

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

164/2022
Tercer Trimestre

164

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

164

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Calle Algodón, nº 1
41006 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN

Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

VOCALES

BEATRIZ BARRANCO MONTES	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Bolonia
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa

CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006. Tf. 955 066 200

Precio suscripción anual -incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico- 72 euros. Número suelto: 18 euros.

Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 164/2022

Tercer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

La subrogación convencional de trabajadores en cuerpo y alma: identidad, autonomía y previsiones de la negociación colectiva sectorial estatal 11
DAVID LANTARÓN BARQUÍN

El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre el trabajo a tiempo parcial: una nueva oportunidad desaprovechada para abordar los cambios pendientes..... 53
CARMEN FERRADANS CARAMÉS

Incidencia debilitadora de las reglas de concurrencia de convenios colectivos en la ultraactividad indefinida 85
IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ

El contrato artístico: entre la temporalidad y la permanencia en el marco de la reforma laboral 2021 107
MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA

Huelga y trabajo autónomo económicamente dependiente en la actualidad 137
JOSÉ ENRIQUE RUIZ SAURA

2. MERCADO DE TRABAJO

Efectos de la pandemia sobre la intermediación laboral en España: análisis de las diferencias respecto al inicio de la crisis de 2008..... 161
JOAN ANTONI ALUJAS RUIZ

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

CONDICIONES DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

La necesidad de transparencia del salario. De principio a obligación 187

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

DERECHOS FUNDAMENTALES

Universidad Loyola Andalucía

El uso del velo y la prohibición de discriminación en el ámbito de empleo
y la ocupación 199

TERESA VELASCO PORTERO

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

Cuantificación del daño moral en caso de despido nulo por vulneración de
derechos fundamentales e instancia para su fijación 209

JOSE MARÍA MORENO PÉREZ

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía 221

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

ANVUR (Agencia Nacional italiana de Valoración del sistema Universitario y de la Investigación) tiene reconocido a Temas Laborales como una revista científica clase A en el área 12, ámbito que corresponde a Derecho y Ciencia Jurídica en su conjunto.

TEMAS LABORALES se encuentra incluida también en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos vinculados a la investigación:



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals -IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral* (Perú), *Arbeit und Recht* (Alemania), *Australian Journal of Labour Law* (Australia), *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale* (Francia), *Bulletin of Comparative Labour Relations* (Bélgica), *Canadian Labour & Employment Law Journal* (Canadá), *Comparative Labor Law & Policy Journal* (Estados Unidos de América), *Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review* (Delavci in delodajalci-Eslovenia), *Derecho de las Relaciones Laborales* (España), *Diritti Lavori Mercati* (Italia), *Diritto delle Relazioni Industriali* (Italia), *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* (EuZA-Alemania), *European Labour Law Journal* (Bélgica), *E-journal of International and Comparative Labour Studies* (Italia), *Giornale di Diritto del Lavoro* (Italia), *Industrial Law Journal* (Sudáfrica), *Industrial Law Journal* (Reino Unido), *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations* (Holanda), *International Labour Review* (OIT), *Japan Labor Review* (Japón), *Labour and Social Law* (Bielorrusia), *Labour Society and Law* (Israel), *Lavoro e Diritto* (Italia), *Pecs Labour Law Journal* (Hungría), *Revista de Derecho Social* (España), *Revue de Droit du Travail* (Francia), *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* (Italia), *Russian Yearbook of Labour Law* (Rusia), *Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej* (Polonia) y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht* (Alemania).

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carlp/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesuscruz@us.es y/o sderio@upo.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a esta publicación -que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (abstract) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (key words) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.

Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecuadrados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

COMPROMISO ÉTICO DE TEMAS LABORALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se compromete a velar por el cumplimiento de los principios éticos y deontológicos que han de marcar todas las fases de un proceso editorial que tiene por objeto la difusión del conocimiento científico con el máximo rigor.

Los órganos ejecutivos de la Revista, Consejo de Redacción y Dirección, ratifican y hacen propio el contenido de referentes nacionales e internacionales como: la Guía de buenas prácticas de las publicaciones periódicas y unitarias, elaborada por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC, 2016), el Código de conducta para editores de revistas (COPE, 2011, 2019), la Guía Ética para revisores pares (COPE, 2018) y el Libro Blanco sobre la promoción de la integridad en las publicaciones de revistas científicas (CSE, 2021).

El detalle y desarrollo de estos compromisos, dirigidos tanto a autores como a revisores, se encuentra disponible en la web oficial de la Revista: <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacioninvestigacion/revistas-y-monografias>

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 164/2022**

Third Trimester

INDEX

1. STUDIES

Nature and content of the subrogation of workers originated by collective agreement: identity, autonomy and state sectoral collective bargaining provisions.....	11
DAVID LANTARÓN BARQUÍN	
The impact of the 2021 labour reform on part-time work: a new missed opportunity to address pending changes	53
CARMEN FERRADANS CARAMÉS	
Debilitating impact of the rules of concurrence of collective agreements in indefinite ultraactivity	85
IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ	
The artistic contract: between temporality and permanence within the framework of the 2021 labor reform	107
MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA	
Strike and economically dependent self-employment today	137
JOSÉ ENRIQUE RUIZ SAURA	

2. LABOUR MARKET

Effects of the pandemic on labour intermediation in Spain: analysis of the differences with respect to the beginning of the 2008 crisis.....	161
JOAN ANTONI ALUJAS RUIZ	

3. JUDICIAL COMMENTS

WORKING CONDITIONS

University of Seville

The need for salary transparency. From principle to obligation 187

MARIA SEPÚLVEDA GÓMEZ

FUNDAMENTAL RIGHTS

Loyola Andalusia University

The wearing of the veil and the prohibition of discrimination in the field
of employment and occupation 199

TERESA VELASCO PORTERO

LABOUR PROCEDURAL LAW

University of Jaen

Quantification of moral damage in case of null dismissal for violation of
fundamental rights and instance for its fixation

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ 209

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia 221

LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL DE TRABAJADORES EN CUERPO Y ALMA: IDENTIDAD, AUTONOMÍA Y PREVISIONES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SECTORIAL ESTATAL

DAVID LANTARÓN BARQUÍN*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria

EXTRACTO

Palabras clave: subrogación convencional, Somoza Hermo, trabajadores, obligaciones documentales

La presente reflexión aborda la naturaleza, independiente o no, de la subrogación de trabajadores originada en convenio colectivo. Y, más allá de ello, los principales contenidos de las cláusulas de los convenios colectivos sectoriales estatales sobre la subrogación de trabajadores. Nivel de negociación colectiva que es, dada la exclusividad y, en todo caso, protagonismo que se atribuye al mismo, de especial relevancia. Convenios que incluyen un tratamiento autónomo y relevante de la materia. Una reflexión hilada en relación con la doctrina Somoza Hermo. Y que, debido a esta razón, no sólo analiza las cláusulas de los convenios con mayor relevancia en cuanto a aquella comentada naturaleza independiente, lo hace también con las más trascendentes para afrontar las consecuencias perjudiciales de la doctrina del TJUE y, consonante y más, de nuestro TS. Consecuencias que, desde un punto de vista, resultan no sólo perjudiciales para la empresa entrante, por extender eventualmente su responsabilidad, trabajadores subrogados, etc. sino también para el propio equilibrio del convenio y ánimo futuro de mejorar la legislación pública.

ABSTRACT

Key words: subrogation operated by collective agreement, Somoza Hermo, workers, documentary obligations

The present paper addresses the nature, independent or not, of the subrogation of workers originating in a collective agreement. And, beyond that, the main contents of the clauses of the state sectoral collective agreements on the subrogation of workers. This level of collective bargaining is, given the exclusivity and, in any case, the leading role attributed to it, of particular relevance. Agreements that include an autonomous and relevant treatment of the matter. An analysis spun in relation to the Somoza Hermo doctrine. And which, for this reason, not only studies the clauses of the agreements with the greatest relevance in terms of the aforementioned independent nature, but also the most important for dealing with the harmful consequences of the doctrine of the ECJ and, consequently and more so, of our Supreme Court. Consequences which, from one point of view, are not only detrimental to the incoming company, by possibly extending its liability, subrogated workers, etc., but also to the very balance of the agreement and the future spirit of improving public legislation.

