas funciones que el resto de personal de su categoría -en este caso, la de “operario de obras”, al que, sin embargo, se retribuye con un salario inferior al fijado en la norma convencional.

Los argumentos de que se trata de un contrato que obedece a una concreta finalidad y que está sujeto a una subvención pública, no constituyen elementos diferenciales que justifiquen la diferente retribución. Principalmente, porque no estamos ante dos tipos de personal con un régimen jurídico distinto, lo que justificaría la diferencia, como ocurre en los supuestos de diferencias retributivas entre personal funcionario y laboral. Para estos supuestos se ha sostenido que “(...) la igualdad o desigualdad entre estructuras, como las situaciones funcionariales, que son - prescindiendo de su sustrato sociológico real- creación del Derecho, es resultado de la definición que éste haga de ellas; esto es, de su configuración jurídica que puede quedar delimitada por la presencia de muy diversos factores. Por tanto, al amparo del principio de igualdad no es lícito tratar de asimilar situaciones que en origen no han sido equiparadas por las normas jurídicas que las crean. La discriminación, de existir únicamente derivará de la aplicación por la Administración de criterios de diferenciación no objetivos ni generales (SSTC 9/2015, de 16 de enero, con cita de las previas SSTC 7/1984 , 68/1989 , 77/1990 , 48/1992 , 82/1994 , 236/1994 , 237/1994). Se ha impuesto una diferencia salarial que tiene un significado discriminatorio, en el sentido fijado en las SSTC 34/1984, 177/1988 , 28/1992 , entre otras muchas. Además, como establece la STC 161/1991, “(...) cuando el empresario es la Administración Pública, ésta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Como poder público que es, está sujeto al principio de igualdad ante la ley que, como hemos declarado, concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales”. Esta doctrina ha sido asumida por la Sala IV del Tribunal Supremo, entre otras, en las SSTS de 27-1-1991 (RJ 1991, 8420), 22-7- 1996 (RJ 1997,5710) y 17-5-2000 (RJ 2000, 5513). Por tanto, si bien el principio de igualdad no supone la igualdad absoluta de trato, la desigualdad con relevancia constitucional viene determinada por la introducción de diferencias carentes de una justificación objetiva y razonable entre situaciones que pueden considerarse iguales. Esto es lo que ocurre en el presente caso, ya que la Administración empleadora ha tratado de introducir una diferente retribución en la realización de actividades idénticas, que no responde a peculiaridades que pudieran justificar la

diferencia de trato e impone consecuencias jurídicas inadecuadas y desproporcionadas. Por otro lado, como también indicamos en las STSJ Cantabria 13-07-2016 (rec. 362/2016) y 18-11-2016 (rec. 828/2016), la subvención a la que responde la contratación del actor debe entenderse como una cantidad con la que “se subviene o ayuda, no con la que se paga”, además de que no cabe olvidar la posibilidad del Ayuntamiento podía haber negociado una cláusula de “descuelgue”. Pero lo que no resulta ajustado a derecho es dejar de aplicar, sin más, una normativa convencional propia, que establece una retribución superior para el mismo trabajo a su personal. Las Administraciones Públicas, como la demandada, pueden acogerse a subvenciones públicas, pero ello no impide la aplicación de la precedente normativa citada, que obliga a la retribución de su personal, conforme a parámetros de igualdad retributiva para el mismo trabajo, por imperativo de la norma contenida en el art. 14 CE y concordantes, al no existir razonable justificación de la diferencia de trato pretendida. El que se trate de una contratación debida a planes de empleo extraordinaria en un contexto coyuntural y subvencionado, no deja sin efecto el citado principio que motiva el reconocimiento cuestionado ni la constatación de un nuevo RPT lo impide (que no es objeto de impugnación en esta litis), ni que haya sido negociado con representación de los trabajadores la diferencia de trato salarial lo legitima, así como tampoco el hecho de que se retribuya algo, por encima de subvención, satisface el derecho de los actores a la igualdad retributiva reconocida en la instancia, que sólo se satisface con la referida identidad retributiva”

Por su parte, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2020, rec. 435/2018, insiste en esta jurisprudencia para resolver un supuesto muy similar al de la STS de 7 de noviembre de 2019 en el marco de un ayuntamiento madrileño y así ha resuelto que un trabajador contratado temporalmente al amparo de la subvención incluida en el Programa de inserción laboral para personas desempleadas de larga duración que hayan agotado las prestaciones por desempleo, de acuerdo con la Orden (10859/2013) 13549/2014, de 31 de julio, de la Consejería de empleo de la Comunidad de Madrid, debe ser retribuido de acuerdo con el convenio del ayuntamiento contratante. Observamos, pues, una línea de coherencia doctrinal en los referidos pronunciamientos judiciales.

5. CONCLUSIONES

- Ni la finalidad ni el origen de los fondos de los que puedan traer causa un programa de contrataciones laborales constituyen justificación objetiva alguna para descolgar de la aplicación del Convenio Colectivo de empresa a los trabajadores sujetos a tales contrataciones. Antes al contrario, tal decisión constituye un supuesto de discriminación. Que una entidad pública local resulte ser beneficiaria de una subvención no constituye motivo alguno para incumplir con la normativa laboral y menos aún para excluir a un grupo de trabajadores - por su mera condición de temporales- del régimen jurídico aplicable a la plantilla municipal.
- La exclusión -ya sea unilateral o pactada- vulnera lo preceptuado por el artículo 14 de la Constitución que proclama los españoles son iguales ante la Ley, sin
- Que pueda prevalecer discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Y activa la previsión del artículo 17.1 del ET: “Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar

en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”

– Las Administraciones Públicas, en su papel de entidades empleadoras deben otorgar un trato igual a los empleados con independencia de cuál sea la modalidad contractual en virtud de la que accedieron al empleo público y por la que prestan servicios. Establecer un trato diferenciado que atienda a este motivo constituye una causa oprobiosa de discriminación

– No es posible aludir a la condición de trabajadores temporales para excluir a los mismos de la aplicación de un determinado régimen jurídico-laboral. Y ello por cuanto que esta actuación vulnera lo preceptuado por la Directiva 99/70

– El Decreto Ley 9/2014 de 15 de julio de la Junta de Andalucía no es fuente de la relación laboral, como tampoco lo es el Decreto-Ley 8/2014, de 10 de junio, ni tampoco el Decreto Ley 6/2014, de 29 de abril, por cuanto que el artículo 149.7 CE establece una reserva competencial a favor del Estado en esta materia. Esta norma no viene a establecer ningún régimen legal especial de contratación ni de retribución, sino solo a implementar políticas activas de empleo mediante ayudas y subvenciones.

– La situación contractual de un trabajador temporal y de un trabajador temporal cuyo contrato se suscribe en virtud del fomento de empleo son situaciones contractuales equiparables, siendo la única diferencia que su contrato deriva de políticas activas de empleo mediante ayudas o subvenciones a los distintos Ayuntamientos, por lo que ese trato diferenciado en las retribuciones de los mismos, por no aplicación de las retribuciones fijadas en la RPT del Excmo. Ayuntamiento resulta vulneradora del derecho fundamental a la igualdad de trato.

– Llama poderosamente la atención que los autodenominados sindicatos mayoritarios hayan alcanzado acuerdos expresos para excluir a los trabajadores temporales de los programas de la aplicación de los Convenios Colectivos y hayan sido los sindicatos a los que aquéllos tildan de “corporativos” quienes hayan manifestado su desacuerdo y hayan accionado por la vía del conflicto colectivo ante esta situación

6. BIBLIOGRAFÍA

CRUZ VILLALÓN, J., “El impacto de la jurisprudencia europea sobre la contratación temporal”, IUSLabor 1/2017.

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., “El trabajo temporal en la jurisprudencia comunitaria”, Foro, Nueva época, vol. 19, núm 2, 2016, pp. 413-431.

MORENO VIDA, MA N., “La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Temas Laborales núm. 103, 2015, pp. 195-241.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “La contratación temporal en el sector público”, *Documentación Laboral*, núm. 110, 2017, pp. 27-55.

SÁNCHEZ GARCÍA, A.: “Las medidas correctoras del abuso de la temporalidad de los empleados públicos en España”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 23, 2020, Enero-Junio, pp. 161-206 Universidad Externado de Colombia.

**PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA
PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO: ¿RECONOCIMIENTO NACIONAL
VERSUS REPROBACIÓN COMUNITARIA? ANÁLISIS DE UN BIENIO
JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO NO ACLARADO**

*ARACELI VALLECILLO ORELLANA
Universidad de Córdoba*

1. Introducción
2. Revisión del ámbito aplicativo de la figura del «Personal Indefinido no Fijo» del sector público español
 - 2.1. Personal Funcionario versus laboral fijo y reverso laboral temporal
 - 2.2. Agónica presencia del personal contratado laboral en las Administraciones Públicas
 - 2.2.1. Personal contratado temporal perpetuado por una sola contratación laboral o por encadenamiento extralimitado de contratos temporales.
 - 2.2.2. Personal empleado público a raíz de normativas reformadoras de diciembre de 2021
3. Pronunciamientos judiciales supranacionales a colación de la Directiva 1999/70, de 28 de junio en el último bienio. Reapertura de la “Caja de Pandora”
 - 3.1. Cuestiones Previas
 - 3.2. Tratamiento causal del TJUE de la temporalidad exacerbada del Ordenamiento Jurídico español
4. Conclusión
5. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Siendo numerosos los empleados públicos que desempeñan sus funciones en el seno de diversas Administraciones Públicas (estatal, autonómica y local), bien en régimen de interinidad, de temporalidad o de eventualidad, muchos de ellos se encuentran desempeñando funciones profesionales en condiciones de inestabilidad profesional o, incluso, de modo afuncional por no estar expresamente adscritos a ninguna función asignada a puesto profesional concreto. No obstante ello, su permanencia en activo no responde a necesidades provisionales o transitorias si no, antes más bien, a necesidades que, por la vía de los hechos, han devenido estructurales y, en no pocas ocasiones, esenciales dentro del contexto de servicio público que los mantiene año tras año, presupuesto tras presupuesto. Dicha esencialidad no se traduce en términos de estabilidad laboral, antes más bien, supone una conformación precaria para la seguridad laboral y profesional del empleado público.

Esta situación ha dado lugar a escenarios difícilmente compatibles con las normas internacionales relativas al trabajo temporal, así como, con la norma nacional básica de las relaciones profesionales en el seno público como es el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público-EBEP¹, en concreto, en el aspecto relativo al marco jurídico y a los principios que rigen el acceso y la permanencia en el empleo público.

La misma conformación normativa del empleo público requiere de un proceso dotacional de recursos humanos que cubra las vacantes ocupadas por el personal nombrado en régimen temporal, es decir, provisional, convirtiéndolas, como colofón de un procedimiento dotacional reglado, en puestos de trabajo público estructurales consolidados, lo que debe motivar a las Administraciones implicadas a arbitrar mecanismos necesarios limitativos del recurso a la contratación temporal y, su consecuente, situación de inestabilidad. Situación de dotación estable a la que ha contribuido la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público².

Con dicha Ley el legislador nacional español pretende dotar al empleo público de la estabilidad necesaria para imprimir calidad a la prestación de servicio público y, de soslayo, propiciar a todo empleado público la merecida certidumbre y tranquilidad profesional a la que se debe llegar una vez incorporados al empleo público.

Dichas reivindicaciones han venido siendo apoyadas por diversos pronunciamientos de la jurisprudencia europea, como son, las sentencias del TJUE de 21 de noviembre de 2018, en el asunto C-619/17, de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, de 11 de febrero de 2021, asunto C-760/18, que han resaltado la insuficiencia de las medidas previstas en el ordenamiento interno para prevenir y sancionar el abuso de la temporalidad en el sentido indicado por la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada (DOUEL, núm. 175, de 10 de Julio de 1999), Auto del TJUE, 2 de junio de 2021, Asunto C-103/19, y, hasta la fecha, STJUE, de 3 de junio, asunto C-726/19,

1 BOE núm. 261, de 31 de Octubre de 2015.

2 BOE núm. 312, de 29 de Diciembre de 2021.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO: ¿RECONOCIMIENTO
NACIONAL VERSUS REPROBACIÓN COMUNITARIA? ANÁLISIS DE
UN BIENIO JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO NO ACLARADO

671

ambos pronunciamientos relativos a la aplicación de la Clausula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70,/CE.

A falta de un marco normativo básico firme³ que concrete adecuadamente un sistema de prevención y, en su caso, de sanción, de situaciones abusivas en materia de empleo público estructural en la Administración pública española, la jurisprudencia nacional debe asumir el papel eficazmente transponedor que le corresponde. En las SSTs 777/2020, de 17 de septiembre (Rec. 154/2018) y 822/2020, de 30 de septiembre (Rec. 112/2018), a título de ejemplo, el Alto Tribunal sigue apelando a la normativa nacional vigente no totalmente en sintonía con la normativa europea al efecto, por cuanto ésta presenta unos condicionamientos de acceso, permanencia y extinción de la relación profesional pública no del todo coincidentes con la regulación laboral interna y, en consecuencia, con la considerando judicial de dicho ámbito interno de aplicación.

Desde el ámbito normativo nacional, en los últimos años se ha venido trabajando en la reducción de la tasa de temporalidad existente en la Administración Pública- a tenor de un 8% de reducción de empleo público temporal, según los Acuerdos para la mejora del empleo público de 2017 y 2018 suscritos con las organizaciones sindicales representativas, posteriormente asumidos por las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, y, más recientemente, por la citada Ley 20/2021, fruto convalidado del Real Decreto-ley 14/2021.

De acuerdo con dichas normas, la estabilización se realiza a través de la convocatoria de procesos selectivos de acceso al empleo público estructurados bajo el formato de Ofertas de Empleo Público- OEP- garantizando, en todo caso, el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad instaurados por los artículos 23 y 103 de la Constitución Española. A ello, se debe unir, la modificación del marco normativo que presenta la Ley 20/2021, en el sentido de mantener en la normativa básica nacional del empleo público, la existencia de un personal temporal empleado público, si bien régimen jurídico más específico que ofrezca mayor seguridad jurídica a su permanencia profesional. Dicho régimen jurídico ha consistido en esencia, en la implantación de medidas normativas limitadoras y correctivas del uso abusivo de la temporalidad.

No obstante ello, estas medidas se consideran insuficientes, según voces doctrinales, por cuanto la actual normativa española es una de futuro, esto es, introduce medidas preventivas que eviten la excesiva temporalidad en el empleo público empero no da respuesta adecuada a la utilización abusiva de la temporalidad ya existente, al no sancionarla en los términos indicados por la normativa comunitaria. Del mismo modo, consideran que tampoco plantea una prevención de la temporalidad de futuras incorporaciones, por cuanto mantiene las medidas ya existentes en regulaciones predecesoras cuyo resultado se conoce ya como insuficiente. En este contexto, reclaman, una respuesta más concreta por parte de la Administración responsable proponiendo un marco básico de reforma de la normativa actualmente reguladora que aborde una adecuada planificación de los recursos humanos ya existentes y no sólo de los por venir.

³ Actualmente presentado con la Ley 20/2021, que es fruto de la convalidación del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE núm. 161 de 07 de Julio de 2021), el cual se encuentra, al cierre de estas líneas, recurrido ante el Tribunal Constitucional.