ÍNDICE

1. SOBRE LA ORDENACIÓN CONVENCIONAL DE ESTA MATERIA. PRINCIPIOS QUE LA INFORMAN, ARTICULACIÓN DE CONVENIOS Y OTRAS CUESTIONES INTRODUCTORIAS
2. ¿SUBROGACIÓN CONVENCIONAL Y/O SUBROGACIÓN LEGAL?
 - 2.1. ¿Mejora de la subrogación legal o supuesto autónomo?
 - 2.2. ¿Impide la subrogación ex convenio la aplicación de la legislación pública?
3. TRABAJADORES SUBROGADOS Y NO
 - 3.1. La adscripción al ámbito de la transmisión
 - 3.2. Elementos no determinantes de la subrogación
 - 3.3. Subrogaciones parciales, de plantilla y de un mismo trabajador
 - 3.4. Trabajadores excluidos de la subrogación
4. REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y SUBROGACIÓN
5. OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS IMPLICADAS EN LA SUBROGACIÓN
 - 5.1. Obligaciones de la empresa saliente
 - 5.2. Obligaciones de la empresa entrante
6. RÉGIMEN CONVENCIONAL DE LOS INCUMPLIMIENTOS VINCULADOS A LA SUBROGACIÓN
7. PREVISIONES ORGÁNICAS RELACIONADAS CON LA SUBROGACIÓN
8. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

1. SOBRE LA ORDENACIÓN CONVENCIONAL DE ESTA MATERIA. PRINCIPIOS QUE LA INFORMAN, ARTICULACIÓN DE CONVENIOS Y OTRAS CUESTIONES INTRODUCTORIAS¹

La subrogación de trabajadores constituye, sabido es, una materia de extrema complejidad. Las “transmisiones” de plantilla pueden originarse a través de una

¹ La muestra de convenios analizada abarca el periodo temporal comprendido entre el 1 de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2021. Las excepciones vienen constituidas por el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, firmado el 8 de junio de 2015 (BOE, 20 de junio); por el Acuerdo para el Empleo 2015, 2016 y 2017, firmado el 8 de junio de 2015 (BOE, 20-VI) y por el V Acuerdo laboral de ámbito estatal del sector de hostelería, firmado el 25 de marzo de 2015 (BOE, 21-V). En este último caso por su continuada vigencia con modificaciones. Y porque, según la DA cuarta Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021, de 30 de diciembre de 2020 (BOE, 14-V-2021), su capítulo XII, “incluido su desarrollo y modificación por la jurisprudencia y, en especial, en lo relativo a los derechos y garantías de la representación legal y unitaria de los trabajadores”, es el que rige la “subrogación convencional” en el ámbito de este convenio de la restauración colectiva. El número de convenios con referencias legales sobre el objeto de estudio supera el 20%. Y, en valores absolutos, son más de 30 los convenios sectoriales estatales analizados en profundidad. Algunos se suceden temporalmente en un mismo espacio, con o sin variación en su ámbito de aplicación funcional. Con variación, a título de ejemplo, el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición, suscrito el 20 de noviembre de 2017 (BOE, 8-II) y el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional, firmado el 9 de marzo de 2021 (BOE, 11-VI). Con identidad de ámbitos, caso de la sucesión del

pluralidad de vías, temporales o permanentes. Algunas de ellas, cesiones sometidas a un régimen jurídico realmente singular². De todas esas formas de transmisión, nos ocupamos en esta reflexión de la subrogación de trabajadores contemplada convencionalmente en desarrollo –o no, como más adelante analizaremos en detalle– del artículo 44 ET y de la actual Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo, 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 (DOCE L 82/16, de 22 de marzo), que a diferencia de aquel no impone un sistema de responsabilidad conjunta y solidaria, sino que se limita a autorizar a las legislaciones internas a establecerlo. Algo que, como veremos, conviene tener muy presente.

Cualificada doctrina ha afirmado con acierto que el análisis de esta materia ha de ser integrador, conjugando derecho de la UE y ordenamiento interno. Conjugando también, régimen jurídico-general u ordinario con el régimen especial de la legislación concursal (hay numerosos reenvíos explícitos e implícitos entre este último y el primero, en la medida en que es derecho supletorio e integrador de sus lagunas)³. Advertiría adicionalmente, al menos, un tercer plano, resultante de la

Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad 2017-2020, suscrito el 8 de noviembre de 2017 (BOE, 1-II) por el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021, firmado el 30 de septiembre de 2020 (BOE, 26-XI). O del Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva, firmado el 18 de diciembre de 2018 (BOE, 18-VI-2019) que antecede al Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021. O el III Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, firmado el 17 de julio de 2018 (BOE, 23-XI) al que sucede, con idéntico contenido en lo que nos afecta, el IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, de 16 de diciembre de 2020 (BOE, 18-II), que es el que analizamos en profundidad. Algunos de estos textos han perdido, pues, su vigencia, pero, dado que el análisis se centra en identificar abordajes jurídicos de la materia, se hablará en todo caso en tiempo presente al referirse a su regulación.

² Pensamos, en concreto, en el especial caso del deporte profesional, que comprende el regulado en el Convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional, suscrito el 9 de octubre de 2015 (BOE, 8-XII). Convenio que en sus arts. 15 y ss. ordena la cesión temporal en este sector, contemplando el doble límite sustantivo de la aceptación del trabajador y de la limitación por el tiempo que reste de vigencia del contrato.

³ Monereo Pérez, J.L., “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los «casos difíciles» en la jurisprudencia reciente”, *Trabajo y Derecho*, número extra 5, 2017, sección Estudios, epígrafe I, p. 2. ISSN 2386-8090. Un ejemplo de esta compleja integración lo encontramos en el art. 5 de la Directiva que excluye en principio la aplicación, en los supuestos de insolvencia empresarial del cedente, de sus preceptos 3 y 4, relativos al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso. Sucesión de unidades concursadas en las que el nuevo Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (BOE, 7-V), ha introducido importantes modificaciones legales. Recordar, entre otras precisiones, el art. 224.1. 3º TRLC.

necesidad de considerar tanto normativa laboral como, en particular, la legislación de contratos del sector público.

Planos que, en todo caso, se superponen por no responder a un único criterio. Y que contribuyen a explicar esta complejidad. Complejidad que, en definitiva, viene estrechamente unida, por un lado, a la necesidad de integrar un complejo haz normativo y su interpretación jurisdiccional. Y, de otro, la evolución del tejido empresarial y sector económico dominante a la que aquel se ha de aplicar. Desde cierta perspectiva, se debe, pues, a la transformación de los elementos configuradores de la norma jurídica, como más adelante veremos al sumar la evolución del supuesto de hecho sobre el que se aplica esta normativa.

Es también una materia de consabida trascendencia jurídica. Relevancia manifestada, entre otras innumerables ocasiones, en el apartado 1 j) capítulo II del citado III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017. Una importancia jurídica y, por supuesto, en la realidad del mercado de trabajo, motivada por la doble finalidad a la que la subrogación de trabajadores sirve.

En primer lugar, y posiblemente de mayor importancia, el favorecimiento de la estabilidad en el empleo⁴. Principio expresamente acogido, si no en todos, en la práctica totalidad de los textos analizados, subrayándose en algún caso la especial relevancia de la autonomía colectiva en su tutela⁵ o que no se trata de la estabilidad en el puesto de trabajo⁶. Matiz éste de importancia cara a la justificación de eventuales reorganizaciones adoptadas por la empresa entrante. Relevancia y principio que justifican plenamente el carácter obligatorio, expresamente afirmado en muchos casos, de esta ordenación convencional⁷.

Una estabilidad que parece encomendarse fundamentalmente a la negociación sectorial estatal, razón que fundamenta el centrarnos en la misma. No es menor, ni mucho menos, el número de convenios colectivos que afronta, bajo distintas expresiones, el nivel de negociación en el que esta materia se ha de regular.

Si no de manera unánime, sí claramente mayoritarios, son los convenios que reservan en exclusiva esta materia al ámbito sectorial estatal. En otras palabras, a su propio nivel. Lo que se hace con distinto lujo de detalle o cambiando la

⁴ Como botón de muestra, art. 19 Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo, suscrito con fecha 20 de julio de 2017 (BOE, 7-X).

⁵ Concretamente, el art. 70 IV Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos, suscrito el 21 de octubre de 2019 (BOE, 13-I-2020)

⁶ Art. 14 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021.

⁷ Sólo por citar algunos ejemplos, en el art. 9.5 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias, suscrito el 19 de diciembre de 2017 (BOE, 6-III) o el art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, de 3 de abril de 2018 (BOE, 11-VI). De carácter “imperativo” de estas disposiciones habla el art. 63 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería.

aproximación, positiva o negativa⁸. E incluso se efectúa con la cautela de advertir el respeto a lo que establezca el art. 84.2 ET y, más excepcional, a expensas de ulteriores cambios de criterio de la comisión negociadora (lo que parece evidente, si se piensa en verdad en la comisión negociadora, que puede suceder, se diga o no)⁹. Existen, desde luego, algunas cláusulas singulares¹⁰.