2. REVISIÓN DEL ÁMBITO APLICATIVO DE LA FIGURA “PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO” DEL SECTOR PÚBLICO ESPAÑOL

Desde el momento en el que la propia Constitución Española de 1978 proclama la preferencia por el sistema de empleo público funcional (art. 103.3 y 149.1.18)⁴ la encomienda para el legislador de reserva funcional de autoridad, y las prerrogativas de estabilidad laboral implícitas al empleado público que adquiera la condición funcional, quedan implantadas.

Normativamente, a través de varias disposiciones, va discurriendo el desarrollo jurídico de la figura funcional culminadas, no sin importantes lagunas de contenido material, con la Ley 7/2007, de 12 de abril, del EBEP⁵, norma básica actual del empleo público que, posibilitando el establecimiento de cualquiera de las variables estructurales administrativas, mercantiles o fundacionales de las que se compone el ámbito empleador público (artículo 2 EBEP), deja bien conceptualizado que el empleado profesional público permanece sujeto a ciertas especificidades y limitaciones de derecho público, principalmente exigidas para el momento de la incorporación, al deber cumplir los elementos condicionantes de mérito y capacidad en el acceso a cualquier puesto de trabajo público, así como, el respeto al régimen general de incompatibilidades de funciones públicas.

Ello no es óbice para que la Administración Pública, entendida en su acepción más amplia, haya venido estando conformada por otro tipo de personal, de mayor agilidad de disposición-incorporación- para sus necesidades de servicio público que pueda suponer el personal funcionario⁶, quedando conformados muchos ámbitos de las Administraciones Públicas por personal laboral con condiciones profesionales similares, tanto funcionales como retributivas o de otro calado profesional (art. 8.2.c) EBEP), si bien desprovistos, con carácter general, de la excelsa prerrogativa de autoridad reservada para el exclusivo título de personal funcionario.

Favorecido el desempeño profesional público a través del recurso a la contratación laboral temporal para el ejercicio de actividades administrativas que no requieran ejercicio de autoridad, ésta se legitima como modelo de gestión de políticas públicas de desarrollo y prestación social para, de un modo ágil, flexible y, sobre todo, voluntarista por parte de los poderes públicos, aunque con propias limitaciones derivadas del imperio de la Ley, llevar a cabo prestaciones profesionales de servicio público que pueden ejecutarse no sólo por la propia Administración si no, incluso, por empresas mercantiles de naturaleza jurídica particular que ejecuten acciones

4 En la Sentencia del Tribunal Constitucional 178/1989, de 2 de noviembre (BOE del 4 de noviembre), se recoge la tipología de empleados públicos que se encuentran incluidos en el art. 103.3 de la CE, así como el régimen de prestación de servicios al que pueden estar vinculados.

5 Vigente hasta el 01 de noviembre de 2015, por modificación realizada por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (Publicado en BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

6 Reforzado el reconocimiento constitucional de la capacidad empleadora de la Administración pública, la STC 34/2004, de 8 de marzo (BOE núm. 83, de 06 de abril de 2004), afirma en su Fundamento Jurídico nº 3, que «cuando la empleadora es la Administración pública, ésta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Como poder público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la ley que concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales (SSTC 161/1991, de 18 de junio, *FJI*; y 2/1998, de 12 de enero, *FJ 3*)».

públicas⁷. De este modo, la Administración Pública queda nutrida de otra tipología de personal distinta al funcionarial (art. 8.2.c) *in fine*), sujeto a normativa laboral privada, que bajo la naturaleza contractual temporal quedan excluidos de la estructura de personal integrado en el sistema administrativo funcionarial e, incluso del sistema laboral estabilizado, según criterios constitucionales de acceso al empleo público.

Este *tertius genus* recibe el calificativo de personal laboral por tiempo indefinido o personal temporal, según el EBEP, o personal indefinido no fijo, según la Jurisprudencia española⁸.

Finalmente, encontramos otro tipo de personal, el personal eventual, que queda sujeto a un estatuto específico, reminiscencias de una lejana conformación de personal de cierta prerrogativa excelsa similar a la del estatus del personal funcionario. Al personal eventual se les permite, a los sólo efectos de acceso y como excepción, incorporarse al empleo público sin necesidad de respetar los principios constitucionales de acceso al empleo público al poder ser designados de manera libremente, salvo requisitos generales como poseer la edad mínima para ser empleado público o no estar separado del servicio o inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos o poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas que le correspondan.

7 A título de ejemplo mencionamos el art. 113 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015), que atribuye, con carácter excepcional, potestades administrativas al personal laboral de las sociedades mercantiles estatales, o el Dictamen 808/2011, de 21 de julio, del Consejo de Estado en relación a la Disposición adicional vigesimotercera del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2011-808>), que excepcionando la aplicación del art. 9.2 del EBEP, habilita, en su Consideración II, al personal laboral portuario para el ejercicio de funciones de autoridad laboral- «policía portuaria»). Por el contrario, nos encontramos situaciones en las que el servicio público es subcontratado por entidades mercantiles externas sobre las cuales se evita la asunción de personal externo como propio a través de la figura de la cesión ilegal de trabajadores a la Administración Pública. Cfr. «Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores». Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

<http://femp.femp.es/files/566-1363-archivo/28%2012%2012%20Instrucc%20%20SEAP-SEPG%20Gestion%20contratos%20servicios.pdf>

8 Denominación conducente al reconocimiento de naturaleza pública especial que se le otorga a este tipo de empleados públicos y que se inicia con el pronunciamiento jurisprudencial realizado en STS [Pleno] 20 de enero 1998 (Rec. 317/1997) la cual otorgó carta de naturaleza jurídica temporal a esta tipología de empleados públicos si bien ya en el año 1996 el estatus de personal laboral público indefinido no fijo queda referido en la STS de 7 de octubre de 1996 (Rec. 3307/1995) al considerar la posibilidad de casar el mantenimiento de las relaciones laborales contractuales temporales, financiadas presupuesto tras presupuesto, con la regulación normativa de acceso a la condición de empleado público estable. De dicha ecuación resulta la posibilidad de contratar a trabajadores por un tiempo indefinido pero no por ello con carácter de fijo estructural de la Administración dado que va a ostentar plaza y estabilidad contractual de la reconocida en el art. 15 del ET pero no de la reconocida en los arts. 23.2 y 103.3 CE y normativa de acceso al empleo público que los desarrolla. Ello conduce a que el acceso al empleo público de los trabajadores contratados laborales se realice por procedimientos ajenos al normado de dotación administrativa de plaza pública (presupuestación, convocatoria pública para cubrirla y proceso selectivo por concurrencia pública para valoración meritoria y/o de capacidad) lo que hace que la figura laboral indefinida pero no fija de estructura pública resulte ser extraña en el ámbito administrativo en el que opera, lo que ha impulsado, principalmente a los jueces de la jurisdicción laboral a acudir al Tribunal de Justicia europeo en busca de aclaración. A título de ejemplo por reciente, STSJ Mu 641/2021, Sala de lo Contencioso, de 22 de diciembre de 2012 (Rec. 350/2021).

Si bien todas las tipologías profesionales presentes en las Administraciones Públicas quedan englobadas por la normativa del empleado público- EBEP- bajo la premisa conceptual general de ser personal perteneciente al sector público, al presentar el elemento común de desempeñar funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales, en cuanto razón de ser y justificación del servicio público que la Administración Pública ofrece a la ciudadanía⁹, no empece ello, que cada tipología de personal empleado público cuente con un propio estatus jurídico diferenciado del resto¹⁰.

El acceso del personal al sector público marca una línea gruesa diferencial no sólo en funciones y condiciones del puesto de trabajo, si no, antes más bien, en la propia existencia y estabilidad del puesto de trabajo desde el inicio de su acceso.

Como punto de partida, debe advertirse que en materia de selección de personal el acceso del personal funcionario, estatutario y laboral fijo en el sector público resulta bien diferente del acceso del personal sujeto a normativa privada en el sector público. Como es sabido, en el ámbito privado, el empresario goza de plena libertad de acción para proceder a seleccionar a sus trabajadores sobre la base del artículo 38 CE que consagra el principio de libertad de empresa que otorga a éstas, entre otras disposiciones, relativa liberalidad a la hora de seleccionar a su personal, por cuanto responde a intereses meramente económicos y de estrategia de mercado, si bien el empresario debe basarse en parámetros de selección objetivos al momento de captar a los candidatos más adecuados. Dichos parámetros de selección quedan establecidos por la normativa laboral privada sobre el principio constitucional de no discriminación extrapolado al ámbito laboral a través del art. 17 ET, y subsiguiente normativa básica en materia de igualdad efectiva entre mujeres y hombres (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad).

En el ámbito público, por el contrario, la libertad de contratación se encuentra específicamente limitada por cuanto, desde las fases previas a la contratación, rigen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad determinantes para la selección de aspirantes conforme a criterios objetivos erigidos, no sólo en garantes de calidad para el desempeño de cada puesto de trabajo- asegurándose de este modo la eficiencia de la organización como principio básico del funcionamiento de la Administración Pública- si no, desde el punto de vista subjetivo, como modo que tiene la Administración de garantizar ante los ciudadanos a quienes sirve, la decisión de empleo para quien resulte más adecuado para su desempeño al cubrir el correspondiente puesto de trabajo a través de un procedimiento público y objetivo de selección (arts. 14, 23.2 y 103.3 CE).

Para planificar sus recursos humanos la Administración debe sujetarse a normas de estricto Derecho Administrativo, como son las Ofertas de Empleo Público aprobadas anualmente por los Órganos de Gobierno de las distintas Administraciones Públicas sobre la base de las oportunas dotaciones presupuestarias (art. 70 EBEP), o la organización de su personal a través de relaciones de puestos de trabajo (art. 71. EBEP)¹¹, si bien, al tratarse de puestos creados para ser dotados por

9 En este sentido, Vid. Opus cit.. TREVIÑO PASCUAL, M. “Estabilidad en el empleo y despido colectivo ...”. Págs. 86 y 87.

10 Vid., M. ALONSO OLEA, «*Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas*», en Libro Homenaje al Prof. José Luis Villar Palasí. Civitas, Madrid, 1989, p. 49 y sig., especialmente las características dominantes de las relaciones profesionales de los diversos tipos de personal.

11 El Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO: ¿RECONOCIMIENTO
NACIONAL VERSUS REPROBACIÓN COMUNITARIA? ANÁLISIS DE
UN BIENIO JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO NO ACLARADO

675

personal funcionario de carrera, en ocasiones justificadas, se puede requerir su cobertura a través de un procedimiento de máxima agilidad, por razón de urgencia, que cubra, de modo transitorio, el puesto de trabajo y, con ello, el servicio público a él implícito que se encuentre vacante. De este modo, quedan cubiertos puestos de trabajo de carácter estable por personal funcionario interino e, incluso, por personal contratado laboral, en tanto se ejecutan los correspondientes trámites procedimentales formales que indica el art. 27 del Real Decreto 364/1995¹². Dicho procedimiento también ha resultado extrapolado al personal laboral fijo de la Administración, si bien carece de potestades públicas, aunque su puesto esté concebido con carácter de estabilidad inicial.

Con ello, resulta determinante reseñar que el legislador, para el momento de acceso de cualquier tipología de empleados- funcional y laboral¹³-, exige seguirse un proceso reglado que garantice un acceso objetivo para todos los empleados que pretendan prestar servicios en la Administración. Los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y no discriminación de los arts. 14, 23.2 y 103.3 de la CE- desarrollados, a su vez, por el art. 55 del EBEP-, deben quedar, de este modo, respetados, tanto para el personal funcionario como para el laboral, añadiendo el EBEP como consustanciales a la condición de empleado público, los principios de publicidad, transparencia, imparcialidad y profesionalidad, independencia y discrecionalidad técnica, adecuación entre el proceso selectivo y las funciones a desempeñar, así como agilidad en el procedimiento selectivo y objetividad del mismo «*que alcanzan, no sólo al acceso al empleo, sino también, al desarrollo, vicisitudes y extinción de las relaciones jurídicas de empleo, ya administrativas, ya laborales*»¹⁴.

No obstante estos principios constitucionales y administrativos, en el caso de los trabajadores asalariados en el ámbito público resultan obviados. La selección de personal contratado laboral temporal, interino e, incluso, de personal laboral para plazas fijas pero accedidos en situación de interinidad, ha sido mucho menos rigurosa que la de los funcionarios de carrera¹⁵. De ahí la alta tasa de temporalidad existente en las Administraciones Públicas entre las tres tipologías de empleados públicos citados- recordemos, personal funcionario interino, personal laboral fijo

y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado (BOE de 10 de Abril de 1995), regula el procedimiento de adquisición de plaza pública por personal funcionario estableciendo que éste será nombrado y obtendrá dicho estatus si, reuniendo los requisitos generales de titulación y demás condiciones exigidas para participar en las pruebas de acceso a los correspondientes Cuerpos o Escalas de funcionario de Carrera, ha superado, con arreglo a los principios de mérito y capacidad y conforme a las normas sobre selección de esta tipología de personal, las correspondientes pruebas evaluatorias.

12 La Orden APU/1461/2002, de 6 de junio (BOE núm. 143, de 15 de junio de 2002), en la que se establecen las normas para la selección y nombramiento de personal funcionario interino, en el apartado tercero se ordena cómo ha de valorarse la «*experiencia profesional*», así como la valoración de los «*conocimientos, cursos de formación y formación académica*».

13 Dejando a salvo de esta limitación sólo al personal eventual, cuya característica esencial reside en que es nombrado y permanece en su cargo por estricta razón de confianza política, constituyendo, por ende, una rigurosa excepción.

14 TREVIÑO PASCUAL, M. «Estabilidad en el empleo y despido colectivo ... ». Pág. 15.

15 Criterios de selección que, si bien, han seguido procedimientos ágiles deben respetar, en todo caso, los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (art. 10.2 del EBEP), así como las reglas generales del EBEP sobre selección de empleados públicos no incompatibles con la agilidad y celeridad que requiere el nombramiento de personal interino o la contratación de personal laboral temporal. En este sentido, los principios de transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección así como la independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los mismos; e, igualmente, exigencias como la titulación y requisitos de capacidad deben ser exigidos para participar en las pruebas de selección de los cuerpos a los que corresponda desempeñar el puesto que ocupe, sea de la naturaleza que fuere.

interino, y personal contratado laboral temporal- que legitima la apremiante necesidad de extremar las garantías sobre los procedimientos de selección, así como de las normas que los regulan que, por otra parte, viene exigiendo la normativa y jurisprudencia europea.

A este respecto no es baladí señalar que, a pesar de que en las Administraciones Públicas es de aplicación directa la normativa básica del EBEP, de manera ineludible, para el personal funcionario y laboral fijo, también lo es para el personal contratado laboral de carácter temporal por cuanto los arts. 37 y 55 y sig. del EBEP y las normas administrativas concordantes, son directamente aplicables a todo el personal empleado público. No sólo los procedimientos selectivos son actos de la Administración sujetos a Derecho Administrativo, separables por tanto de la regulación que rige el contrato laboral de trabajo¹⁶, si no que, sólo cuando nace la relación jurídico-privada que vincula al trabajador con la Administración- caso de contenido, efectos y extinción contractual- puede aplicársele la normativa laboral común, puesto que con anterioridad a ello, la Administración actúa con carácter de poder público en atención al interés general sin remisión alguna a la legislación laboral privada¹⁷. Con ello, la regulación concreta de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público está excluida de la disponibilidad normativa privada, incluso de la negociación colectiva entre empleado y empleador; al primar la finalidad de los puestos- destinados a satisfacer el interés general soberano instaurado por norma legal- sobre el contenido, efectos y desarrollo en general de los procesos de acceso al empleo público¹⁸.

Y aquí es dónde se debe centrar, desde nuestro punto de vista, el foco de atención.

De este modo, todo aspirante que pretenda acceder a un puesto de trabajo en la Administración mediante un contrato de trabajo debe cumplir, como mínimo, con los principios de mérito y capacidad, si bien los elementos determinantes de la valoración de los méritos y capacidades y la concreción general del proceso selectivo podrá quedar al albur de la conveniencia negociada.

2.1. Personal Funcionario versus laboral fijo y reverso laboral temporal

Si bien la consideración de empleado público funcionario, estatutario fijo y laboral fijo se adquiere mediante la superación de unas pruebas selectivas convocadas al efecto, la tipología de empleado temporal indefinido no se adquiere tampoco de modo tácito so bien no con los mismos

16 STS, Sala de lo Social, de 21 de julio de 1992 (RJ 1992, 5640) o de 11 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1849). Del mismo modo, normativamente queda establecido que para planificar sus recursos humanos la Administración debe sujetarse a normas de estricto Derecho Administrativo. Con carácter general el art. 70 EBEP establece que las Ofertas de Empleo Público deben quedar aprobadas anualmente por los Órganos de Gobierno de las distintas Administraciones Públicas sobre la base de las oportunas dotaciones presupuestarias, o el art. 74 EBEP que deriva la organización de sus recursos humanos a través de relaciones de puestos de trabajo.

17 Recordemos al efecto la STC 34/2004, de 8 de marzo. Vid. Nota núm. 5.

18 El mecanismo de acceso al empleo público constituye un procedimiento de formación de la voluntad de la Administración de naturaleza administrativa que excluye *ab initio* la posibilidad de negociación colectiva al deberse basar las concretas bases del procedimiento selectivo sobre normas de actuación pre-existentes al efecto, si bien los convenios colectivos podrán desarrollar su naturaleza reguladora mediante el complemento de las normas generales en materias tales como la composición de los órganos de selección, los baremos de méritos a valorar, la naturaleza de las pruebas, los porcentajes de plazas reservadas a traslados, promoción interna y acceso libre, etc. Para mayor abundamiento sobre el proceso negociador vid. ROQUETA BUJ, R. «El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público», La Ley, Madrid, 2007, p. 298 y sig.

requisitos totales que las plazas fijas. Para el caso del personal temporal indefinido, su acceso queda condicionado, antes bien, a un pronunciamiento administrativo o judicial que lo reconozca.

La entrada en vigor del EBEP parece no conllevar una definición expresa de esta figura contractual “*sui generis*”¹⁹, a caballo entre los tradicionales trabajadores fijos de la Administración y los indefinidos que establece la normativa laboral privada. La clasificación que realizan los arts. 8.2 y 11 del EBEP no desarrolla diferenciación de contenido, naturaleza o alcance alguno entre ambas figuras y la intermedia indefinido no fijo, empero, de los antecedentes históricos relativos a su tramitación parlamentaria, así como, de las decisiones jurisprudenciales posteriores a su entrada en vigor, se infiere que la referencia al personal público laboral fijo va destinada a aquel empleado público que ha ingresado a través de un procedimiento de selección en los que se garantizan los principios constitucionales de capacidad, igualdad, mérito y publicidad del art. 55 EBEP, mientras que el personal público laboral “*indefinido*” es todo aquel cuyo acceso al empleo público ha estado revestido de ciertas peculiaridades administrativas pero que dan lugar «*a causas propias de extinción del vínculo contractual reconocidas en el art. 15.5 ET*»²⁰ precepto que, por otro lado, establece la posibilidad de continuidad del contrato laboral con un carácter de fijo en el ámbito empleador privado. Extrapolado al entorno público administrativo y por mor de la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo²¹, la figura *indefinido no fijo* queda considerada en el ámbito administrativo como equivalente a “*temporal*”.

No obstante ello, el Tribunal Supremo se había pronunciado a través de las sentencias de la Sala de lo Social, de 22 de julio de 2013 (Rec. n.º 1380/2012) y de 30 de abril de 2015 (Rec. n.º 376/2014) señalando que «*La denominada relación laboral indefinida no fija es una creación jurisprudencial que surgió a finales del año 1996 para salir al paso de la existencia de irregularidades en la contratación de las Administraciones Públicas que, pese a su ilicitud, no podían determinar la adquisición de la fijeza por el trabajador afectado, pues tal efecto pugna con los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público- tanto funcional, como laboral- en condiciones que se ajusten a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. La doctrina tradicional de esta Sala ha sido que los contratos de interinidad por vacante y los del personal indefinido no fijo al servicio de la Administraciones Públicas se extinguían no sólo al cubrirse la plaza ocupada por el trabajador, como resultado del proceso ordinario de cobertura, sino también por la amortización de la plaza vacante ocupada, supuesto en el que la causa extintiva operaba directamente sobre el contrato, lo que hacía innecesario acudir a los procedimientos de extinción colectiva o individual por causas objetivas previstos en los artículos 51 y 52-c) del Estatuto de los Trabajadores*».

Es a partir de la sentencia de la Sala 4ª, de 24 de junio de 2014 (Rec. 217/2013), cuando considera que la capacidad organizativa del empleador público sólo afecta al personal indefinido no fijo al que se le pueda aplicar la normativa laboral privada puesto que reconoce que «*la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los*

19 De este modo parece considerarlo la jurisprudencia menor. Vid al respecto, STSJA- Granada 711, de 21 de marzo de 2018 (Rec. Acumulados 34/2017 y 39/2017) y STSJA- Málaga 932, de 24 de mayo de 2018 (Rec. 2/2018).

20 Vid, Opus Cit. el completo análisis realizado por SELMA PENALVA, A. “El trabajador “indefinido no fijo” en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas ...”. Págs. 75 a 103.

21 Desde STS de 9 de octubre de 1985 (RJ 4697), pasando por STS de 18 de marzo de 1991 (RJ 1875), así como las propias SSTS de 7 de octubre de 1996 y 20 de enero de 1998, acuñadoras del término “indefinidos no fijos”.

artículos 51 y 52-c) del E. T. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva R.P.T., supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva R.P.T. tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos». De este modo, el personal contratado laboral que ha sido contratado por un tiempo determinado pero permanece en su puesto una vez superado el período inicial de contratación, resulta susceptible de ser despedido y, con ello, eliminado de la dotación de personal público en el entorno empleador público en el que viene prestando su trabajo.

A este respecto, han sido diversos los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea- TJUE- que se han venido manifestando en relación a utilización de la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas españolas lo que ha provocado una ingente cantidad de empleados indefinidos no fijos de naturaleza exclusivamente contractual laboral pública.

En el concreto caso de la legislación nacional española, el Tribunal de Justicia Europea llega a la conclusión de que, ante el excesivo volumen de empleados públicos contratados laborales, no existe ninguna medida normativa efectiva para sancionar los abusos resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público, dándole la razón el Juez nacional al señalar que la conversión de la relación laboral de duración determinada en relación laboral de carácter indefinido pero de carácter temporal o no fijo, es ineficaz puesto que la solución contra el abuso en la contratación temporal resulta distinta en el Derecho laboral que en el Derecho administrativo ya que, en el sector privado, sometido en exclusiva al Derecho laboral, es factible la transformación de los contratos temporales en fijos de los estables, mientras que, en el derecho administrativo que rige el empleo público, la transformación de temporalidad a estabilidad resulta más sofisticada pasando siempre por la superación de un proceso selectivo²².

Tomando en consideración que el término “*Funcionarios Públicos*” engloba a todos aquellos trabajadores que prestan servicios para las diversas Administraciones Públicas, sus órganos institucionales y estatutarios, a lo que se debe unir el hecho de que la existencia de puestos y facultades funcionariales viene marcado por la CE, la Ley de desarrollo y el apoyo jurisprudencial, el personal funcionario debería ser el de más presencia entre la Administración Pública española y, sin embargo, ello no es así.

El disfrute de la prerrogativa de *pública potestas* de la que gozan por propio carácter natural el puesto funcional²³, así como las prerrogativas con las que se encuentran en cuanto a imposibilidad de remoción del cargo funcional salvo en los supuestos y con las condiciones que la propia CE- art. 9.2- y las consecuentes leyes de desarrollo establezcan²⁴, deben motivar al empleador público a seguir las preferencias constitucionales de presencia funcional sobre la estatutaria y la laboral fija.

22 Situación que la STJUE de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y 429/18), viene a descartar como medida sancionadora para el empleador que ha mantenido al empleado público excesivamente en situación de temporalidad puesto que dicho trámite, más que una medida sancionadora y disuasoria para el empleador, supone una medida sancionadora sin motivo para el empleado público afectado de temporalidad por decisión unilateral del empleador.

23 STS 75/2019, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 29 de enero de 2019. Rec. Casación 994/2016. FJ Segundo

24 TREVIÑO PASCUAL, M. «Estabilidad en el empleo y despido colectivo.» Pág. 26.

Si bien las potestades públicas tienen su territorio natural en la Administración Pública, y su normal desempeño por parte del personal funcionario público, ciertamente, ninguna norma legal o reglamentaria, estatal o autonómica ha efectuado una definición y delimitación expresas de cuales sean las concretas potestades públicas sometidas al principio de reserva de funciones funcionariales que, así mismo reconoce el art. 9.2 del EBEP. Ello, unido al arraigado derecho a la estabilidad en el empleo, amparada por lo establecido en el art. 14 a) del EBEP, encumbra al personal funcionario frente al laboral fijo e, indudablemente, frente al laboral temporal sujeto a la facultad empleadora de separar o despedir al profesional de su puesto de trabajo y funciones.

Con esta situación, junto a los patrones establecidos en la legislación general de organización y funcionamiento de cada Administración territorial como, a título de ejemplo, sucede en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público²⁵, o en la propia legislación de Empleo Público- EBEP-, el principio general de la reserva de funciones funcionariales encuentra toda una variada suerte de excepciones y matizaciones que diluyen la aparente severidad en la aplicación del mismo, toda vez que el ejercicio de potestades públicas por parte de entidades colaboradoras públicas (sociedades mercantiles y fundaciones del sector público) y de entidades asociativas administrativas internas con participación de capital público (agencias administrativas, públicas empresariales y de régimen especial²⁶), las hace considerar como corporaciones de derecho público provocando, a partir de ello, regulaciones normativas que juegan con distinto alcance según el tipo de entidad que se trate y de la actividad a que se refiera, en unos casos con exclusividad o prevalencia del Derecho Administrativo y, en otros, con coexistencia del Derecho laboral privado junto con el estrictamente administrativo.

25 BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015

26 La regulación del régimen jurídico de la tipología estructural de la Administración Pública del Estado se encuentra recogida en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE núm. 90, de 15 de Abril de 1997), ostentando cada Administración Autonómica y Local facultades propias de autoorganización constitucionalmente reconocidas (art. 143 y 140, respectivamente). Por su parte, el art. 2 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos (BOE núm. 171, de 19 de julio de 2006, derogada tras la entrada en vigor de la Ley 40/2015), al establecer la naturaleza y régimen jurídico de las agencias estatales, las definió como «entidades de Derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias. Las Agencias Estatales están dotadas de los mecanismos de autonomía funcional, responsabilidad por la gestión y control de resultados establecidos en esta ley».

En el ámbito regional andaluz, a título de ejemplo, traemos a colación la normativa relativa a las agencias de régimen especial, Ley 9/2007, de 19 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía-LAJA- (BOJA núm. 215 de 31 de Octubre de 2007 y BOE núm. 276 de 17 de Noviembre de 2007), la cual, en su art. 70 las define como «entidades públicas a las que se les atribuye cualesquiera de las actividades de las agencias administrativas, siempre que les asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad y que requieran especialidades en su régimen jurídico. Así pues, las agencias de régimen especial tienen por objeto realizar, en régimen de autonomía de gestión, las funciones y competencias referidas en sus leyes de creación y en sus respectivos Estatutos, con arreglo al contrato plurianual de gestión y al plan de acción anual, que ha de ser aprobado por el Consejo Rector de la Agencia, fijando los objetivos que se pretenden alcanzar en cada ejercicio, ajustándose a las directrices y orientaciones de la Consejería competente en materia de Hacienda y a las previsiones plurianuales del contrato de gestión, que vienen a establecer los objetivos estratégicos, programas y líneas de actuación necesarias para la consecución de aquéllos.».

Singularmente, a partir de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos²⁷, se establece la separación de funciones de decisión política y de dirección de las funciones de cumplimiento y prestación de servicios, descentralizando, con ello, las funciones operativas de cumplimiento que pasaban a ser permisibles en organizaciones más pequeñas, como las agencias administrativas o empresariales, que han contribuido a promover la posibilidad de ejercicio funcional de autoridad mediante personal laboral, si bien de modo excepcional, no obstante reservase para la Administración matriz las funciones de creación de políticas y de dirección, en cuanto se presentan consideradas como funciones profesionales propias de autoridad y, con ello, necesitadas para su desempeño de personal funcionario lo que favorecía la contratación de personal laboral para el ejercicio no de autoridad del resto de funciones públicas para las que habían sido creadas.

En esta tesitura y de nuevo, la Jurisprudencia ha venido cerrando filas pronunciándose sobre este particular, aduciendo la imposibilidad de ejecutar por personal laboral estable *«actuaciones o funciones de dación de fe pública y gestión de registros administrativos, asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interna de la gestión económica financiera y presupuestaria, de evaluación, control, autorizatorias, de vigilancia e inspección, propuestas de resolución, etc. de naturaleza indudablemente administrativas»*²⁸, lo que ha acrecentado la diferenciación funcional de ambas tipologías de empleados públicos- funcionarios y laborales estabilizados- en cuanto al ejercicio imparcial y objetivo de su desempeño profesional²⁹ pero no, en cuanto al acceso y mantenimiento de sus puestos profesionales públicos por cuanto, es dicho *privilegio* de la inamovilidad del puesto es el que sólo les debe conferir la unidad connatural de su régimen jurídico frente al grupo de personal empleado público que conforma el personal de carácter temporal.