Añadida a la anterior finalidad, algunos textos traslucen también la de evitar la competencia desleal que altere la libre concurrencia, llegando por ello a ordenar que los trabajadores subrogados no puedan “ver perjudicadas sus condiciones laborales mediante la aplicación de un convenio de empresa, durante al menos, un periodo de 3 años a partir de la fecha de subrogación, siempre que permanezca vigente el presente convenio, y salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el concesionario y los representantes de los/as trabajadores/as una vez consumada la subrogación” (art. 37.5 III Convenio colectivo marco estatal del

⁸ Como ocurre con la disposición adicional cuarta IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios, suscrito el 13 de febrero de 2017 (BOE, 28-III) o el art. 9 Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo, suscrito con fecha 20 de julio de 2017 (BOE, 7-X). En esta línea, el art. 9 VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022), suscrito con fecha 9 de julio de 2019 (BOE, 3-X) reserva a la negociación colectiva sectorial estatal la “subrogación empresarial en el ámbito del sector: supuestos, procedimiento y efectos”. Y también, si bien con una aproximación distinta, el art. 9 IV Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos advierte que, entre otras, tiene la “consideración de materias no negociables en ámbitos inferiores” la “subrogación empresarial, y expresamente en lo referente a las garantías reguladas en el artículo 75”. Igualmente, el art. 11 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as, de 13 de julio de 2020 (BOE, 25-IX) reserva a la negociación de ámbito general estatal la “subrogación”. Con la cautela de afirmar que se hace “sin perjuicio de lo dispuesto en materia de prioridad aplicativa de los Convenios de empresa o grupos de empresa en determinadas materias, conforme a lo previsto en el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores”.

⁹ A título de ejemplo, el art. 10 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería es un precepto singular.

¹⁰ Así, el detalle del art. 12 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, suscrito con fecha 25 de julio de 2017 (BOE, 26-IX), reserva a esta negociación colectiva sectorial estatal, entre otras materias, la “Subrogación: Libro I, Título I, Capítulo II, artículo 27 y la disposición adicional quinta”. Y obliga a los ámbitos negociales inferiores, bien a remitirse a este Convenio en dichas materias, bien a su aplicación en calidad de derecho supletorio cuando “se alcancen convenios o acuerdos de ámbito inferior, conformes a los términos y requisitos del artículo 84.2 del E.T”. Y apostilla remarcando que ello es así “dado el carácter de norma prevalente dotada de prioridad aplicativa absoluta que las partes le confieren al presente Convenio”. Verdaderamente singular es la previsión del art. 19 Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo, cuando dispone que, en cuanto a la determinación del convenio colectivo de aplicación en la nueva empresa, se estará a lo dispuesto en el presente Convenio marco y en los Convenios sectoriales de ámbito inferior.

sector ocio educativo y animación sociocultural, de 20 de enero de 2021, BOE, 22-III)

Relevancia que, en definitiva, conduce a que su régimen jurídico convencional goce de autonomía en la clara mayoría de convenios que constituyen la muestra, por concentrarse en un capítulo relativo a esta materia, comprender la mayoría del mismo, o contar, al menos, con un artículo específicamente destinado a la misma. Cuando la opción es esta última, la dimensión del precepto es desmesurada, y no ocasionalmente¹¹. Parece, pues, necesario repensar, desde el punto de vista de la técnica normativa, tanto esta cuestión como otras que la muestra analizada presenta. Partiendo de un respetuoso reconocimiento de la complejidad que ello encierra una vez acordado, no sin esfuerzo, el texto a firmar por las partes negociadoras¹².

Relevancia que acaso conduce también a que excepcionalmente –salvo error, sólo en dos convenios de la muestra– se contemple una vigencia especial para el clausulado del convenio relativo a la subrogación¹³.

¹¹ Ejemplo de lo primero es el capítulo tercero “subrogación empresarial” del Título segundo (arts. 14 y ss.) del Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo. Esta materia comprende la mayor parte del capítulo III, “El inicio de la relación laboral” del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad 2017-2020. Con excesiva extensión, el art. 43 del Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020, firmado el 19 de diciembre de 2017 (BOE, 9-II) ocupa tres páginas. Soluciones como la del art. 86, que pasa por bis, ter, quater, quinquies, sexies, septies, octies, novies, decies, undecies, duodecies hasta llegar a ter decies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional, firmado el 24 de julio de 2018 (BOE, 14-VIII), constituyen otra opción de técnica normativa a valorar.

¹² Entre estas otras cuestiones y como colofón de este apartado introductorio, la existencia de un capítulo sin título con un solo artículo, cuya rúbrica se corresponde con esta materia, caso éste del capítulo III título II XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias, que consta sólo de un artículo, el 9, destinado a regular la subrogación. Se detectan también, salvo error, convenios con preceptos que cuentan con un apartado 1 sin que exista el 2. Así acaece con el art. 86 quinquies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional. Y, por último, sucede como en este último Convenio citado -y otros-, que a pesar de contar con un capítulo X “Subrogación”, el mismo vuelve una y otra vez sobre idénticas cuestiones (como los trabajadores en los que se subroga la nueva empresa), en lugar de contemplarlas en una sola y unitaria ocasión.

¹³ En primer lugar, el art. 7 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, “ámbito temporal”, contempla una vigencia general del convenio hasta el 31 de diciembre de 2017, desde el 1 de enero de idéntico año. Sin embargo, el art.7.2 contempla una vigencia mucho más extensa, de 5 años no sólo, hasta el 31 de diciembre de 2021 de una serie de materias reguladas en el convenio. Entre otras, la “subrogación de personal en contratas de mantenimiento de carreteras o vías férreas, redes de agua, concesiones municipales para el mantenimiento y conservación de aceras, pavimentos, vías públicas y alcantarillado: Libro I, Título I, Capítulo II, artículo 27”.

2. ¿SUBROGACIÓN CONVENCIONAL Y/O SUBROGACIÓN LEGAL?

Esta complejidad de la que venimos hablando se presenta de forma más acusada aún, en particular tras la doctrina Somoza Hermo a la que luego nos referiremos, cuando se trata de determinar si existe o no una subrogación convencional al margen de la subrogación legal. Entendida la “subrogación convencional” como la que nace ex convenio, y no como el régimen jurídico convencional mejorador del legal. Y “subrogación legal” como aquella determinada y regulada de partida por la legislación pública antedicha.

Reflexión que, en realidad, transita necesariamente por dos pasos. En primer lugar, determinar si el convenio colectivo pretende regular el supuesto de hecho legal, mejorando la tutela del trabajador, o una realidad al margen. O ambas. En segundo lugar, ver en qué medida la regulación convencional de un supuesto de hecho ajeno al contemplado en la legislación pública evita la aplicación de ésta. Pregunta cuya respuesta es de gran importancia, en particular, entre otros ámbitos, en relación con las contrata y concesiones administrativas¹⁴.

En segundo lugar, el art. 4 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, firmado el 30 de junio de 2021 (BOE, 17-IX) demora la entrada en vigor de esta materia un mes.

¹⁴ Abrimos aquí un breve *excursus* para recordar la compleja realidad que genera el instituto de la sucesión empresarial en el ámbito público. De una parte, las contrata y concesiones administrativas no constituyen *per se* unidades productivas o entidades económicas en el sentido del art. 44 ET y de la Directiva, salvo que no encontremos elementos adicionales al hecho mismo de la contrata o concesión. No lo son al margen de la entrega al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, incluida la transmisión significativa de plantilla cuando ésta es la determinante de la continuidad de la actividad económica. Por eso, al margen de estos elementos, la subrogación operaría en principio por el convenio, no por la normativa pública puesto que, como señala autorizada doctrina, para ello la asunción de la plantilla habría de ser voluntaria y en realidad se produce porque aquel lo establece. Arastey Sahún, L., “Sucesión de contrata y subcontratas de obras y servicios”, p.12. Disponible desde el 1 de mayo de 2018 en 1-2-Arastey-Sucesion-de-contratas-y-subcontratas-de-obras-y-servicios.pdf (aedtss.com). Entendimiento que el art. 130.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE, 9-XI), viene a consolidar. Por otro lado, se plantean dificultades en la reversión de los servicios públicos indirectamente gestionados, bien con su integración directa en la Administración Pública competente, bien mediante entes instrumentales. Complejidad debida a distintas razones, entre otras que el sistema contractual administrativo se monta sobre el principio jurídico de la responsabilidad limitada de la Administración a través del contratista, ya que éste asume el riesgo y ventura del contrato. Por no señalar que en el ámbito de la Administración Pública la mayoría de los bienes, elementos materiales o patrimoniales, son de dominio público indisponibles que desempeñan un papel importante en el contrato o concesión. Según ha expuesto autorizada doctrina (Monereo Pérez, J.L., “Tratamiento jurídico-laboral...”, pp. 20 a 30), diversas son las situaciones hipotéticamente pensables si bien la jurisprudencia del TJUE entiende que la propiedad de los elementos patrimoniales por parte de la Administración no evita la aplicación de la normativa

2.1. ¿Mejora de la subrogación legal o supuesto autónomo?

En relación con el primer paso, se ha de determinar si la regulación convencional pretende mejorar el régimen jurídico público, en cuyo caso la aplicación de este resulta incuestionable; regular supuestos de hecho diferenciados al de aquel constituyendo un supuesto autónomo de subrogación; o, por último, disciplinar un régimen jurídico aplicable tanto a uno como a otro supuesto, pudiendo suceder que sólo parte del régimen jurídico sea común a ambos.