La especialidad de régimen jurídico del personal *“funcionario- junto con la del personal laboral fijo y el personal estatutario-, ligado mediante una relación de carácter administrativo”*³⁰ versus la del

27 Derogada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236 de 2 de Octubre de 2015).

28 STS 75/2019, Sala de lo Contencioso- administrativo, de 29 de enero. Rec. Casación 994/2016. FJ Tercero.

29 También mantenida fuera de nuestras fronteras. Cfr. A título de ejemplo comentario de la Comisión Europea, en su carta de emplazamiento-Infracción nº. 2014/4224, dirigida al Ministerio de Asuntos Exteriores, de fecha 26 de marzo de 2015, no cabe argumentar que los funcionarios interinos temporales no han accedido al desempeño de funciones públicas por el sistema de oposición, ni la diferente naturaleza y objeto de los contratos de duración indefinida y los temporales, pues estos hechos no constituyen una razón objetiva que pueda justificar una discriminación o amparar un abuso en la concatenación de contratos sucesivos frente a los funcionarios de carrera. Del mismo modo el TJUE, en sentencia de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14, *«De Diego Porras»*, incide sobre un tema recurrente en la contratación temporal laboral, como es el de la igualdad de condiciones laborales entre trabajadores indefinidos y trabajadores con contratos de duración determinada, consideración que, igualmente, ha quedado extrapolada al ordenamiento interno español puesto que incluso entre el propio personal funcionario de carrera y de interinidad con el personal laboral fijo público deben de tener una consideración equitativa en el desempleo de sus puestos de trabajo. Cfr. Al respecto, STS 178/2019, de 6 de marzo (Rec. 8/2018), por la cual la Sala de lo Contencioso- administrativo ha confirmado el derecho que tienen los trabajadores temporales que ocupan provisionalmente plazas que deben dotarse formalmente con personal fijo público, a percibir el complemento de carrera profesional que viene percibiendo el personal laboral fijo con titularidad de plaza *«por no existir razones objetivas para discriminar a los temporales de la administración respecto del cobro de este complemento de carrera»* (FJ Tercero. Apartado 4º. In fine).

30 En caso de producirse cobertura provisional de plaza, por personal funcionario o laboral fijo en condición de interinidad legal- cuando se respetan los plazos legales de cobertura provisional de plaza- y por razones

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO: ¿RECONOCIMIENTO
NACIONAL VERSUS REPROBACIÓN COMUNITARIA? ANÁLISIS DE
UN BIENIO JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO NO ACLARADO

681

personal “*laboral, sujeto de un contrato de trabajo*”³¹, parecen conformar en exclusiva la definición de personal empleado público conducente a la indisponibilidad del puesto de trabajo de éstos, de modo más libre y voluntario por parte del “*empleador*” Administración Pública (art. 14.a) EBEP), incluso por motivos disciplinarios, de los que se mantiene al margen al personal funcionario, a salvo los provocados con extrema gravedad (art. 96 EBEP). En este sentido, el personal temporal laboral será más susceptibles de aplicárseles procedimientos de regulación de empleo o de estabilización (arts. 69 y ss del EBEP), en cuanto instrumentos organizativos de planificación de recursos humanos en las Administraciones Públicas, que el resto de personal público, esté o no consolidado.

Ello provoca una directa afectación de la medida extintiva colectiva pública (despido colectivo público instaurado con la reforma laboral de 2012, si bien aparentemente derogado con la reforma laboral de 2021) al empleado laboral indefinido no fijo del Sector Público que, en cuanto excepcional en la conformación de la plantilla de personal en la Administración, le queda reconocida su condición pública, y, con ello, la aplicación con carácter común de la normativa reguladora del EBEP si bien con amplia remisión a la regulación laboral normativa privada del Estatuto de los trabajadores, que, no obstante, le es de aplicación con carácter residual³².

Para las funciones que no impliquen ejercicio de autoridad pública, se acude al personal laboral, preferentemente contratado laboral por cuenta ajena, que, acogido al ET en la consideración recogida en su art. 1.1 y art. 1.3, desempeña funciones públicas de segunda consideración puesto que *«el derecho al trabajo no es vulnerado o menoscabado por el hecho de que para su ejercicio -en concreto, en el ámbito de la función pública entendida en sentido amplio- se impongan por el legislador determinados requisitos o limitaciones para garantizar la consecución de determinados objetivos fijados en la propia Constitución (...). Y ello porque el derecho al trabajo constitucionalmente protegido no garantiza en modo alguno el derecho a que dicho trabajo se desarrolle en determinadas condiciones, con ausencia de determinadas limitaciones, sino que garantiza, simplemente, que el legislador, en el ámbito de la función pública, no va a imponer requisitos o condiciones que no respondan a los intereses públicos a los que, con objetividad, ha de servir, como impone el art. 103.1 de la Constitución, la organización -la Administración Pública- en la que se encuadran los servidores o empleados públicos.»*³³.

justificadas de urgencia (art. 10. 1 y 6 EBEP), les corresponde el mismo régimen general de los funcionarios de carrera (art. 10.5 LEBEP), otorgándoles la posibilidad de realizar *«funciones que impliquen directa o indirectamente ejercicio de potestades públicas o salvaguardia de intereses generales del Estado y demás Administraciones Públicas»* (art. 9.2 LEBEP), por la razón constitucional (art. 103.3 in fine) de *«garantizar la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones»* destinadas al ejercicio neutral, con amparo en la Ley, de servicio público en beneficio de la ciudadanía lo que lo sitúa lejos de la posibilidad arbitraria y discrecional de su actuación. La prolongación excesiva de esta situación temporal por provisional cesará cuando se cubra la plaza por procesos reglamentarios o se amortice definitivamente ésta.

31 ROJO TORDESILLA E, «El Derecho del Trabajo y el empleo público. En especial, reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las aportaciones del magistrado Manuel Ramón Alarcón». Jornadas de estudio en homenaje a Manuel Ramón Alarcón Caracuel. 18 de septiembre de 2015. Pág. 4. http://departamento.us.es/dtss/HOMENAJE%020M.Rconferencia_eduardo_rojo.pdf

32 El artículo 7 EBEP establece el sistema de fuentes aplicable al personal laboral, ordenando que se rige, *«además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan»*. De este modo, son de directa aplicación, en todo caso, una serie de normas del EBEP relativas al personal laboral aunque solo en apariencia, puesto que dicho personal laboral queda diferenciado (art. 8), entre otras causas, por las distintas modalidades de adquisición y pérdida de su condición profesional pública. Vid Cfr.:

http://www.hacienda.gob.es/DocLeyes/repositorio%20normativa/15873.htm#_Toc404243290

33 Cfr. STC 178/1989, de 2 de noviembre. BOE núm. 290, de 4 de diciembre. FJ Octavo.

De este modo, en la Administración Pública sólo se prestará trabajo sometido al orden jurídico laboral cuando una Ley³⁴ lo disponga expresamente para un determinado puesto de trabajo, pues la CE (arts. 103.3 y 149.1.18) establece una opción genérica de prioridad de empleados públicos en régimen exclusivo funcional y estatutario para llevar a cabo funciones profesionales de servicio público³⁵. Mediante contratación laboral, por el contrario, sólo se prestará el trabajo que expresamente no corresponda al personal funcionario de carrera, en cuanto sean puestos que no tengan por imperativo legal servir con objetividad a los intereses generales de la ciudadanía (art. 103.3 CE), y que, por ello, no *«hayan sido creados para ser dotados por funcionarios de carrera»* por no entrañar ejercicio de intereses generales de forma permanente³⁶.

2.2. Agónica presencia del personal contratado laboral en las Administraciones Públicas

El iter evolutivo circunstancial en el que se basa el Estado del bienestar, ha conllevado la tendencia ampliada de conformar el grueso del empleo público por medio de la contratación laboral, si bien, de carácter esencialmente temporal- más de iure que de facto en muchas ocasiones por prolongación excesiva de la relación contractual temporal, elemento central de la cuestión conflictiva actual- que ha permitido pervivir servicios públicos del estado de bienestar más duraderos que temporales. Ello no ha impedido que el acceso al puesto de trabajo público de estos puestos coyunturales haya quedado también sujeto a determinados requisitos y particularidades propias del régimen ocupacional público³⁷, como venimos relatando, bien mediante procesos selectivos en

34 Dicha Ley resultó ser la Ley 23/1988, de 28 de julio de modificación del art. 15 de la Ley 30/1984, de 1 de agosto (BOE núm. 181, de 29 de julio de 1988), quien reserva, con carácter general, al personal funcionario público, todos los puestos de trabajo de la Administración Pública- considerando expresamente como tal a los Organismos Autónomos de la Administración Pública, así como a los organismos de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social-, estableciendo como excepción, los puestos de trabajo que precise efectuar la Administración Pública y que posean naturaleza no permanente y aquéllos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo, que podrán ser desempeñados por personal contratado laboral sin la obligatoriedad de formalidades propias de acceso a empleado público funcional o fijo laboral.

Entre los puestos no permanentes y los de carácter periódico y discontinuo considera el legislador que se encuentran: los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos; -los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores;- los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño y-los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares. Asimismo, los Organismos Públicos de Investigación podrán contratar personal laboral en los términos previstos en el artículo 17 de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica (art. 1.c) de la Ley 23/1988).

35 Previamente, la STC 99/1987, de 11 de junio (BOE núm. 152, de 26 de junio de 1987) relega a la Ley la facultad de establecer los puestos en los cuales, por su especial naturaleza, quedan reservados a los funcionarios públicos y cuántos, de modo excepcional, pueden resultar ocupados por personal de otra condición.

36 Al respecto Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *«Despidosy otras medidas de (Re) estructuración ...»*. Pág. 19.

37 Cfr. BOLTAINA BOSH, X. *«Los puestos de Trabajo del personal laboral de las Administraciones Públicas»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. Pág. 18.

similares condiciones a los procesos selectivos establecidos para el personal funcionario o laboral fijo- siendo el más relevante, el sometimiento a una cobertura presupuestaria previa³⁸, bien mediante contratación directa- por llamamiento de candidatos a través de las oficinas públicas de empleo, a través de la inclusión en una oferta pública de empleo³⁹, valoración curricular y/o entrevista directa⁴⁰-, como singularidades impuestas por el propio empleador ante el carácter público del puesto a realizar, lo que ha supuesto, en nuestro Ordenamiento Jurídico, un modo *sui generis* de acceder al empleo público, al ser el constitucionalmente reconocido como estable el que se produce a través de la evaluación de la capacidad y el mérito con opciones igualitarias de acceso, posibilidad dada a conocer a través de la correspondiente publicidad (art. 103.3 C.E.), elementos evaluadores que dotan al proceso selectivo de garantía de objetividad que requiere el acceso al empleo público.

A partir del RDL Ley 3/2012, especialmente con las regulaciones recogidas en las disposiciones adicionales Segunda, relativas al “Sector Público”, y Octava, sobre el “Sector Público Estatal”, nos vamos a encontrar con distintas consecuencias afectantes al personal contratado laboral considerando de especial trascendencia no olvidar que las Administraciones Públicas sólo puedan contratar de forma temporal y directa a personal laboral coyuntural y a profesores de religión, no estructuralmente considerado personal empleado público⁴¹ puesto que el magma de empleados vinculados a la Administración mediante un vínculo jurídico privado sujeto al derecho del trabajo queda reservado para puestos coyunturales destinados a *«ejecución de planes y programas públicos*

38 Como es el caso de los trabajadores temporales en régimen de colaboración social o el voluntariado, que han alentado la vertiente empleadora del ámbito administrativo a través de la utilización genérica de la contratación temporal sujeta a existencias presupuestarias

39 Afectando a colectivos muy específicos y numéricamente poco significativos- con algunas excepciones- pero de posible presencia en cualquier entidad pública, como pueden ser los trabajadores de empresas de trabajo temporal- a partir de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (art. 11) y, más recientemente, en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012), sujetos a la normativa laboral genérica, esto es, el Estatuto de los Trabajadores o normativa convencional aplicable-, así como trabajadores sujetos a programas de actuación pública concreta de duración y objetivo de actuación determinado en el tiempo.

40 Detallado análisis del modo, tipologías y consecuencias de acceder al empleo público lo encontramos en DE NIEVES NIETO, N. «El acceso al empleo público laboral». Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Núm. 93. Junio, de 2011. Págs. 47-76.

41 El Tribunal Supremo, de modo implícito, ha contribuido a consolidar la tesis de la enmienda introducida como consecuencia de una solicitud del grupo parlamentario PNV en el Senado para dar cabida en el EBEP a la contratación indefinida desde el inicio de la relación laboral que se planteó para los profesores de religión, si bien no ha sido el único caso- Ver, también, caso del personal contratado laboral de las UTEDLT en VALLECILLO ORELLANA, A. «El despido colectivo del personal Alpe de la Junta de Andalucía». Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. N° 43. Mayo 2016. Comentario de Sentencias, que, del mismo modo, recoge la naturaleza jurídica de los empleados públicos que fueron de un Consorcio Administrativo a quienes se les consideró por la entidad pública contratante y por el propio Tribunal Supremo, como personal contratado laboral indefinido desde el inicio de la relación laboral. Al respecto Vid. También, SELMA PENALVA A., «El trabajador “Indefinido no fijo” en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura». Revista Relaciones Laborales, núm. 11. Año 30. Noviembre 2014. Pág. 80.

Ello no deja de presentar cierta importancia, ya que el personal que haya seguido contratado de modo laboral temporal pero en fraude de ley, por exceder del tiempo legal de duración del contrato, o incluso con sucesión de contratos o aquellos trabajadores que se hayan integrado en la Administración por el mecanismo de la reversión de servicios públicos a la Administración gestora inicial, tendrán la condición de indefinidos “no fijos”, pero en ningún caso de “indefinidos” o “fijos” según la terminología del EBEP.

determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista» (art. 52.e ET), mientras que el resto de empleados públicos temporales quedaría sujeto a un vínculo temporal pero de carácter estructural, si bien de modo matizado por cuanto también resulta esencial distinguir a los empleados públicos laborales que hayan accedido a dicho empleo público por principios constitucionales, ostentando con ello continuidad ilimitada temporalmente en su puesto de trabajo por ser fijo estabilizado *ab initio* y por propia naturaleza, de aquellos empleados públicos laborales quienes, no sólo no han podido acceder conforme a dichos principios constitucionales reservados a puestos de trabajo consistentes en «sustituir a trabajadores con derecho a la reserva del puesto de trabajo, así como, por cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, sin que quepa ser dotado para su provisión por un profesional de carácter funcional.»⁴², sino que, además, se pueden encontrar ocupando un puesto de trabajo que, bien resulta inexistente en cuanto no catalogado o dotado funcional y presupuestariamente por ser creado para ejecutar programas de actuación administrativa concreta y coyuntural, o bien, haber nacido con vocación de temporalidad empero encontrarse injustificadamente prolongado en el tiempo por no haberse procedido a efectuar su cobertura formal y definitiva que lo dote de naturaleza estructural y, con ello, de titularidad personal y consolidación a efectos profesionales.

Al ser el empleado laboral temporal el personal con mayor probabilidad de sufrir tramitación procedimental de acto extintivo contractual público, en concreto por encontrarse en situación *extra legem*, se presenta enraizado en el ordenamiento jurídico español de un modo contrario a lo que dispone la normativa comunitaria en materia de contratación laboral temporal⁴³.

Levemente adoptada por el ordenamiento interno español a través del intento efectuado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad⁴⁴ no supuso, en esencia, una adaptación conforme con el espíritu comunitario, como tampoco lo ha sido a través del EBEP (arts. 8.2.c) y 11.1), años más tarde cuando se creó, en el año 2007, ni cuando se consolidó en el año 2015, por cuanto ha continuado efectuándose la práctica contractual laboral prolongada o sin las garantías propias de acceso al empleo público que marca la directriz europea.

2.2.1. Personal contratado temporal perpetuado por una sola contratación laboral o por encadenamiento extralimitado de contratos temporales

El derecho al mantenimiento de la relación laboral, sea pública o privada, iniciada de modo temporal pero mantenida por la utilización de sucesivos contratos de duración determinada o por la prolongación excesiva e injustificada en el tiempo, puede provocar que dicha relación laboral sea calificada en fraude de ley por abusiva siempre que exceda de los límites legales establecidos⁴⁵.

42 Art. 1 y 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada (BOE núm. 7, de 8 de enero de 1999).

43 Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada (DOUEL núm. 175, de 10 de Julio de 1999).

44 BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001. Medida inicialmente extrapolada al ámbito nacional, posteriormente fue completada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE núm 312, de 30 de diciembre de 2006).sin llegar, igualmente, a suponer una plena transposición de la normativa europea al ámbito nacional.

45 Cfr. SSTs, Sala de lo Social, de 3 de julio de 2012. Rec. 1744/2011 y Rec. 1657/2011, así como STS, Sala de lo Social, de 8 de julio de 2012. Rec. 2341/2011, dado que, superando las previsiones establecidas por

El uso abusivo de la concatenación contractual temporal viene estando legalmente reconocido en el Ordenamiento Jurídico español a través de la normativa laboral básica recogida en el art. 15.5 del ET que considera como contratos *extra legem* a los celebrados, «*en un periodo de veinticuatro meses, a los celebrados para un plazo de duración superior a dieciocho meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporales*». En ese caso, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas desde el punto de vista laboral, situación que, igualmente, afectará y será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente.

Esta medida, que ha sido extrapolada al ámbito público como utilización fraudulenta de una tipología contractual de carácter temporal para cubrir puestos de trabajo laborales de carácter permanente y estructural, supone para el ámbito público una contradicción en sí misma al afectar a la propia naturaleza jurídica de un puesto de trabajo público creado de modo laboral y no funcional o, al menos, como laboral fija si resulta ser de carácter estructural.

El reconocimiento abusivo de la medida laboral que recoge el art. 15.5 ET trae su causa de la regulación normativa europea recogida en el apartado 1 de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE que regula las medidas destinadas a prevenir los abusos derivadas de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, en la medida que sanciona «*la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada ...*» «*A efectos de prevenir abusos*».

Al considerarse que dicha práctica puede ser una fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, la Directiva 1999/70/CE establece en su articulado ciertas disposiciones protectoras mínimas que tienen por objeto evitar la precarización de la situación de los trabajadores asalariados⁴⁶ al tratar a los contratos de duración determinada como instrumentos al servicio simultáneo de las necesidades de trabajadores y empresarios en ciertas circunstancias excepcionales⁴⁷.

En este sentido, el propio Preámbulo de la Directiva hace referencia al derecho a la estabilidad en el empleo como un componente primordial de la protección de los trabajadores por lo que impone a los Estados miembros la obligación de tener en cuenta esta circunstancia a la hora de regular el régimen legal de los contratos de duración determinada en casación, a su vez, con las necesidades de los diferentes sectores y profesiones⁴⁸, así como, en estrecha colaboración con los interlocutores sociales quienes deberán orientar la práctica legal, no obstante ser ésta fruto del principio de autonomía de procedimiento de éstos al ser competentes para modular la aplicación de tales normas en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros.

el legislador europeo, la normativa interna española no permite la utilización sucesiva de la contratación temporal más allá del límite temporal regulado aunque dicha prolongación se justifique por «razones objetivas».

46 De este modo ratificado por las Sentencias TJUE de 4 de julio de 2006, asunto Adeneler y otros, C-212/04; de 13 de marzo de 2014, asunto Márquez Samohano, C-190/13; de 3 de julio de 2014, asunto Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13; y de 26 de noviembre de 2014, asunto Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13.

47 Sentencias TJUE de 4 de julio de 2006, asunto Adeneler y otros, C-212/04; de 3 de julio de 2014 asunto Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13; y de 26 de noviembre de 2014, asunto Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13.

48 Sentencias TJUE de 3 de julio de 2014, asunto Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13 y de 26 de noviembre de 2014, asunto Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13.

Ello conlleva que los Estados deban someterse a una serie de criterios fijados por la normativa y jurisprudencia europea de tal modo que, en virtud del principio de equivalencia, las medidas adoptadas en un Estado no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno, ni hacer imposible en la práctica, o excesivamente difícil, en virtud del principio de efectividad, el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, de modo que la medida interna ofrezca garantías de protección de los trabajadores, que sea efectiva y equivalente, con el objeto de sancionar debidamente, en este caso, el abuso interno en el que incurriría el Estado que permanezca en situación de infracción del Derecho de la Unión Europea⁴⁹.

Es, precisamente, el aspecto relativo a la efectividad y equivalencia de la medida interna el que está suponiendo especialmente un problema para el Estado español a la hora de adaptar su legislación a la europea en el ámbito de las relaciones laborales del sector público⁵⁰ ya que el legislador español está intentando atajar, a través de la regulación normativa⁵¹, su adaptación a la de Europa.

No obstante, la limitación de temporalidad en los contratos laborales de empleados públicos no se aplica a todos los contratos temporales, sino que existen contratos temporales excluidos de su aplicación y que no computan para su estabilización en los plazos fijados. En concreto los contratos formativos, de relevo e interinidad, los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas, cuando el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado, o el contrato temporal que se haya excedido largamente de su duración prevista inicial.

En el caso de encadenamiento de contratos se deben tener en cuenta sólo los celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones públicas, contadas por separado, no considerándose como Administraciones Públicas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas (Disposición Transitoria 5^a del Estatuto de los Trabajadores), no habiendo encontrado, por su parte, ninguna previsión normativa específica sobre si dicho límite al encadenamiento de contratos afecta a los trabajadores del sector público considerados como indefinidos no fijos⁵².

49 Sentencias TJUE de 3 de julio de 2014, asunto Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13 y de 26 de noviembre de 2014, asunto Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13.

50 Sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto María Elena Pérez López contra el Servicio Madrileño de Salud, C-16/15, y de 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados Florentina Martínez Andrés y Servicio Vasco de Salud, C-184/15), y entre Juan Carlos Castrejana López y Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, asunto C-197/15.

51 En concreto, a través de la conversión en Ley del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE Núm. 161, de 7 de julio de 2021), si bien, actualmente se encuentra en revisión de constitucionalidad ante el TC. Previamente a su admisión a trámite por el Tribunal Constitucional, el RDL 14/2021 ha sido convalidado en el Congreso de los Diputados, y, con ello sustituido por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE núm. 312, de 29 de Diciembre de 2021). A título de interés ilustrativo Vid. BO de las Cortes Generales. Congresos de los Diputados, Núm. 63-3, de 21 de octubre de 2021).

52 Para mayor detalle, Vid. STSJM núm. 563/2021, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2021 (Rec. 830/2021).

2.2.2. *Personal empleado público a raíz de normativas reformadoras de diciembre de 2021*

Si bien a la Administración Pública se le permite estabilizar a personal inicialmente temporal-tanto al personal funcionario, estatutario y laboral en régimen de interinidad, como al personal contratado laboral en régimen de temporalidad- dicha transformación de temporal a estable debe ejercitarse, según la normativa interna española, con las garantías que ofrece un proceso de oferta de empleo público que obligue al empleado público a competir por la plaza que viene ocupando (art. 70 EBEP). Aspecto discutido si se contraponen a la práctica normativa y jurisprudencial europea.

En efecto, según la Resolución del Parlamento europeo de 31 de mayo de 2018 sobre la respuesta a las peticiones sobre la lucha contra la precariedad y el uso abusivo de los contratos de trabajo de duración determinada⁵³, *«la transformación de la relación temporal sucesiva en el sector público en un contrato fijo debe considerarse como la medida más idónea para prevenir y sancionar de manera efectiva el abuso en la contratación temporal»*.

En el Ordenamiento Jurídico español, el artículo 23.2 de la Constitución Española regula, como derecho fundamental del máximo nivel, que los ciudadanos *«tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes»*, artículo complementado el artículo 103.3, que dice que *«la ley regulará... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad»*. El Tribunal Constitucional español ha declarado que el derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución no solamente incluye los cargos políticos o representativos, sino también los puestos de funcionarios públicos y todo personal al servicio de las Administraciones Públicas españolas y, en general, del Sector Público español.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha declarado expresamente que las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el art. 23.2 de la Constitución *«son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del art. 103.3»*, es decir, personas vinculadas con la Administración mediante una relación de servicios de carácter estatutario regulada por el Derecho Administrativo, pero no incluye a las personas vinculadas contractualmente con la Administración a las que deriva al amparo del genérico principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución, que impide aplicar en su selección y contratación criterios discriminatorios o diferencias de trato injustificadas, por lo que se entiende que la Constitución no exige que se lleve a cabo ningún procedimiento abierto y público que haya de resolverse con arreglo a los principios de mérito y capacidad⁵⁴.

No obstante, si bien la Constitución no exige a las Administraciones Públicas, ni al sector público en general, aplicar los principios de publicidad, mérito y capacidad en la selección y contratación del personal laboral, tampoco impide que la ley lo haga y de este modo ha preferido hacerlo. Con ello, el Estatuto Básico del Empleado Público, tanto en su texto original de 2007 como en el actual texto refundido de 2015, en el artículo 15 regula el acceso al *“empleo público”* y dice que *«todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico»*. En la DT cuarta, del mismo modo y en relación con los procesos de consolidación

53 2018/2600 (RSP).

54 A título de ejemplo, Vid. Auto TC 415/1985 y SSTC 99/1987, 281/1993, 86/2004, 38/2007 o 192/2012.

de empleo temporal, también establece que *«los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad»*.

Posteriormente, tanto el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, como la Ley 20/2021, de 28 de diciembre consecuente, han añadido en el artículo 11.3 la expresa mención a los requisitos constitucionales para el acceso a cualquier tipo de plaza pública laboral. En concreto se establece que *«Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia»*.

El ordenamiento jurídico español ha venido conteniendo disposiciones indicativas de situación abusiva de la temporalidad en función de la duración del tiempo de prestación de servicios. En este sentido, ha definido cuándo un trabajador contratado laboral temporal no está realizando tareas o cometidos provisionales o puntuales, sino ordinarios y estructurales. Caso del art. 15.5 Estatuto de los Trabajadores, que establece que, cuando un trabajador temporal lleva más de dieciocho meses prestando servicios para un mismo empresario, pasa a ser fijo- en terminología laboral-, al entender el legislador que, a partir de 2 años de servicios, la necesidad ya no es provisional, sino estructural.

En relación con los empleados públicos, el legislador también opta por situar un límite de la provisionalidad de los servicios prestados, estableciendo, en este caso el plazo máximo de tres años recogiendo en el art. 10.4 EBEP que las plazas vacantes servidas por interinos tienen que estar incluidas en la OPE del año de nombramiento y, si no fuera posible, en la del año siguiente, de tal forma que, en el plazo máximo de veinticuatro meses, la plaza vacante tiene que incluirse en una OPE para que sea provista por un funcionario de carrera o fijo, en tanto que el legislador entiende que, vencido este plazo, la necesidad no puede calificarse como provisional. O, del mismo modo, los arts. 64 y 69 del RD 364/1995 de 10 de marzo, de Ingreso y Provisión y Promoción de los Funcionarios Civiles del Estado, establecen que las comisiones de servicios tendrán un plazo de duración máxima de 24 meses; pues a partir de los dos años, al no ser una necesidad provisional, la plaza tiene que estar cubierta por un funcionario de carrera por los procedimientos reglamentarios.

De igual modo, existen supuestos en los que los nombramientos y contratos tienen un plazo máximo de duración, para los funcionarios interinos, el art 10 del EBEP establece 3 años para la ejecución de programas y 6 meses por exceso o acumulación de tareas, o, para los trabajadores en régimen laboral, el art. 15.1 del ET, en relación con los contratos por circunstancias de la producción, dispone que no podrán tener una duración superior a 1 año, ampliable hasta 12 meses más por convenio colectivo, y en su art. 15.3, la normativa laboral reconoce el derecho a celebrarse contratos de duración determinada para la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo, pudiendo iniciarse la prestación de servicios antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida, coincidiendo en el desarrollo de las funciones el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días. Asimismo, el contrato de sustitución podrá concertarse para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo y se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución, condicionando, ello, la temporalidad del contrato de sustitución. A su vez, el contrato de sustitución podrá ser también celebrado para

la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo, sin que su duración pueda ser en este caso superior a tres meses, o el plazo inferior recogido en convenio colectivo, ni pueda celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima.

En materia indemnizatoria, el Tribunal Supremo tiene declarado que ninguna indemnización de la regulada en nuestro país cumpliría la Directiva, pues no son las existentes de carácter disuasorio. De este modo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia 207/2019, de fecha 13 de marzo de 2019, nos enseña en su FJ Cuarto, apartado 3, que en España una eventual indemnización no sería una sanción acorde con la Directiva, pues *«no sólo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasivo frente a esa utilización abusiva de la contratación temporal ...»*. Por ello, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de julio de 2020 (Rec 1809/2018), declaraba que, en caso de abuso, la sanción debe ser la conversión en indefinido de todo contrato temporal celebrado de modo abusivo o en fraude de ley, al no existir ninguna ley que establezca una indemnización disuasora⁵⁵.

Finalmente, y dentro del ámbito normativo, el día 7 de julio de 2021 se publica el RDL 14/2021, de 6 de julio, para reducir la temporalidad en el empleo público, que ha sido sustituido por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público⁵⁶.

Como puntos destacables señalamos el hecho de que, como Ley de futuro, no aplica retroactivamente ninguna medida sancionadora para el supuesto de abuso de temporalidad cometido hasta la fecha por la Administración Pública empleadora convirtiendo, con ello, a los procesos de estabilización en la medida sancionadora para reducir la temporalidad, si bien con carácter abierto, tanto para los empleados públicos abusados de temporalidad a la fecha de entrada en vigor de dicha norma, como para los que se vayan a incorporar al empleo público a partir de ella.

De este modo, puede que se esté infringiendo la doctrina del TJUE según la cual los procesos de selección y de estabilización de personal actualmente insertado en la modalidad de empleado público nunca van a garantizar el cumplimiento de la Directiva, 1999/70/CE porque *«son procesos abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de un abuso y porque no confieren a los empleados públicos víctimas de tal abuso ninguna garantía de conseguir la condición de personal estatutario fijo»*. Con ello, no se garantiza el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 1999/70/CE que son evitar la precarización de la situación de los empleados públicos y garantizar el derecho a la estabilidad en el empleo, como un componente primordial de su protección.

A esta incertidumbre hay que añadir la medida disuasoria que se le impone a los empleados públicos actualmente en activo que no lograsen superar un proceso selectivo abierto. La medida disuasoria establecida es la de una indemnización prevista de 20 días por año de servicio con un

55 La STJUE de 3 de junio de 2021 provoca que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo rectifique y ajuste su Doctrina a los mandatos contenidos en la Directiva 1999/70/CE, de tal modo que asume que, ante la falta de previsión normativa, entienda que el nombramiento de un interino en una plaza vacante por un plazo superior a 3 años conlleva la existencia de un abuso y que el cómputo de ese plazo no puede verse interrumpido por normas presupuestarias sobre paralización de Ofertas Públicas de Empleo (OPEs), ya que la cobertura de vacantes cubiertas por trabajadores interinos no debe implicar incremento presupuestario. Vid. STS 649/2021, Sala de lo Social, de 28 de junio de 2021 /Rec. 3263/2019).