En otras palabras, cuando se habla de “mejora” ésta lo puede ser sobre el estatuto jurídico del trabajador en el supuesto de hecho contemplado en la legislación pública, por la extensión de la subrogación más allá de aquellos sujetos o por ambas conjuntamente. Objetiva, subjetiva o mixta, comprensiva de ambas.

Para dilucidar esta cuestión es preciso interpretar el convenio colectivo. Existen, en particular, en su contenido, dos tipos de cláusulas que nos son de gran ayuda. Cláusulas que precisan una minuciosa lectura e interpretación en cada texto, pudiendo, pese a ello, resultar insuficientes al mentado propósito.

En primer lugar, aquellas que directamente abordan la relación del texto convencional con la legislación pública. Sobre las mismas, no ayuda el hecho de que, no siendo excepcionales, no son muchos los convenios de la muestra que se manifiestan expresamente sobre este extremo. Y, cuando lo hacen, no siempre

pública reguladora de la sucesión. Asumiendo, con el TJUE, la aplicación de la normativa pública laboral garantista, bien ex convenio o por condiciones generales de la contratación en los pliegos de las contrataciones públicas por disponerlo el convenio u otra norma. Ulterior doctrina apunta, en efecto, que atendiendo al nuevo art. 130 Ley 9/2017 la posibilidad de establecer la sucesión en un pliego de condiciones desaparece. Y que, como señala idéntico precepto, «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». Y ello con las limitaciones subrogatorias que la DA 26^a Ley 3/2017 y el principio de mérito y capacidad conllevan. Rodríguez Martín-Retortillo, R. M^a., “Ámbito, garantías y responsabilidad de la sucesión empresarial, en el marco de la jurisprudencia europea y española”, Trabajo y Derecho, núm. 43, 2018, sección “Estudios”, pp. 7, 8 y 14. Restaría una importante cuestión por resolver. Y es cómo conciliar esta aplicación con la garantía del principio de mérito y capacidad del art. 23 CE cuando la reversión se produce no hacia un ente instrumental sino hacia la propia Administración Pública, que pasa a gestionar directamente el servicio. Necesario es, por último, tener presente que la Directiva 2001/23/CE considera la empresa “en sentido amplio, e incluye tanto las de titularidad privada como pública, cuando ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro” (Rodríguez Martín-Retortillo, R. M^a., “Ámbito, garantías y...”, p. 3). Excluyendo el TJUE de la calificación de actividad económica las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público (Arastey Sahún, L., “Sucesión de contrata...”, p.3) y en consecuencia la posibilidad de subrogación.

resultan fáciles de interpretar¹⁵, si bien el sector y su operabilidad haciendo uso de las antedichas contratas y concesiones pueden constituir una pista importante, como más adelante veremos.

Descendiendo al detalle, observamos la siguiente tipología de convenios colectivos de sector. En primer lugar, algún convenio se desembaraza de esta dificultad recurriendo al trámite de una llana remisión a la normativa pública¹⁶, lo que evidencia que sólo se ocupa –y poco– de ésta.

A un segundo tipo, el de acotar subrogación legal y regulada ex convenio, responden otros convenios. Acotación efectuada bien mediante una separación estricta, reservando el régimen convencional a los casos en que no sea de aplicación la legislación pública, bien estableciendo un régimen jurídico aplicable a ambas subrogaciones y otro que no. Aplicando –o no– a este último ex convenio subsidiariamente, en lo no contemplado, la legislación pública¹⁷.

En una tercera y última categoría de convenios, el régimen convencional aplicable a ambos supuestos, subrogación, convencional y legal, alcanzan la totalidad del contenido subrogatorio del convenio¹⁸.

El segundo tipo de cláusulas instrumentales al propósito de determinar la voluntad del convenio de regular un supuesto autónomo, viene conformado por aquellas que pretenden delimitar el cambio organizativo empresarial o título

¹⁵ A título de ejemplo, véase el art. 27.2 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción.

¹⁶ Así, el IX Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada, suscrito con fecha 22 de julio de 2021 (BOE, 28-X), cuyo artículo 10 afirma que “en lo relativo a la sucesión de empresas se estará a lo establecido en el artículo 44 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores”.

¹⁷ Separando claramente ambas subrogaciones, el art. 16 Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo, intitulado “subrogación empresarial”, establece que “cuando resulte de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, se estará al régimen y efectos que le son propios” mientras que “cuando el cambio de titularidad no se encuadre en el ámbito de aplicación citado del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, los efectos subrogatorios, en atención a las peculiares características de la actividad del Bingo, vendrán condicionados a los supuestos y reglas válidamente previstos en el presente capítulo”. También en esta línea se sitúan el art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional y el Preámbulo del Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones. Estableciendo la aplicación a ambas subrogaciones de parte del régimen convencional –en concreto, de las obligaciones formales y documentales que se establecen y subsidiaria del art. 44 a la subrogación convencional en lo no estipulado en el convenio, se sitúa el V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, que bifurca en su art. 57 su régimen jurídico.

¹⁸ Régimen jurídico aplicable tanto a los supuestos de subrogación *ex lege* como ampliable a otros generados por el propio convenio, como es el caso del Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020, ex art. 43.4.

jurídico causante de la subrogación convencionalmente contemplada. Pues, de reconducirse su identificación a una situación encuadrable en la transmisión empresarial contemplada en la legislación pública, las previsiones convencionales actuarían en desarrollo de aquel.

Obviando aquellas cláusulas interesantes por excluir situaciones, no de parte del régimen convencional, sino de la propia subrogación, y también las que subrayan que la prestación provisional del servicio no excluye la subrogación¹⁹, se observa en la muestra analizada que existe una triple opción. Una referencia genérica²⁰, una numeración de supuestos²¹ o una vía mixta, incluyendo las dos anteriores. Probablemente esta última la más habitual, más allá de la exhaustividad de la identificación de supuestos. Más allá del hecho de que la redacción de aquellas cláusulas generales puede llegar a absorber la tipología, diluyéndose entonces, en la redacción, la diferenciación entre los dos primeros tipos de convenios²².

¹⁹ El art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020 excluye expresamente el supuesto en que “el usuario final sea un particular y destinado a su uso privativo y residencial”. Por descontado, la subrogación no sólo se produce entre la empleadora primera prestadora del servicio y aquella siguiente adjudicataria del mismo, sino que, como acoge expresamente el art. 27 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as a aquella que entrara de “forma provisional” a prestar el servicio, “con independencia del tiempo de duración del mismo”.

²⁰ El art. 14 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 constituye un ejemplo de una referencia genérica, al establecer que “la subrogación se produce cuando una empresa sustituye de forma total o parcial a otra en la prestación de los servicios contratados por un cliente, público o privado, cualquiera que fuera la causa, en los supuestos y términos establecidos en este Convenio”. Como también el art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, firmado el 13 de marzo de 2019 (BOE, 4 de julio), que también habla de “cualquier otra figura o modalidad”. Y algunos otros. El art. 31 XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil de 22 de mayo de 2019 (BOE, 26-VII) igualmente destaca la necesidad de que el cambio se produzca “en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del articulado del presente Convenio, en cualquier tipo de cliente, ya sea público o privado”. El art. 57 VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua llama, además, a la aplicación de la garantía del art. 130.3 L. 9/2017, de Contratos del Sector Público.

²¹ Representativo de este segundo tipo es el art. 17 Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo, de rúbrica, precisamente, “supuestos de sucesión o sustitución empresarial”. Que incluye un amplio listado de casos en que se produce la subrogación. Y también el art. 60 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, que probablemente incluye el listado más amplio de supuestos de la muestra. Y que parte de dos supuestos generales: cuando la empresa cese en la actividad de colectividades por decisión de la empresa principal y ésta se haga cargo directamente de la explotación; o la continuación de la actividad por una tercera empresa. Supuesto este último que desglosa en una infinidad de supuestos.

²² Al tercero de los tipos corresponde el art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios que habla, en primer lugar, de la “finalización de una contratación, concesión o contrato de arrendamiento o de cualquiera de sus prórrogas o prolongaciones provisionales

2.2. ¿Impide la subrogación ex convenio la aplicación de la legislación pública?

Un segundo paso a la hora de determinar si existe o no una subrogación convencional al margen de la subrogación legal, viene dado –según advertíamos– por esclarecer si, siendo la subrogación *ex convenio*, esto es, un supuesto diferente al legalmente contemplado en las normas públicas, ello por sí solo obsta la aplicación de estas.

Respuesta cuya dificultad crece exponencialmente por la evolución de la delimitación del supuesto legal en la interpretación efectuada tanto en la doctrina del TJUE como por nuestro TS. El giro copernicano parece haber venido dado, al menos con mayor claridad, por la STJUE de 11 de julio de 2018 (Asunto C-60/17, Somoza Hermo). Cuya doctrina es, por ejemplo, aplicada por la STS de 27 de septiembre de 2018 (Rec. 2747/2016)²³. Doctrina Somoza Hermo sobre la que se han vertido ya ríos de tinta, coligiendo algún autor que parece desprenderse de la jurisprudencia europea²⁴ el entendimiento de que la voluntad convencional es cumplir los objetivos de la Directiva.

Doctrina Somoza Hermo que se distancia de la STJUE de 24 de enero de 2002, Temco (C-51/00), por obstar el entendimiento de que la subrogación convencional operada *ex convenio* pueda ser un supuesto autónomo que mejora las previsiones heterónomas²⁵. Nuevo criterio que, a nuestros efectos, erosiona diáfana y gravemente la autonomía de la subrogación convencional. Y lo hace por afectar fundamentalmente a aquellos convenios aplicables a actividades empresariales

produciéndose la sustitución por cualquier otra empresa”. Añadiendo a continuación un amplio listado de motivos. Diluyendo la diferenciación, una redacción del supuesto de sucesión empresarial que integra la tipología es el art. 86 bis II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional.

²³ Un primer comentario sobre esta sentencia del TS cabe ser consultado en García-Perrote Escartín, I. Y Mercader Uguina, J.R., “Nuevos escenarios de futuro para la subrogación convencional: la STS 27 de septiembre de 2018”, *Revista de Información Laboral* num.12/2018, 5 páginas. Doctrina del TJUE estudiada en profundidad por De La Puebla Pinilla, A., “Efectos de la rectificación de la doctrina sobre subrogación convencional. Reflexiones a partir de la STS de 27 de septiembre de 2018”, *Trabajo y Derecho*, núm. 48, sección “Práctica Jurídica y Despachos Profesionales”, 2018, 14 páginas. Entre otras reflexiones adicionales, amén de las citadas a lo largo de este artículo, cabe consultar también el trabajo de Beltrán De Heredia Ruiz, I., “Sucesión de plantilla en contrataciones en mano de obra y aplicación del artículo 44 ET: efectos internos de la doctrina *Somoza Hermo*”, *Trabajo y Derecho*, núm. 50, 22 páginas.

²⁴ Analizada en Rodríguez Martín-Retortillo, R. M^a., “Ámbito, garantías y...”, aptdo. 2.2.

²⁵ Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G., «Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional —“ex convenio colectivo sectorial”—. La reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo», *La Ley Unión Europea*, núm. 65, 31 de diciembre de 2018, p.17.

“despatrimonializadas”, de importancia en el tejido productivo por distintas razones, entre las que cabe citar la importancia del sector terciario²⁶.

Ello es así porque la trascendencia en ciertas actividades productivas del elemento material –lo mismo que de intangibles como la cartera de clientes o el know-how en ciertas empresas– hace depender en todo caso de su transmisión la concurrencia del supuesto de hecho de la legislación pública y, en consecuencia, su aplicación. Por el contrario, en aquellos casos en que lo determinante es la transmisión significativa de plantilla, las previsiones del convenio ordenando ésta, observados sustantivamente sus requisitos –como los documentales–, resultan concluyentes también a la hora de colegir si se produce o no subrogación legal. Caso de producirse la subrogación significativa de plantilla el convenio pierde, por así decirlo, el control de sus efectos a los que se suma, prevaleciendo, el régimen público, desapareciendo, entre otros, los límites de trabajadores a subrogar (a STS 8 de enero de 2019, Rec. 2833/2016, Asunto Securitas/Prosegur, si no hay división de contratas) y de responsabilidad de la empresa entrante²⁷.

Es cierto, y conviene recordarlo, que esta despatrimonialización llevó a algún autor²⁸ a hablar en su día de riesgo de “vaciamiento relativo” del supuesto de hecho del art. 44 ET. Vaciamiento eludido gracias al derecho UE y la interpretación del actual TJUE, al no exigir la transmisión de activos materiales o inmateriales sino de la entidad económica, como expresamente refleja el art. 1 Directiva. Vaciamiento ante el cual reaccionó también la negociación colectiva asumiendo la tutela de los trabajadores, apuntalando el principio de estabilidad en el empleo al regular la

²⁶ En efecto, esta despatrimonialización se produce fruto del protagonismo en nuestro país del sector terciario, con empresas básicamente prestadora de servicios. Es también debida al cambio en la organización empresarial y en el concepto de trabajo. La abundancia de las empresas en red, de formas de producción más reducidas y adaptativas, la deslocalización, la creciente trascendencia de un concepto de trabajo cada vez más intelectual fruto, entre otros factores, de la automatización, etc., contribuyen indudablemente a ello. Una realidad capitaneada por la tecnología y que toma como eje no los medios de producción, sino los propios trabajadores, su principal valor.

²⁷ Nos atrevemos a destacar, amén de otras reflexiones sobre la doctrina Somoza Hermo citadas, la profunda y actual de De La Puebla Pinilla, A., «La subrogación convencional tras la doctrina “Somoza Hermo”. Aspectos conflictivos», *Revista Labos*, vol. 2, número 3, 2021, pp. 4-12, EISSN 2660-7360. Relevante es su precisión (p. 6) sobre las empresas que requieren activos inmateriales o intangibles, cuya transmisión entre cedente y cesionario es determinante para la apreciación de una sucesión de empresa. Y la cita a tales efectos de, entre otras, la STJUE de 8 de mayo de 2019, Asunto C-194/18, Dodic. También la especial gravedad para la empresa entrante del régimen probatorio, ya que el demandante solo ha de acreditar que la actividad empresarial descansa fundamentalmente sobre la mano de obra, operando sobre la prueba de la sucesión de una parte significativa de la plantilla la inversión de la carga probatoria ex art. 217.3 LEC. Al contrario, en empresas patrimonializadas la actora ha de acreditar la transmisión de esos elementos patrimoniales (entre otras, STS, Social, núm. 1158/2021, de 24 noviembre).

²⁸ Monereo Pérez, J.L., “Tratamiento jurídico-laboral...”, pp. 4 y 5.

subrogación. La propia negociación colectiva no es, pues, ajena a la interpretación efectuada por el TJUE.

Concepto de “entidad económica” del derecho UE “capaz de abarcar tanto el modelo clásico e industrial –materializado– como potencialmente el modelo postindustrial –desmaterializado– de empresa transmisible”²⁹, descansando en este caso en la transmisión significativa de la mano de obra como evidencia de la propia transmisión empresarial. Criterio de la sucesión de plantilla que, en determinados sectores y cuando la entidad económica puede operar sobre la base de este elemento, se importa por nuestro TS de la jurisprudencia comunitaria a partir de su S. 20 de octubre de 2004 (Rec. 4424/2003), siendo en todo caso relevante analizar si el grupo de trabajadores transferido es suficientemente autónomo, preservando cierta libertad para organizar y prestar sus servicios. La transmisión significativa de plantilla no es, pues, un criterio estrictamente numérico³⁰.

Entidad económica que, atendiendo a la jurisprudencia comunitaria, precisa de dos elementos, su preexistencia a la sucesión o transmisión y el mantenimiento de su identidad tras el traspaso. Mantenimiento de la identidad que el TJUE analiza evaluando conjuntamente una serie de elementos concurrentes, entre los que se incluye la duración de una eventual suspensión de las actividades³¹. De hecho, una gran parte de los convenios de la muestra contemplan expresamente que la suspensión temporal de la actividad, siempre que no supere un periodo concreto de tiempo, no evita la subrogación.

En otras palabras, una suspensión prolongada de la actividad puede excluir la concurrencia de este requisito y, en consecuencia, impedir observar la transmisión de una entidad económica y, con ello, la subrogación de trabajadores. Periodo de tiempo que no es el mismo en todos los convenios, aunque en la inmensa mayoría se concreta en que la subrogación demanda que la suspensión no sea superior a un año (doce meses o 1 año), si bien excepcionalmente se indica que no alcance los seis meses. Tampoco resulta idéntica la causa de esta suspensión. En algunos convenios se omite mientras que en otros se hace referencia a la previsión o intención de realización directa del servicio o al cierre del centro de trabajo.

²⁹ Monereo Pérez, J.L., “Tratamiento jurídico-laboral...”, p.22. Criterio, por otra parte, objeto de atinada crítica desde el inicio, al exponer autorizadas voces que genera más problemas de los que resuelve, por focalizar la atención en el resultado (mano de obra transmitida) más que en la causa que la origina (la existencia de una sucesión de empresa), cuya preexistencia es la verdaderamente relevante y que es la que ha de determinar la subrogación del nuevo empresario. DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa. Una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, Madrid, 2002, págs. 253 y siguientes.

³⁰ Arastey Sahún, L., “Sucesión de contratas y...”, p. 10.

³¹ Según advierte Arastey Sahún, L., “Sucesión de contratas y...”, pp. 3 y 6.

Contemplándose en algunos casos expresamente la apertura de un expediente de regulación suspensivo³².