56 BOE núm. 312 de 29 de Diciembre de 2021.

límite de 12 mensualidades. Dicha medida no tiene carácter disuasorio, ni se adecúa a la exclusividad y gravedad de las infracciones cometidas puesto que infringe la doctrina del TJUE, como, por ejemplo, la STJUE de 25 de octubre de 2018⁵⁷, que establece que, en el Sector público, no basta una indemnización, sino que estas indemnizaciones tienen que ir acompañadas de otras medidas específicas, por lo que la indemnización legalmente prevista- a su vez condicionada a que no supere la cantidad equiparada para el caso de despido- contraviene el principio comunitario de equivalencia, al fijar una sanción en aplicación del Derecho de la Unión inferior a la que el ordenamiento jurídico español confiere a quienes invocan derechos de carácter puramente interno. Infringe, de este modo, principios comunitarios de proporcionalidad y de compensación adecuada lo que conlleva una desproporción entre el alcance potencial del abuso y sus consecuencias.

3. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SUPRANACIONALES A COLACIÓN DE LA DIRECTIVA 1999/70, DE 28 DE JUNIO EN EL ÚLTIMO BIENIO. RE-APERTURA DE LA “CAJA DE PANDORA”

3.1. Cuestiones previas

La Directiva 1999/70/CE instauro medidas de protección del trabajador que exceden de la finalidad causal que motiva la contratación laboral temporal en el seno de cualquier empleador. Siendo su objetivo sancionar a los Estados miembros que no incorporen entre sus regulaciones normativas medidas legales disuasorias de las contrataciones temporales, la falta de rigor sancionador que impera en la normativa europea deriva su implementación hacia continuos pronunciamientos jurisprudenciales.

Dado que la Directiva 1999/70/CE no recoge el concepto de «*medida legal equivalente*», dicha expresión debe entenderse referida «*a cualquier medida de Derecho interno que, al igual que las medidas indicadas en la citada cláusula, tengan por objeto prevenir con efectividad la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos*»⁵⁸, por lo que, ante la ausencia de norma nacional disuasoria de la actuación fraudulenta, desde la perspectiva supranacional se conmina a que el Derecho interno regule medidas legales particulares, distintas a las vigentes existentes que, en alarde facilitador, ni siquiera tienen que ser adoptadas con el fin específico de proteger a los trabajadores contra los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o prolongados, sean uno o varios, en exceso en el tiempo, ni que su ámbito de aplicación sea exclusivamente la modificación de este tipo de contratos, si no, antes más bien, que la medida legal adoptada contribuya a prevenir eficazmente la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada de modo equivalente a como lo plantea la medida comunitaria⁵⁹. Cuestión que resultará valorada por los Tribunales nacionales⁶⁰.

57 Asunto C-331/17, Martina Sciotto y Fondazione Teatro dell'Opera di Roma.

58 Sentencias TJUE de 15 de abril de 2008, asunto Impact, C-268/06; y de 23 de abril de 2009, asunto Angelidaki y otros, C-378-07 a 380/07.

59 En este sentido, Vid. RODRÍGUEZ CRESPO, M.J. «Límites al uso abusivo de la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas. Un análisis a la luz de los recientes pronunciamientos del TJUE: asuntos María Elena López contra el Servicio Madrileño de Salud y Martínez Andrés (C-16/15) y Otro contra el Servicio Vasco de Salud (C-184/15)». 29 de mayo de 2017. Revista de información laboral. Pág. 61.

60 STSJUE, de 23 de abril de 2009, asunto «Angelidaki y otros», C-378-07 a 380/07.

En consecuencia, corresponderá, una vez más, a los Tribunales nacionales determinar qué supuestos deben entenderse como abusivos y cuándo se considera una medida eficaz para proteger a los trabajadores sujetos a dichos supuestos abusivos.

La determinación de cuándo puede entenderse que existe dicha razón objetiva es clave a la hora de deslindar las prácticas abusivas, esencialmente en el sector público, de aquellas que son conforme a derecho. Este juicio de valor se hace preciso por cuanto no todas las medidas legales adoptadas por los Estados miembros están siendo consideradas por el TJUE como adecuadas a los objetivos de impedir la utilización fraudulenta de los contratos de duración determinada puesto que el concepto «razón objetiva», a juicio de la jurisprudencia europea, se está refiriendo a circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad que justifique ese contexto particular, pero no a una norma legal o reglamentaria general y abstracta, que, de modo meramente formal no permita verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, dado el peligro que entraña la utilización abusiva de este tipo de contratos⁶¹.

Tales circunstancias pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya ejecución se realizan estos contratos y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro⁶².

No obstante la permisibilidad europea en algunos sectores o para ciertas ocupaciones y actividades, en todos los casos hasta ahora expuestos queda expresado el elemento común de ser situaciones temporales por lo que las necesidades de personal que sufren las Administraciones públicas, en esencia en sectores como la enseñanza o la sanidad, determinan la admisión por parte del TJUE de situaciones previamente previstas en la legislación interna como excepcionales por temporales⁶³ lo que justifica la existencia de las contrataciones de naturaleza temporal

61 STJUE 4 de julio de 2006, asunto Adeneler y otros, C-212/04.

62 STJUE de 23 de abril de 2009, asunto Angelidaki y otros, C-378-07 a C-380/07 y de 13 de marzo de 2014, asunto Márquez Samohano, C-190/13, en aplicación de medidas indemnizatorias de contratos temporales de fomento de la inclusión laboral; o STJUE de 26 de enero de 2012, asunto Küçük, C- 586/10, por la cual se permite la contratación de trabajadores para sustituir a otros durante la totalidad o parte de un periodo de prohibición de trabajo en aplicación de la ley sobre protección de la maternidad, permiso parental o permiso especial por cuidado de hijos; o STJUE de 26 de noviembre de 2014, asunto Masolo y otros, C- 22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, en la que se utilizan de modo sucesivo contratos de duración determinada con objeto de sustituir miembros del personal de escuelas de titularidad estatal mientras se concluyen los procesos selectivos para la contratación del personal titular. Precisamente es en el asunto Masolo en el que el TJUE admitió que «la sustitución temporal de un trabajador para atender, en sustancia, necesidades de personal de duración limitada por parte del empleador puede constituir en principio una razón objetiva en el sentido de la cláusula 5, punto 1, letra a) de ese Acuerdo Marco».

63 La Directiva 1999/70/CE presenta un amplio ámbito de aplicación por cuanto, en la cláusula 2 apartado 1 del Acuerdo Marco queda ésta dirigida a «los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro», quedando definidos los «trabajadores con contrato de duración determinada», en la cláusula 3, apartado 1, la cual engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan, considerando indiferente la calificación de su contrato que se adopte en el Derecho interno (sentido corroborado en SSTJUE, de 4 de julio de 2006, asunto Adeneler y otros, C-212/04; de 13 de marzo de 2014, asunto Márquez Samohano, C-190/13; de 3 de julio de 2014, asunto

en función de las necesidades que surjan en el devenir ordinario de los puestos afectados de incidencia temporal⁶⁴, si bien ajustadas a las exigencias de la normativa europea, por lo que el papel activo de la autoridad judicial debe quedar enmarcado en el establecimiento de criterios objetivos y transparentes que comprueben que la renovación de esos contratos o la prolongación excesiva del existente responden, en efecto, a una necesidad real tendente a lograr la finalidad pretendida y necesaria de naturaleza objetiva dentro de la propia naturaleza laboral temporal que tiene ese contrato laboral adscrito a servicio público.

La pervivencia de contratos de duración determinada, perpetuado o encadenados constituye, en consecuencia, una práctica abusiva, principalmente perseguida en los últimos tiempos en el sector público por considerarse práctica encubierta para cubrir puestos que, en realidad, son permanentes si resultan reiterados en el tiempo.

Desde la STJUE de 14 de septiembre de 2016⁶⁵, se viene poniendo de actualidad el tema abordado por SSTJUE previas sobre la prolongación excesiva en el tiempo de contratos laborales de duración determinada o la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, en esencia en la Administración Pública. La STJUE de 2016 ha reabierto el tema de la renovación de sucesivos contratos de duración determinada en el sector público, en concreto en el de la sanidad pública, como fraudulentos frente a la cláusula 5, apartado 1, letra a) del Acuerdo Marco, en el sentido de ir, directamente en contra de la «*premisa en la que se basa dicho Acuerdo Marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos de algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades*».

Con ello, se empieza a determinar que, en el ámbito contractual público, la observancia de la cláusula 5, punto 1, letra a) del Acuerdo exige que se compruebe concretamente que la renovación de los sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trate de

Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13 y de 26 de noviembre de 2014, asunto Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13).

En consecuencia, el Acuerdo Marco resulta aplicable tanto a trabajadores con contrato o relación laboral que prestan servicios para empresas privadas o para la Administración Pública. Especial referencia merece en este último caso, la aplicabilidad del citado Acuerdo al personal laboral que presta servicios en escuelas públicas (STJUE de 26 de noviembre de 2014, asunto Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13.3), así como, al personal estatutario temporal eventual de un servicio público de salud (STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud, C-16/15).

64 Como excepción a esta consideración general se puede considerar el caso de los profesores asociados por parte de Universidades españolas, en cuyo caso, se ha admitido como razonable la renovación de contratos de duración determinada sin límite temporal para la celebración y renovación, por parte de las Universidades, de profesores asociados, situación justificada por la necesidad de confiar a «especialistas de reconocida competencia» que acrediten que ejercen su actividad profesional fuera de la universidad el desarrollo a tiempo parcial de tareas docentes específicas, para que éstos aporten sus conocimientos y experiencia profesionales a la universidad, estableciendo de este modo una asociación entre el ámbito de la enseñanza universitaria y el ámbito profesional (STJUE de 13 de marzo de 2014, asunto Márquez Samohano contra la Universitat Pompeu Fabra, C-190/13).

65 *Asunto Pérez López*, C-16/15, por la cual, el TJUE declara contrario a dicha cláusula el artículo 9 de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, por cuanto permite la renovación de contratos de duración determinada (entre ellos los de la Sra. Pérez López), sin que existan situaciones coyunturales sino necesidades permanentes y estables de personal cualificado.

atender a necesidades provisionales debiendo existir una disposición nacional que permita dicha renovación sin que ésta posibilite encubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador en materia de personal.

Un razonamiento similar se expresa en el *asunto Márquez Samohano contra la Universitat Pompeu Frabra*, en el que aun habiéndose admitido la existencia de razones objetivas que permitían la realización de sucesivos contratos de duración determinada a profesores asociados, por cuanto esta necesidad en materia de contratación sigue siendo temporal, afirma, no obstante, que estos contratos no pueden renovarse para el desempeño permanente y duradero, aun a tiempo parcial, de tareas docentes incluidas normalmente en la actividad del personal docente permanente, puesto que ello supondría un abuso de contratación de duración determinada que debe ser limitado por las autoridades del Estado miembro interesado, incluidos los Tribunales nacionales, en cuanto garantes de la observancia de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco europeo, comprobando, concretamente, que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada traten de atender a necesidades provisionales, y que la normativa estatal no se utilice, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas en materia de contratación de personal.

La prioritaria preferencia que presenta la Directiva 1999/70/CE y su Acuerdo Marco está provocando, también en la legislación española en materia de contratación temporal esencialmente en el ámbito público, que ésta esté resultando masivamente contraria a Derecho en cuanto permite la contratación temporal sucesiva de trabajadores para cubrir necesidades permanentes del servicio. Especialmente abusiva es la utilización fraudulenta de este tipo de relaciones laborales en el sector de la sanidad pública, en la medida en que la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, permite la renovación de nombramientos temporales de personas sanitario para atender necesidades permanentes del servicio.

Al no imponer la Directiva 1999/70/CE a los Estados una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada como sanción por su utilización sucesiva en el tiempo, y con ello abusiva, sin que exista una razón objetiva para ello⁶⁶, los diferentes Estados pueden optar por regular distintas consecuencias, según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público⁶⁷. Una de las opciones por las que se ha optado, antes desde el poder judicial⁶⁸ que desde el poder legislativo⁶⁹ es la de prohibir de forma absoluta en el sector público la transformación en un contrato de trabajo por tiempo indefinido en uno de duración fija estructural sin pasar por el filtro del proceso constitucional de proceso selectivo de personal empleado público⁷⁰.

66 SSTJUE de 4 de julio de 2006, asunto Adeneler y otros, C-212/04; de 7 de septiembre de 2006, asunto Marrosu y Sardino, C-53/04.

67 SSTJUE de 7 de septiembre de 2006, asunto Marrosu y Sardino, C-53/04 y de 7 de septiembre de 2006, asunto Vassallo, C-180/04.

68 SSTS 777/2020, de 17 de septiembre (Rec. 154/2018) y 822/2020, de 30 de septiembre (Rec. 112/2018).

69 Real Decreto-ley 14/2021 y consecuente Ley 20/2021.

70 En las SSTS 777/2020 y 822/2020, el alto tribunal español desestima la pretensión de calificación como personal laboral fijo al colectivo de trabajadores subrogados de un ente consorciado público a un ente administrativo especial que, con un contrato excesivamente prolongado, superó un proceso selectivo basado en principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad bajo el criterio de no ser un proceso ajustado a norma por no reconocer el sistema de entrevista de trabajo como una prueba cierta y contundente para

Si bien el TJUE no entra a debatir si la conversión en indefinidos de los contratos temporales celebrados en fraude de ley suscritos por las Administraciones Públicas españolas es o no una medida apropiada y suficientemente efectiva para sancionar los abusos que puedan producirse, dado que ésta no es la cuestión si admite, aunque de modo indirecto, la aplicación extensiva de la medida al personal estatutario temporal y a los funcionarios interinos. Entiende el TJUE que la conversión en indefinidos de contratos de duración determinada puede ser una medida apropiada y suficientemente efectiva para sancionar los abusos que puedan producirse por la utilización sucesiva de este tipo de contratación por parte de las Administraciones Públicas no admitiendo, en cambio, que sean éstos una tipología de trabajadores con contratos o relación laboral de duración determinada que no tengan previstas en su normativa nacional, las sanciones aplicables a los supuestos de abusos a consecuencia de la utilización de sucesivos contratos temporales, porque éste es un derecho que tienen con independencia de la clasificación de su contrato en Derecho interno so pretexto de incurrir en situación de desigualdad con otra tipología de trabajadores que sí la disfrutaban como son los trabajadores contractuales laborales⁷¹.

3.2. Tratamiento causal del TJUE de la temporalidad exacerbada del Ordenamiento Jurídico español

La Directiva 1999/70/CE y su Acuerdo marco, sobre el trabajo temporal, tiene por objeto evitar la precarización de la situación de los asalariados y garantizar el derecho a la estabilidad en el empleo, concebido como elemento primordial de la protección de los trabajadores, es por ello que esta norma comunitaria prohíbe el abuso en la contratación temporal de personal público cuando su funcionalidad se destina a cubrir necesidades estructurales por no disponer de suficientes personal fijo o de carrera⁷². Producido un abuso al destinar a personal público temporal (sean interinos funcionarios, estatutarios o laborales) a cubrir necesidades «*que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable*», esto es, a cubrir el déficit estructural de funcionarios fijos o de carrera, se produce una situación incompatible con la Directiva 1999/70, sin que frente a ello, dice la STJUE de 19 de marzo 2020, pueda oponerse normativa nacional alguna que prevea el nombramiento de personal temporal por «razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, en la medida en que dicha normativa y jurisprudencia nacionales no impiden que el empleador de que se trate dé respuesta, en la práctica, mediante esas

valorar la capacidad de la persona candidata al puesto ofertado. Criterio que, a nuestro modo de ver, no encaja con el reconocimiento que sí hace de este tipo de prueba selectiva el art. 61 EBEP.

⁷¹ La Cláusula 4 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE proclama el principio de igualdad de trato entre los empleados públicos y trabajadores temporales y los fijos, prohibiendo toda discriminación en cualquier condición de trabajo por razón de la naturaleza temporal de la relación de empleo.

En STJUE de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, considera que «a falta de medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dichos personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco» y en Sentencia Malgorzata de 13 de marzo de 2014, C-38/13, reconoció, igualmente, que «la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco establece una prohibición, en lo que respecta a las condiciones de trabajo (a todas ellas), de tratar a los trabajadores con contrato de duración determinada de manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada».

⁷² vid STJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos C-103/18 y C-429/18, apartados 53, 54, 58, 71, 75, 76, Y 77).

695

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO: ¿RECONOCIMIENTO
NACIONAL VERSUS REPROBACIÓN COMUNITARIA? ANÁLISIS DE
UN BIENIO JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO NO ACLARADO

renovaciones, a necesidades permanentes y estables en materia de personal» (apartados 66 a 80) por lo que «el incumplimiento de la obligación legal por parte de las Administraciones empleadoras de proveer las plazas servidas por personal temporal con personal fijo, convocando los correspondientes procesos selectivos, en los plazos que marca la Ley nacional.» supone un incumplimiento de la normativa europea.

Es por ello que la sentencia del TJUE del 19 de marzo de 2020, deja claro que ningún proceso selectivo, permite alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo marco, en cuanto que no resultan adecuados para sancionar la utilización abusiva de relaciones de servicio temporales, no siendo, tampoco adecuados para eliminar la infracción cometida al Derecho de la Unión por la situación abusiva dado que únicamente los procesos selectivos de resultado cierto, cerrados, en los que solamente puedan participar los empleados temporales víctimas de un abuso, tendrán la consideración de sanciones idóneas para garantizar el cumplimiento.

En lo referente a la específica figura del indefinido no fijo, la sentencia del TJUE del 19 de marzo de 2020, acaba definitivamente con ella en su apartado 102, al indicar, por un lado, que el personal indefinido no fijo, al igual que el temporal y el interino, cesa cuando se provee la plaza por un empleado fijo o se amortiza, por lo que no es acorde con la cláusula 5 del Acuerdo marco mantenerlo en otro puesto ya que no puede sancionarse el abuso en la temporalidad sucesiva, con más abuso y más temporalidad. Por otro lado, en el sector público el trabajador indefinido no fijo no se le permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo, en cuanto a estabilidad se refiere, que al personal fijo, ya que unos y otros quedan sujetos a diferentes causas de cese, si bien coinciden las figuras laborales temporales y funcionariales o laborales fijos en situación de interinidad puesto que todos ellos cesan cuando se provee la plaza por un empleado fijo o se amortiza.

Por tanto, la estabilidad en el empleo sujeta a las mismas causas de cese y de extinción de la relación de empleo que el fijo podría ser una admisible sanción sustituible de la situación abusiva.

A mayor abundamiento, la sentencia TJUE del 19 de marzo de 2020, dictamina en los apartados 103 a 105, que, aunque una indemnización a favor del empleado público temporal objeto de un abuso, puede ser una medida legal equivalente en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo marco, deben ocurrir dos requisitos para que así sea. Por un lado, que la indemnización, esté específicamente prevista para sancionar los abusos incompatibles con la Directiva y, de otro, que la indemnización concedida no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco. Aspectos ambos que resultan inexistentes en nuestro Ordenamiento Jurídico dado que, la Legislación española no prevé, ni establece indemnización específica alguna a favor de los funcionarios, estatutarios y laborales interinos o del personal laboral temporales como sanción al abuso en la temporalidad en aplicación de la Directiva 1999/70 puesto que las únicas indemnizaciones previstas en la Ley española, son las previstas en los art.49 y siguientes del Estatuto de los trabajadores, para el caso de despidos de personal laboral privado, no público, pero estas indemnizaciones, como declara también el TJUE en sus Sentencias de 21 de noviembre de 2018, asunto C-936/2018 y de 22 de Enero de 2020, asunto Baldonado, apartados 61 a 63, no constituyen una medida legal equivalente para prevenir los abusos, pues su abono es independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada y, por tanto, estas indemnizaciones no están previstas para sancionar debidamente la contratación

temporal sucesiva incompatible con la Directiva, antes más bien y en todo caso, para un incumplimiento causal del empleador de contratos laborales fijos y no temporales⁷³.

El legislador español ha establecido la posibilidad de indemnización como medida disuasoria, no obstante, no cumplir el principio de proporcionalidad por cuanto la hace coincidir con la cantidad a percibir por finalización de contrato temporal ex art. 49 c) ET, esto es, 20 días de salario por año de servicio en cuyo caso, priva al empleado público contratado laboral temporal de cobrar dicha indemnización “disuasoria” si no supera el proceso selectivo⁷⁴.

En este mismo contexto se pronuncia el Auto de 30 de septiembre de 2020, el cual valorando la inexistencia en la legislación española de ninguna medida sancionadora que garantice el cumplimiento de la Cláusula 5 del Acuerdo marco, al incumplir el Estado español su obligación de transponer la Directiva 1999/70 en el sector público al ordenamiento jurídico interno, considera que no cabe sino la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija idéntica o equivalente a la de los funcionarios de carrera comparables, sujetando a los empleados públicos temporales/interinos víctimas de un abuso a las mismas causas, requisitos y procedimientos para el cese en sus puestos de trabajo que la Ley establece para los homónimos funcionarios de carrera o empleados fijos comparables, aunque sin atribuirles la condición de funcionario de carrera. En un nuevo pronunciamiento jurisprudencial⁷⁵ en relación con el alcance de la Cláusula 5 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, de nuevo se pronuncia sobre la fijeza como única sanción viable al abuso en la temporalidad en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Igualmente, la STJUE, de 3 de junio de 2021, en la que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, relativas a la Cláusula 5 del Acuerdo marco de la Directiva 1999/70, sobre el abuso en la temporalidad, la sentencia se refiere al concepto de abuso prohibido por esta Norma comunitaria, en cuanto que acaba con las excusas que se oponían en nuestro país y declara que el régimen jurídico hasta ahora aplicado al personal interino no se ajusta al Derecho de la UE por lo que aclara que la existencia de un solo nombramiento expreso o escrito no es excusa para la no aplicación de la Directiva, de tal forma que, dentro de la expresión «*utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada*» se incluyen también los supuestos de prórrogas tácitas o implícitas de los contratos de interinidad, que se producen cuando no se provee

73 La misma sentencia del TJUE de 22 de Enero de 2020, asunto Baldonado, apartado 46, declara que la indemnización por despido improcedente del Estatuto de los Trabajadores no tiene por objetivo sancionar el abuso en la temporalidad, sino compensar la ruptura imprevista y brusca del vínculo laboral en un contrato indefinido o fijo.

74 En concreto, el art. 2.6 Ley 20/2021, establece que «Corresponderá una compensación económica, equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización».

En el caso del personal laboral temporal, dicha compensación consistirá en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades.

La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso».

75 STJUE, de 11 de febrero 2021, asunto C-760/18.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO: ¿RECONOCIMIENTO
NACIONAL VERSUS REPROBACIÓN COMUNITARIA? ANÁLISIS DE
UN BIENIO JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO NO ACLARADO

697

la plaza mediante la celebración de los correspondientes procesos selectivos en los plazos que marca la Legislación, en concreto en los tres años que establece el art 70 EBEP (apartados 35 a 40).

Del mismo modo, declara la sentencia que, la normativa nacional que prevé la organización de procesos selectivos para cubrir las plazas vacantes servidas por empleado público temporal en los plazos que marca el EBEP, no garantiza que estos procesos se organicen efectivamente, por lo que no resulta adecuada para prevenir el abuso en la contratación temporal sucesiva en el Sector Público, ya que los plazos legales no son fijos y no son respetados por las Administraciones empleadoras por lo que no es conforme con la Directiva, el nombramiento de empleados públicos temporales a la espera de la finalización de los procesos selectivos para cubrir, definitivamente, las plazas vacantes de trabajadores del Sector Público (apartados 53 a 69).

Igualmente declara que las limitaciones establecidas en las leyes de presupuestos, como consecuencia de la crisis económica del 2008 y, en concreto, las restricciones presupuestarias que prohibían entre los años 2009 y 2017 ejecutar ofertas de empleo público (OPES), no pueden justificar la inexistencia en el Derecho español de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada, ni puede restringir ni anular la protección de la que gozan los empleados del Sector Público (apartados 89 a 93), por causa económica o de cualquier otra índole.

En definitiva, los Ordenamientos Jurídicos nacionales deben garantizar la protección de los trabajadores de modo efectivo (posible), proporcionado (no menos favorables que las ya aplicadas en el orden interno) y disuasorio (sancionable ante la infracción) para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco.

El hecho de que no existan verdaderas indemnizaciones en nuestro país para dar cumplimiento a la Directiva y sancionar el carácter abusivo de los nombramientos y contratos del Sector público, menoscaba el objetivo y efecto útil del Acuerdo marco [apartados 74 a 76] del mismo modo que, la asimilación del personal interino a los trabajadores indefinidos no fijos, podría ser una medida sancionadora, adecuada, si bien esta conclusión debe relacionarse con el apartado 101 de la STJUE de 19 de marzo de 2020, en la que, el mismo TJUE dictamina que la figura del indefinido no fijo, tal y como está concebido, no es conforme con la Cláusula 5 del Acuerdo marco, ya que esta transformación produce la posibilidad de que, el empleador, amortice la plaza o lo cese y, por tanto, pierda la condición de empleado público.

Sea como fuere, resulta, del mismo modo esencial, no perder de vista que los Órganos jurisdiccionales no pueden excluir en el Derecho nacional la aplicación de la Directiva, ni el objetivo de alcanzar una aplicación conforme con el objetivo de ella, modificando, incluso, su jurisprudencia y, por tanto, sancionando con una medida efectiva, proporcionada y disuasoria, y equivalente a las aplicables en situaciones similares de carácter interno, el abuso producido, si fuese necesario.

4. CONCLUSIÓN

La posición del EBEP coincide con la que mantenía la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública, al extender los principios constitucionales a la selección tanto de personal funcionario como de personal contratado laboral.

Como se recordará, el personal contratado laboral en las Administraciones Públicas, en sus diferentes acepciones- fijos, temporales en curso o temporales indebida y, con ello, fraudulentamente prorrogados, también denominados indefinidos no fijos- han venido desempeñando todo tipo de actuaciones de servicio público, bien en régimen temporal permanente, bien en régimen temporal coyuntural. Ello ha conducido a que, debido a su permeabilidad de disposición por parte de la empleadora ha sido la tipología de empleado público que ha conocido las consecuencias de la implantación en la reforma laboral del año 2012, en concreto, en materia de despido colectivo público.

Con la reforma laboral de 2021, a través del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE núm. 313 de 30 de Diciembre de 2021), la posibilidad de que las Administraciones Públicas despidan a su personal contratado laboral, con preferencia al temporal, se ha eliminado, si bien, ello de facto más que de iure.

Hasta ahora, el empleado público laboral que, con una periodicidad cierta y continuada- habitualidad-, haya venido prestando servicios profesionales en un ámbito administrativo institucional, ha resultado ser susceptible de ser computado para la aplicación del criterio causal extintivo siempre que la elección de los trabajadores quede condicionada a la limitación legal que posibilita *«apreciar la adecuada justificación de los despidos con el fondo de la decisión extintiva»*⁷⁶.

Acudiendo a criterios objetivos de selección, no sólo relacionados con la gestión administrativa si no, también, con el mandato legal, que excluye expresamente al personal laboral fijo que goza de preferencia de continuidad sobre el personal laboral temporal siempre que aquel *«hubiese adquirido dicha condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad a través de un procedimiento selectivo convocado al efecto»* (art. 38 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada- RPDC-. BOE núm. 261, de 30 de Octubre de 2012), *«la empresa- léase también, por extensión analógica, entidad administrativa- no sólo debe acreditar la concurrencia de la causa propiamente dicha sino que también ha de argumentar acerca de sus efectos sobre los contratos de trabajo que justifican su extinción y aquí es donde cobra especial protagonismo los criterios de selección de los trabajadores afectados»*⁷⁷ para extinguir su relación profesional.

El empleador público, ha debido tomar en consideración las prioridades de permanencia que legal o convencionalmente se pudiesen establecer (art. 51.5 ET, art. 96 EBEP) como presupuesto ineludible para computar si el proceso de despido quedaba englobado en uno de carácter individual, aunque pudiese ser plural, o, por el contrario, en uno de carácter colectivo garantizado con un contexto procedimental determinado. No obstante esta consideración, la cuestión no ha sido siempre clara ni pacífica.

A partir de las SSTS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2014⁷⁸ y de 4 de febrero de 2016⁷⁹, si la Administración llevaba a cabo una extinción de la relación contractual laboral temporal ex ante- *“amortización simple”*-, esto es, antes de la llegada de su término previsto, la aplicación de criterios causales de empresa en cómputo temporal legal, hacía que la extinción quedase

76 Cfr. SAN, Sala de lo Social, de 15 de octubre de 2012. Rec. 162/2012.

77 Cfr. STS, Sala de lo Social, de 22 de mayo de 2014 (Rec. 17/2014)

78 Rec. 217/2013.

79 Rec. 1621/2014.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO: ¿RECONOCIMIENTO
NACIONAL VERSUS REPROBACIÓN COMUNITARIA? ANÁLISIS DE
UN BIENIO JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO NO ACLARADO

699

calificada como injustificada con efectos de nula o improcedente, por considerarse no concurrente el cauce extintivo previsto para la tipología contractual sujeta a término del art. 49.1.c) ET⁸⁰, como mandatan los arts 51.1 y 52 ET y art. 1.1. RPDC, en cuanto finalizaciones realizadas por el empresario, en circunstancias claramente no motivadas por actuación del trabajador, pero, igualmente, fuera de los términos contractuales pactados. No obstante, dicha consideración no ha contado con una doctrina jurisprudencial unánime, principalmente, en los inicios aplicativos de la reforma laboral, al negar y admitir coetáneamente la posibilidad de acudir a las “*amortizaciones simples o ex ante*”⁸¹ como elemento numérico a computar a efectos de despido colectivo.