Retomando el hilo conductor, la sucesión de empresa habría, pues, de rastrearse, siguiendo no ya solo la transmisión de aquellos activos materiales, sino también vigilando el desplazamiento de estos, de mano de obra, en lo que conspicua doctrina apreciaba tiempo ha como transmisión inmaterial³³. En estas empresas desmaterializadas la plantilla es el principal activo, el elemento determinante de su actividad económica.

En resumen, tratarse de una subrogación ex convenio no impide la aplicación de la legislación pública (como bloque mientras ésta sea la apreciación de nuestro TS) si a resultas de la aplicación del convenio nos entramos en el supuesto de hecho contemplado en la directiva. Sería, como mínimo, preciso acreditar que la transmisión de trabajadores operadas ex convenio no constituye transmisión significativa de plantilla.

Dicho lo anterior y no obstante, como autorizada doctrina expone³⁴, aunque el TJUE y la doctrina judicial “han identificado ya numerosos sectores productivos que descansan en la mano de obra: servicios auxiliares de vigilancia e información; servicios de gestión, recursos humanos y administración; limpieza de habitaciones en establecimientos hoteleros; atención domiciliaria y familiar; ayuda a domicilio, limpieza de edificios y locales (...) supuestos como el contemplado en la STJUE de 27 de febrero de 2020 (Asunto C-298/18, Grafe y Pohle) demuestran que, en

³² Entre los convenios que acogen la suspensión por un tiempo no superior a doce meses: a) sin contemplar la causa, encontramos el art. 27.9 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción; sumando el considerar que el cambio del lugar de prestación del servicio, o modificaciones no sustanciales del mismo, no afecta la subrogación, el art. 34.3. IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores; incluyendo la intención de asunción directa y precisándose la apertura mientras tanto de un expediente de regulación de empleo que autorice la suspensión, el art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020. De un tiempo no superior a 1 año hablan: motivado por el cierre temporal del centro de trabajo y con la previsión de expediente de suspensión en el interin, los arts. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios y art. 31 XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil; por la idea de realizar el servicio con su propio personal, precisando que si fuera de nueva incorporación quedará obligado a incorporar a su plantilla los trabajadores de la empresa prestadora del servicio afectados, el art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Que no alcance los seis meses, y con intención de la realización del servicio por su personal, encontramos el art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional.

³³ Véase García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, J., “La transmisión de empresas en la Ley 12/2001. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”. En AA. VV. “La reforma laboral de la Ley 12/2001”, Lex Nova, Valladolid, 2001.

³⁴ De La Puebla Pinilla, A., “La subrogación convencional...”, pp. 6 y 7.

esta materia, no caben soluciones generales”. Es decir, en todo caso, incluso en empresas con activos materiales relevantes, hay que analizar las circunstancias concurrentes, pues, parafraseando al TS en su S. de 27 de septiembre de 2018 (Rec. 2747/2016), colegir si una actividad descansa o no en la plantilla no es algo “que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático”.

Cabe incluso, como colofón, ir más allá, ahondar en la diferenciación analizada, pues algún convenio establece regímenes subrogatorios diferenciados dentro de su propio ámbito de aplicación en atención al personal del que se trate³⁵. Diferenciación que puede conducir, en alguna puntual ocasión, a excluir de la ordenación de la subrogación del convenio un subsector de actividad incluido en el mismo³⁶.

3. TRABAJADORES SUBROGADOS Y NO

3.1. La adscripción al ámbito de la transmisión

La subrogación de los trabajadores parte de su necesaria adscripción al ámbito de la transmisión (art. 27.2 *VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, como botón de muestra*) como elemento determinante de la misma³⁷. Vinculación que conduce a exigir encontrarse en activo en la misma y un cierto periodo de actividad en dicho ámbito.

³⁵ Así, el art. 71 IV Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos establece que dentro de los servicios de asistencia en tierra tienen tratamiento diferenciado los de prestación libre (asistencia a pasaje, -salvo PMR-, mercancías y correo) y los sujetos a adjudicación (Servicios de Rampa, PMR o Pasarelas). Entendiendo ser “necesario que reciban un tratamiento diferenciado para la subrogación, en función del Servicio afectado”.

³⁶ Así, a título de ejemplo, el art. 58 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería excluye a la “actividad de Alojamiento y Hospedaje, ni como empresa principal o cliente, ni como empresa cedente o cesionaria, por lo que las empresas de este subsector de actividad se registrarán, exclusivamente en esta materia, por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas legales de aplicación”.

³⁷ No vamos a recalcar aquí en la naturaleza e identidad de la entidad económica transmitida, en muchos casos -sin ánimo de su agotamiento- el centro de trabajo. Por ejemplo, en el artículo 9.1 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias. Existe alguna cláusula llamativa, como la precisión de la DA quinta IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios, que refiere la subrogación de los trabajadores conforme actas de subrogación de fechas 23 y 22 de enero del 2014, registradas y depositadas en la COPA.

En cuanto al requisito de estar activo en el ámbito transferido³⁸, el requisito también se considera cumplido cuando son circunstancias coyunturales que no rompen con su finalidad las que explican su aparente inobservancia.

Muchos de estos convenios contemplan expresamente situaciones en que el trabajador no se encuentra en activo un cierto tiempo comprendido en el periodo de antigüedad en el puesto exigida, o al momento del cambio de titularidad.

Por una parte, se advierte en general en relación con vicisitudes de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo. La subrogación de estos trabajadores se salva recurriendo a distintas técnicas, bien manifestando que esos periodos se incluyen en el cómputo temporal a realizar, bien exigiendo no un tiempo de prestación de servicios sino de adscripción al ámbito transferido, bien cambiando el periodo de tiempo en el cual se ha de acreditar el requisito, anticipándolo a la vicisitud acaecida al trabajador³⁹.

Un segundo tipo de situaciones se da respecto del personal que con posterioridad es obligatoriamente readmitido en el ámbito de la subrogación⁴⁰. *A sensu contrario*, si la relación no habría de estar activa al momento de la transmisión, no ha de operar la subrogación⁴¹.

Cambiando de tercio, en cuanto al tiempo mínimo de prestación de servicios, este conlleva la exclusión de los trabajadores que no alcanzan esta duración. Requisito que ha sido aceptado por la jurisprudencia con base en el entendimiento de que se produce una “sucesión a posteriori, esto es, tras haberse aceptado la obligada subrogación por mor del convenio”⁴², entendimiento y aceptación que claramente operan con la doctrina Somoza Hermo.

³⁸ Como a título de ejemplo evidencia el art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional.

³⁹ La primera técnica se observa en relación con situaciones de excedencia, vacaciones o cualquier otra causa comprendida en el tenor del art. 9.1 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias. De la antigüedad en la contrata transferida se habla en el art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios respecto de las situaciones contempladas en el mismo. Por último, el art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020 confirma la subrogación de los trabajadores que en el momento de la sustitución se encuentren enfermos, accidentados, en excedencia, en invalidez provisional, vacaciones, permiso, descanso maternal, siempre y cuando hayan prestado servicio a la contrata a la que se refiere la subrogación al menos los cuatro últimos meses antes de sobrevenir cualquiera de las situaciones citadas.

⁴⁰ Situación ésta contemplada expresamente en el art. 27 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as.

⁴¹ Como se contempla en el art. 34.7 IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores.

⁴² Según manifiesta Arastey Sahún, L., “Sucesión de contratas y...”, p.13, a expensas precisamente de aquel pronunciamiento entonces pendiente.

Un tiempo mínimo de prestación de servicios que varía enormemente en su entidad de un convenio a otro⁴³ y que adquiere un alcance distinto en atención a una pluralidad de parámetros. Parámetros tales como el ámbito de referencia de la misma, la unidad transferida, o el periodo respecto del cual se exige. En ocasiones, además, se precisa que sea ininterrumpida.

Tiempo de prestación de servicios que, para concluir, en ocasiones presenta regla general y especial/es o presenta periodos alternativos para satisfacer el requisito. Y que cuenta con excepciones, como la más habitual de la incorporación del trabajador a la plantilla en periodos cercanos a la subrogación, el tránsito hacia la fijeza en esos periodos temporales de referencia, o ambas situaciones⁴⁴.

⁴³ En orden decreciente, puede ser, sin pretensiones de agotamiento, una antigüedad mínima de los ocho últimos meses (art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional); siete meses de antigüedad real mínima en el servicio o cliente objeto de subrogación inmediatamente anteriores a la fecha de la subrogación (art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones); los últimos seis meses anteriores al inicio del servicio por la empresa adjudicataria (art. 27 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as); seis meses de trabajo “de forma ininterrumpida”, si bien computando las suspensiones o excedencias con reserva del puesto de trabajo (art. 11 IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios); antigüedad mínima de los cinco últimos meses anteriores a la finalización efectiva del servicio, si bien se extiende también a los trabajadores de nuevo ingreso que por exigencia del cliente se hayan incorporado a la contrata como consecuencia de una ampliación de plantilla en esos cinco meses (art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios); cuatro meses (art. 9.1 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias y del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción); mínima de los tres últimos meses en el centro transferido (art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad); o, para concluir, una antigüedad mínima de los tres últimos meses anteriores a la finalización efectiva del servicio (art. 31 XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil).