80 Criterio seguido por numerosas sentencias: SSTs, Sala de lo Social, de 11 de febrero de 2015 (Rec.840/14); de 17 de marzo de 2015 (Rec. 753/14); de 18 de marzo de 2015 (Rec. 1521/14); de 12 y de 26 de mayo de 2015 (Rec. 1080/14; y 391/14); de 23 de junio de 2015 (Rec. 1981/14); de 30 de junio de 2014 (Rec. 2068/14); de 7 de julio 2015 (Rec. 2598/14); de 13 de julio de 2015 (Rec. 2405/14); de 27 de octubre 2015 (Rec. 2574/14); de 27 de octubre 2015 (Rec. 2244/14); de 16 de febrero 2016 (Rec. 1199/14); de 8 de marzo 2016 (Rec. 3423/14); 4, 5 y 20 abril de 2016 (Rec. 2600/14; 1874/14; y 309/16); de 9 de junio de 2016 (Rec. 508/16); de 5 y 7 de julio 2016 (Rec. 84/15; y 2536/14); de 26 de octubre de 2016 (Rec. 581/15); de 13 de diciembre 2016 (Rec. 3774/14); de 27 de enero de 2017 (Rec. 430/13); de 9 de marzo de 2017 (Rec. 2636/16); de 23 de marzo de 2017 (Rec. 1581/15); de 19 de julio de 2017 (Rec. 3255/15); y de 18 de septiembre de 2017 (Rec. 514/15), si bien en los inicios mostrar alguna reticencia aplicativa: STS, Sala de lo Social, de 8 de julio 2014 (Rec. 2693/13) «[Si] se examina con detenimiento los Fundamentos de la, tan reiterada, STS de 24 junio 2014 que han conducido al nuevo rumbo doctrinal se comprobará cómo el papel que en ellos juega el tenor de la DA 20a ET es bien modesto», aseverando con posterioridad que «por tanto, como se observa, el criterio acogido por la STS de 14 junio 2014 no ha dependido del juego de la DA 20 a ET, sino que este precepto ha servido como mero detonante para propiciar la transición reseñada».

El tránsito jurisprudencial, se aprecia, entre otras, en: SSTSJ, Sala de lo Social, de Cataluña, de 13 y 21 de noviembre de 2014 (Rec. 4879/14; y 5024/14); y de 10 de diciembre 2014 (Rec. 4947/14); de Galicia, de 19 de diciembre de 2014 (Rec. 3605/14); de Madrid, de 1 y 19 de diciembre 2014 (Rec. 745/14; y 765/14); de 23 de enero de 2015 (Rec. 797/14); y de 12 de febrero de 2015 (Rec. 582/14); de Islas Baleares, de 27 de marzo de 2015 (Rec. 103/15).

Encontramos una excepción en el caso de los Promotores de Empleo del Servicio Andaluz de Empleo (STS 7 de mayo de 2015. Rec. 325/2014), para quienes la doctrina de la STS de 24 de junio de 2014 (Rec. 217/13), no será aplicable por tratarse de empleados públicos laborales nombrados, en virtud de un plan de empleo extraordinario, con contrato laboral temporal declarados, por ello, como empleados indefinidos no fijos que han sido cesados por insuficiencia presupuestaria *ex* artículo 52.e ET (sin ofrecer ni poner a disposición la indemnización legalmente prevista). En estos casos, el Tribunal Supremo (de forma controvertida) no declara nulidad sino la improcedencia del despido por considerar que no es obligatorio acudir al despido colectivo al no ser la extinción fruto de la iniciativa del empresario, sino que viene determinada por el contenido de la Ley 35/2010 y RD-Ley 13/2010. En estos casos, en contra del criterio del Tribunal Supremo, podría entenderse que la extinción se produce por *Factum Principis*, lo que implicaría la reconducción de estas resoluciones al régimen jurídico de la “fuerza mayor” (provocando la nulidad de estas extinciones por no haberse seguido el cauce legalmente habilitado).

81 Manteniendo computables las “*amortizaciones simples*” encontramos, Cfr.: STS de 21 de julio 2014 (Rec. 2099/13); de 26 de enero 2015 (Rec. 3358/13); [implícitamente] de 17 de marzo de 2015 (Rec. 753/14); y de 11 de mayo de 2015 (Rec 1090/14), producidas con anterioridad a la reforma de junio de 2014. En concreto, para la Para la STS 744/2016, Sala de lo Social, de 4 de febrero de 2016. Rec. 2638/2014 «*Como dijimos en nuestra sentencia del Pleno de 24 de junio de 2014 (R. 217/2013) los contratos del personal indefinido no fijo, tienen naturaleza temporal y están sujetos a una duración determinada -hasta la cobertura reglamentaria de la vacante- de manera que se conoce la causa de terminación del mismo, aunque no el momento en que tal circunstancia ocurrirá. Por ello, si esa terminación se produce por una circunstancia distinta a la cobertura de la vacante como es la amortización de la plaza, estaremos en presencia de una terminación irregular, salvo que se lleve a cabo por los cauces de extinción de la relación de trabajo de conformidad con la referida Disposición Adicional Vigésima- hoy décimo sexta- del ET y por las causas previstas en el párrafo segundo, cuando se trata de Administraciones Públicas en sentido estricto, como era allí el caso.*

Acertadamente, la STS 1703/2018, de 2 de abril de 2018⁸², trajo a colación la doctrina consolidada en 2014 al conceptuar (FJ Tercero) que los contratos temporales deben permanecer en activo y, por ende fuera del cómputo extintivo, si aún no han llegado a su término, manifestando en concreto que «E) *En esta dirección, la STS 24 junio 2014 (Rec. 217/2013, Universidad Politécnica) proclama expresamente el cambio de doctrina respecto de lo sostenido hasta el momento y expone lo siguiente:*

De lo expuesto se deriva que nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla (artículo 4-2 del R.D. 2720/1998). Obsérvese que ni la norma, ni el contrato contemplan otra causa de extinción del mismo y que, cual se dijo antes no estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de oferta de empleo público (art. 70 del E.B.E.P).

La STS 21 julio 2016 (Rec. 134/2015, ADIF) aborda la validez de una convocatoria de traslados que excluye al personal indefinido no fijo, pese a que en el convenio colectivo nada se dispone al respecto. Se trata de supuesto análogo al presente, por lo que posee gran relevancia recordar lo allí expuesto.

La diferencia pues entre ‘indefinido no fijo’ y ‘fijo’ puede estar, en su caso -se insiste- en la causa de extinción del vínculo contractual. Sin embargo, durante la vigencia del vínculo, el trabajador ‘indefinido no fijo’, no puede ver mermado ningún derecho laboral o sindical por el mero hecho de ostentar dicha condición. A este respecto conviene recordar, que el artículo 15.6 ET [...] recoge que esta protección -y por ende prohibición en su caso de establecer preceptos convencionales contrarios al sentido de la norma estatutaria- resulta sin duda de aplicación- con mayor razón si cabe- a los denominados trabajadores ‘indefinidos no fijos».

En esta tesitura, si bien la aplicación causal del despido colectivo público administrativo ha venido recayendo, con carácter prioritario, sobre contrataciones no legalizadas, conviene matizar que la prolongación excesiva o concatenada de dichos contratos debería haber quedado sujeta a sanción, con independencia del proceso extintivo colectivo que se llevase a cabo siguiendo los cauces legales. La irregularidad de actuación que comete la Administración empleadora prolongando en exceso la temporalidad del vínculo contractual laboral- e incluso la situación de interinidad para los casos de empleados públicos de plazas estructurales pero no totalmente dotadas, como indica el TJUE⁸³, que, por otro lado, resulta ser una situación, cuanto menos,

En el supuesto de autos, se ha llevado a cabo un proceso reglamentario con respeto de los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad que ha conducido al nombramiento para la plaza ocupada por el actor de la persona que ha superado esas pruebas y a la extinción del contrato de trabajo de quien la ocupaba hasta entonces, precisamente por una causa, que era la que válidamente podía producir los efectos legales extintivos, sin que esa decisión pueda por tanto ser calificada de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET. Es indudable porque la extinción de los contratos de este tipo no es computable al efecto de considerar el despido, como colectivo, conforme al penúltimo párrafo del citado art. 51.1 del ET que excluye del cómputo las extinciones de contratos temporales que se produzcan con arreglo al art. 49.1.c) del texto legal citado», excluyendo de cómputo causal, en consecuencia, a los contratos laborales temporales de interinidad.

En sentido contrario: Cfr. SSTs, Sala de lo Social, [obiter dicta], de 21 de julio de 2014 (Rec. 1508/13); de 13 de octubre de 2014 (Rec. 2745/13); 29 de octubre de 2014 (Rec. 1765/13); de 4 de noviembre de 2014 (Rec. 2679/13); de 2 de diciembre de 2014 (Rec. 2371/13); de 19 de febrero de 2015 (Rec. 51/14); de 9 de marzo de 2015 (Rec. 2186/14); de 13 de julio de 2015 (Rec. 1165/14); 25 de febrero de 2016 (Rec. 2537/14).

⁸² Rec. 27/2017.

⁸³ Cfr. STJUE de 19 de marzo de 2020. Asuntos C-103/18, Sánchez Ruiz y 429/18, Fernández Álvarez y otras, ambas contra la Comunidad de Madrid (Servicio madrileño de Salud). Cfr.

paradójica por no resultar del todo acorde con los criterios de estabilidad laboral que los poderes públicos vienen preconizando en las distintas medidas laborales llevadas a cabo para fomentar el empleo y la inserción laboral.

El alto nivel de temporalidad entre los empleados públicos, como dice al STJUE de 19 de marzo de 2020, en su apartado 79, constituye un elemento esencial de detección de abuso en la contratación laboral por parte de la Administración contratante. Si la temporalidad es muy elevada, el personal público interino o temporal no presta servicios excepcionales, coyunturales, puntuales o esporádicos, sino que realiza las tareas propias del servicio público estructural, atendiendo, de hecho, a necesidades ordinarias del servicio, duraderas, estables y permanentes, cubriendo el déficit estructural de funcionarios de carrera comparables. Al efecto resulta indiferente que el déficit estructural de funcionarios de carrera exista en la Administración empleadora, o en cada uno de los servicios y áreas donde están destinados, pues, en todos los casos, la temporalidad excesiva revela que la Administración empleadora incumple con su obligación de proveer las plazas de su plantilla con funcionarios de carrera y utiliza a los empleados temporales, para realizar funciones ordinarias del servicio público, que tendrían que estar desempeñadas por personal fijo o de carrera.

Dicha obligación de proveer de plazas la ejecución de servicios públicos conlleva, en primer lugar, la creación de la misma mediante procedimientos reglamentarios y en los plazos que marca la Ley, pues al no convocar procesos de acceso, la Administración empleadora ha estado incumpliendo el art. 10 del Estatuto Básico de la Función Pública, que obliga a incluir todas las plazas vacantes servidas por interinos en la Oferta Pública de Empleo del año de nombramiento y si no fuera posible en el año siguiente. Y, en segundo lugar, dotar de cierta seguridad jurídica y de pervivencia a los empleados públicos contratados laborales y funcionarios, estatutarios y contratados laborales de carácter fijo en régimen de interinidad, más allá de las medidas disuasorias que deben conllevar la utilización sucesiva, y abusiva, de contratos de duración determinada en sectores específicos de la Administraciones Públicas. Regulación que no realizan, en los propios términos acordes con las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco, ni la Ley 20/2021, ni el RDL 32/2021.

La medida disuasoria que plantea la Ley 20/2021, regula el futuro que vendrá dejando al albur de cada Administración, en consenso o no con la representación social, las consecuencias de su situación abusiva que, salvo rectificación normativa o mediación, de nuevo, judicial europea, no tiene visos de terminar con la temporalidad existente si no, antes bien, con la extinción efectiva de las plazas abusadas por amortización de las mismas una vez desocupadas por cambio de puesto del trabajador detentador o, lo que es menos considerado, por muerte del mismo

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=224584&pageIndex=0&dodang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=29 87465>

El propio Tribunal Supremo- SSTS, Sala de lo Social, de 22 de julio 2013. (Rec. 1380/12) y de 14 de octubre de 2013 (Rec. 68/13)- ya venía vinculando la sanción a la Administración que mantiene a trabajadores temporales en fraude de ley, conminándole a la transformación de sus contratos laborales temporales en indefinidos no fijos, los cuales, a su vez, quedarán pendientes de cobertura formal o, por el contrario, amortización de la plaza con el consiguiente riesgo que ello entraña para el empleado que la viene ocupando en cuanto puede perder su puesto- que no plaza- si no supera dicho proceso selectivo, aspecto que el legislador debiera tomar en consideración para mermar la inseguridad jurídica en la que se puede encontrar el empleado público laboral temporal susceptible de afectación por despido colectivo.

haciendo, prácticamente inservible, con ello, la figura del despido colectivo instaurada en la reforma laboral de 2012 y, tal vez por ello, derogada por la reforma laboral de 2021 a través de la DD Única del RDL 32/2021, si bien, ello no quiere decir que por otras causas distintas a las objetivas- disciplinarias, por ejemplo, o por causas objetivas a título individual-, la voluntad extintiva del empleador no se pueda hacer presente.

Por voluntad amortizadora o por causas objetivas, la empleadora pública puede decidir prescindir del empleado contratado laboral argumentando causas objetivas, legalmente tasadas, aunque hubiera accedido por un procedimiento reglado para plaza laboral fija, si bien es el personal contratado laboral temporal *indefinido no fijo* (contratado sin respetar las normas que regulan las modalidades de contratación temporal- tiempo y tipo de funciones: temporales o estructurales- contratados laborales revertidos, contratados laborales subrogados) quien sigue siendo el último eslabón de la cadena en el empleo públicos y el futuro, a pesar de la normativa reformadora de 2021, sigue siendo tan poco halagüeño como antes de la última reforma por lo que el reconocimiento nacional se torna en reprobación nacional cuando de estabilidad en el puesto se trata. Seguiremos atentos la doctrina jurisprudencial que, a buen seguro, acompañará a las últimas medidas legislativas aprobadas.

5. BIBLIOGRAFÍA

M. ALONSO OLEA, «*Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas*», en Libro Homenaje al Prof. José Luis Villar Palasí. Civitas, Madrid, 1989.

RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. «*Despidos y otras medidas de (Re) estructuración de plantillas laborales en el sector público*». Iustel. 2013.

ROJO TORDESILLA E, «*El Derecho del Trabajo y el empleo público. En especial, reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las aportaciones del magistrado Manuel Ramón Alarcón*». Jornadas de estudio en homenaje a Manuel Ramón Alarcón Caracuel. 18 de septiembre de 2015. Pág. http://departamento.us.es/dtss/HQMENAJE%0020M.R/conferencia_eduardo_rojo.pdf

ROQUETA BUJ, R. «El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público», La Ley, Madrid, 2007.

SELMA PENALVA, A. “El trabajador “indefinido no fijo” en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura”. Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica. Nº 11. 2014.

TREVIÑO PASCUAL, M. “Estabilidad en el empleo y despido colectivo en el sector público. Editorial: Editorial Bomarzo. Año 2016.