⁴⁴ El art.34 IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, diferencia una regla general, un mínimo de cuatro meses anteriores a la fecha de la adjudicación; y una especial, cuando los trabajadores llevasen seis o más meses en el centro y el cambio de concesionario se produjera estando los trabajadores en IT, por enfermedad común o accidente, excedencia, invalidez permanente o cualquier otra causa legal que obligue a la empresa a reservar su puesto de trabajo, pasarán al nuevo concesionario igual que el resto de personal, aunque se reincorporarán cuando legalmente les corresponda. Esta misma regla especial se aplica para la subrogación, hasta la incorporación del trabajador sustituido, de los interinos. El artículo 86 octies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional exige, por su parte, que los trabajadores que pueden subrogarse hayan estado contratados/as al menos los cuatro últimos meses anteriores a la subrogación o como mínimo seis meses dentro de los últimos dieciocho meses anteriores a la fecha de la subrogación. Cierto es que con excepciones pues se incluye los “controladores/as de nuevo ingreso que han ocupado puestos fijos con motivo de las vacantes que de forma definitiva se hayan producido en los cuatro meses anteriores al cambio de proveedor designado”. Como

3.2. Elementos no determinantes de la subrogación

La subrogación se produce con independencia de la naturaleza de la relación laboral y, cláusula muy generalizada, de la modalidad de contratación. También de la clasificación profesional del trabajador, según veremos.

Se reconducen, entre otras posibles, a la naturaleza de la relación laboral –expresión ésta más difícil de interpretar–, aquellas situaciones que determinan la conversión de una relación laboral especial en una ordinaria, como sucede en el ámbito de la discapacidad⁴⁵.

En segundo lugar, un sinnúmero de convenios contemplan la no afectación de la modalidad contractual de los trabajadores subrogados en general⁴⁶. Pueden también apreciarse referencias a concretas modalidades contractuales, incluyendo las mismas en la subrogación, cumplidos los requisitos generales: de interinidad, con doble precisión, sobre la duración del contrato, hasta la incorporación del sustituido de ser por sustitución y, en ocasiones, haciéndose depender de la aceptación voluntaria de la subrogación por parte del trabajador sustituido⁴⁷; trabajadores fijos

ejemplo de excepciones, el art. 31 XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil establece la subrogación de los trabajadores de nuevo ingreso que, bien por ampliación del contrato con el cliente bien por pasar a ocupar puestos fijos por vacante y acreditar su incorporación simultánea al concreto centro, se hayan incorporado a la contrata en los tres meses anteriores a la finalización de aquélla.

⁴⁵ El art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad habla de naturaleza de la prestación laboral y de modalidad contractual. Y establece que la subrogación se producirá, “aun cuando ello implicara la transformación de un contrato formalizado al amparo de la relación laboral de carácter especial en centros especiales de empleo en un contrato y relación laboral ordinaria de personas con discapacidad o minusvalía”. Por el contrario, la subrogación de un centro especial de empleo no convierte una relación laboral ordinaria en especial, según establece idéntico art. 27. Podría reconducirse a esta “naturaleza de la relación laboral” -si bien guarda en realidad más relación con el mantenimiento o no del encuadramiento profesional, al no tratarse, como parece, de altos directivos- la previsión el art. 11 *XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil* y que afecta a los cargos directivos temporales (citando, “entre otros”, los de Director, Subdirector y Director pedagógico), condición directiva que se pierde al operar la subrogación volviendo al puesto para el que fueron contratados “salvo que el nuevo adjudicatario mantenga la designación”.

⁴⁶ Por citar dos ejemplos, el art. 14 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 o el art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional.

⁴⁷ Se produce así también la subrogación de las personas trabajadoras con contrato de interinidad que sustituyan a trabajadores que reúnen los requisitos de la subrogación (botón de muestra, el art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional). Subrogación que puede ser objeto de un doble condicionamiento. En primer lugar, la duración de su contrato. Término éste literalmente acogido en el art. 27.3 VI Convenio colectivo general del sector de la

discontinuos, aunque no se encuentren en activo al momento de la comunicación o de la transmisión⁴⁸; extinta figura de los contratos como fijo de obra⁴⁹; etcétera.

Modalidades contractuales que, sabido es, han quedado profundamente afectadas por la reforma operada mediante el convalidado RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE, 30-XII), a cuyos extremos, y en particular a su complejo régimen transitorio, habrá necesariamente de estarse. Particularmente importante a nuestros efectos, el nuevo art. 16.4 ET resultante de la reforma encierra una notable proyección en nuestro ámbito, al establecer que la contratación fija discontinua puede justificarse por “la celebración de contratos, subcontratos o con motivo de concesiones administrativas en los términos de este artículo”, entendiéndose que “los periodos de inactividad sólo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones”. Y atribuyendo ciertos aspectos de esta cuestión a la regulación de los convenios colectivos sectoriales.

Mención aparte merecen el tratamiento del mecanismo del relevo y de la garantía del art. 15.5 ET. En cuanto al primero, no son muchos los convenios que incluyen un trato expreso del relevo, muy diferenciado en la negociación colectiva a estudio. Existen convenios que se muestran a favor de la subrogación de ambos trabajadores y otros que no. Distinta es también la solución de situaciones que en principio conllevarían la adscripción a dos empresas diferentes, bien permaneciendo ambos en la cedente dando prevalencia a la situación del relevista,

construcción –“mientras dure su contrato”–. Mientras que el art. 34 IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores aclara que estos trabajadores/as interinos pasarán a la nueva empresa concesionaria “hasta la incorporación del sustituido correspondiente”. En segundo lugar, puede hacerse depender de la aceptación voluntaria de la subrogación por parte del trabajador sustituido (art. 86 octies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional).

⁴⁸ Así, el art. 86 septies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional. En idéntica línea, sin mayores precisiones, el art. 51 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería. Contratación fija discontinua que ha sido profundamente afectada por la reforma, acabando con la artificiosa bifurcación de este modo de prestación del trabajo en dos modalidades contractuales y reconduciendo la temporalidad extrínseca del extinto contrato de obra o servicio determinado, previamente desterrada aquella por nuestro Tribunal Supremo, igualmente hacia esta modalidad.

⁴⁹ Art. 24 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción y art. 10 c VI Convenio colectivo general de Ferralla (2015-2017), firmado el 19 de diciembre de 2018 (BOE, 14-III-2019). Sucede que esta modalidad desaparece con la reforma, al tiempo que el contrato de obra o servicio determinado, con lo que el tiempo de esta sucesión llama a su fin, transitoriedad al margen.

bien manteniendo cada contrato en la empresa correspondiente estableciendo obligaciones recíprocas entre ambas⁵⁰.

Por otra parte, en ocasiones no se contempla la naturaleza, ni las modalidades contractuales, sino la aplicación de ciertas garantías, en concreto de la garantía del art. 15.5 ET. Y, más específicamente, si se computan o no las contrataciones del trabajador en ambas empresas, con soluciones bien distintas⁵¹.

Por último, la subrogación se produce en principio con independencia del encuadramiento profesional del trabajador, aunque pocos convenios lo manifiesten expresamente⁵². Esto es así porque, en realidad, el elemento determinante es la adscripción del trabajador a la unidad, centro o servicio transferido. Cierto es que, a la hora de proceder a su identificación y deslinde de trabajadores adscritos al mismo, y por ende objeto de subrogación, la frontera puede venir dada por dicha clasificación profesional entre otros factores⁵³. Aunque bien pudiera suceder que las referencias a un colectivo agoten la totalidad de trabajadores implicados en la unidad sucedida⁵⁴.

⁵⁰ En favor de la subrogación de ambos trabajadores, jubilado parcialmente y relevista, se muestra el art. 27 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as, tanto del trabajador. En contra de la subrogación de ambos trabajadores se sitúa el art. 14 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021. En cuanto al segundo aspecto, el art. 27 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as, establece que “cuando la persona trabajadora jubilada parcialmente esté adscrita al centro objeto de subrogación, pero su relevista no”, la empresa cedente garantizará el puesto de trabajo de ambos trabajadores en la misma. Por el contrario, el art. 59.4 VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua establece que si la subrogación determinara la adscripción a dos empresas diferentes “cada uno de sus contratos mantendrá las condiciones establecidas”, estableciendo obligaciones de información recíprocas de las empresas sobre las incidencias relevantes en los respectivos contratos.

⁵¹ En algunos casos, su no aplicación en el supuesto de producirse, bien la sucesión empresarial establecida en el artículo 44 del E.T., bien la subrogación convencional (artículo 27 VI Convenio de la Construcción; VI Convenio colectivo general de Ferralla 2015-2017). Sin embargo, la mayoría de los convenios, por el contrario, sí computan la subrogación a efectos de la aplicación de la garantía del art. 15.5 ET y consiguiente conversión a indefinidos (art. 18 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios a título de ejemplo). Garantía del art. 15.5 ET que, es de tener presente, se ha visto profundamente modificada con el R.D-Ley 32/2021.

⁵² Sí lo hacen el art. 14 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 y el art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones.

⁵³ Así, por ejemplo, el art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional habla de la subrogación del “personal de atención al cliente incluido en los Grupos Profesionales I y II de la empresa saliente, adscrito al servicio en cuestión”.

⁵⁴ Pudiera suceder así con el artículo 86 quater II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional.

3.3. Subrogaciones parciales, de plantilla y de un mismo trabajador

Existen supuestos en los que la selección de los trabajadores a subrogar es más compleja. Y, en consecuencia, se hace necesario establecer criterios al efecto. Pensamos, en particular, en fragmentaciones o agrupamientos que afecten al ámbito transferido. Normalmente estos supuestos siguen el criterio lógico de atender a la parte, zona o servicio objeto de sucesión y a los trabajadores adscritos al mismo para identificar el ámbito de la subrogación⁵⁵. Ciertamente que cuando ésta no presenta una autonomía propia, cuando se trata, por ejemplo, de una parte del servicio, parece se ha de estimar en primer lugar el quantum de este transmitido, para determinar después el número de trabajadores a subrogar⁵⁶.

En relación con la división algún convenio atribuye al empleador saliente la determinación inicial de los empleados del ámbito transferido, dando traslado de su valoración a la representación de los trabajadores o, si no los hubiere, a los propios trabajadores. Y, caso de no alcanzarse acuerdo, atribuye a la comisión paritaria la decisión con carácter vinculante. Tarea para cuya facilitación se parte de la existencia de un censo de personal permanentemente actualizado⁵⁷.

Por el contrario, el art. 59.2 VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua, aplicable en caso de subrogación con pérdida parcial de la actividad para el nuevo adjudicatario, determina en primer lugar el número de trabajadores a subrogar considerando el porcentaje de la actividad perdida sobre el número total de la plantilla, redondeándose las fracciones. Después, para seleccionar a los trabajadores, parte de que estos han de haber estado asignados al servicio en el cual se produce la subrogación o tener relación directa con las tareas, funciones y responsabilidades respecto a la actividad que está siendo objeto de cambio de contratista, al menos cuatro meses anteriores a la fecha de la subrogación.

⁵⁵ Así ha de entenderse, por ejemplo, el art. 27.6 y 7 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, que contempla la fragmentación o división de la contrata. Este es también el criterio, para la división y agrupación de contratas, del art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020.

⁵⁶ En este sentido ha de interpretarse también el art. 86 quinquies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional, al establecer que cuando medie proceso de fusión, tanto propia como impropia, o de adquisición del 100 % del Capital Social de un NPSNA, y si el proveedor cesionario no recupera la totalidad de la actividad del proveedor cedente, se hace necesario determinar el quantum de la subrogación, para determinar la plantilla afectada se tendrá en cuenta los controladores/as habilitados en el bloque de espacio aéreo para el cual el NPNS cedente esté designado.

⁵⁷ Pensamos, en concreto, en el art. 29 III Convenio colectivo de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles y su personal auxiliar, suscrito el 17 de diciembre de 2019 (BOE, 27-II-2020), que establece como se efectuará la adscripción de los empleados en caso de división de un registro en varios por creación “ex novo” o división de registros que funciones en régimen de comunidad de bienes. Y en la relación con su art. 26.

En otros casos las necesidades de selección de trabajadores responden a razones distintas, como su movilidad, lo que dificulta su adscripción al centro o servicio objeto de subrogación. El art. 16 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 establece por ello previsiones comunes y otras específicas para la subrogación en servicios de transporte y distribución del efectivo, por una parte, y en servicios de manipulado, de otra. Y cuenta, entre otros criterios, con el ofrecimiento voluntario de los trabajadores y el sorteo.

Distinta a la subrogación parcial de la plantilla, que conlleva la existencia de un único empleador para cada trabajador, es la subrogación parcial de concretos trabajadores. Supuesto que se presenta cuando el trabajador realiza su prestación de servicios en centros de trabajo distintos, afectando a uno sólo de ellos el cambio de titularidad de la contrata. Y que se resuelve en ocasiones expresamente en favor del pluriempleo, y consiguiente distribución de sus derechos y obligaciones laborales entre empresa saliente y entrante⁵⁸.

3.4. Trabajadores excluidos de la subrogación

La subrogación excluye a trabajadores que no observan los requisitos establecidos en el convenio. Algo que en ocasiones se señala expresamente, especialmente en relación con el incumplimiento de los requisitos generales vistos: falta de correspondencia entre el ámbito de la prestación de trabajo, por exceso, y el afectado por la sucesión; inobservancia del requisito del tiempo de prestación de servicios; y otros como traslados o cese definitivo de la actividad en dicho ámbito⁵⁹.

No obstante, existen otras exclusiones contempladas de manera expresa en el Convenio y cuyo fundamento es diverso de aquél. En primer lugar, por una manifestación de voluntad: unilateral del empleador saliente⁶⁰; por mutuo acuerdo con el trabajador⁶¹, determinando el mantenimiento en su plantilla; y,

⁵⁸ A título de ejemplo, así sucede con el art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. También en el art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

⁵⁹ A título de ejemplo, el art. 9.1 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias excluye así trabajadores que por su actividad superen el ámbito de la sucesión al momento de la misma, alcanzando la totalidad de la empresa; trabajadores movidos geográficamente de forma previa a la sucesión; y personal de nuevo ingreso que no alcance la antigüedad demandada, salvo ciertos supuestos. Todos ellos continúan en la disciplina de la empresa sucedida.

⁶⁰ El empleador “tendrá la facultad de quedarse con todos, o parte, de los trabajadores afectados por la subrogación” indica el art. 17 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021. Idéntica letra a la del art. 34.2. IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores. Caso éste también del art. 27 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as.

⁶¹ Caso del art. 27.2 c) Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as.

más excepcionalmente, se contempla la falta de subrogación por manifestación de voluntad unilateral del trabajador, exponiéndose a un despido por causas objetivas⁶².

En segundo lugar, unos pocos convenios excluyen de la subrogación al propio empleador individual –que estaría de partida excluido por su propia condición– y su círculo de trabajadores personal –familiares– y profesionalmente *más estrecho*. Cláusula que se presenta con un distinto alcance, abriendo en ocasiones los convenios analizados la posible existencia de pacto en contrario⁶³ o su inclusión condicional, demandándose la acreditación de la existencia de su relación contractual⁶⁴.

Similar enfoque se adopta en el caso de las cooperativas, alcanzando la subrogación a los socios trabajadores, pero no a los socios cooperativistas que no tengan la condición de socios trabajadores/as ni a los trabajadores/as autónomos⁶⁵.

4. REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y SUBROGACIÓN

Varias son las interrogantes abiertas por la muestra de convenios analizada sobre la relación entre representación de los trabajadores y subrogación. En primer lugar, la ambigüedad de su texto sobre cuál es esa representación. La expresión más generalizada es referirse a la representación de los trabajadores. Expresión genérica que encuentra, a su vez, varias formulaciones: algún convenio utiliza la

⁶² En concreto, el art. 86 decies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional abre la posibilidad de que la subrogación no se produzca por manifestación voluntaria por escrito del controlador al proveedor cedente de no ser subrogado al cesionario, bien es cierto que el “proveedor cedente podrá extinguir su relación laboral mediante la realización de un despido por causas objetivas, conforme a lo dispuesto en la legislación vigente”, incluyendo la prohibición de contratación por el nuevo proveedor en un plazo de 12 meses desde el cambio de proveedor, debiendo en caso contrario indemnizar al anterior.

⁶³ Así, el art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional o el art. 61 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, que aclara la continuidad de la relación laboral con la empresa cedente. En parecidos términos, el art. 37 III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural.

⁶⁴ Caso del art. 27.2 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as.

⁶⁵ Art. 31 XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil; art. 34 IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores; art. 27 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as, con ciertas limitaciones de los socios trabajadores subrogados en sus derechos como igualmente establece el art. 37 III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural; etc.

expresión abreviada RLT⁶⁶; más frecuentemente se refieren a la representación legal de los trabajadores⁶⁷; por último, en ocasiones, de manera somera e imprecisa, se habla de representantes o representación de los trabajadores⁶⁸. Más extraordinarias son otras referencias que comprenden esta representación, si bien la desbordan o identifican de forma cuestionable⁶⁹.

En segundo lugar, es importante concretar cuál es su papel en la subrogación en general, usualmente en línea con lo previsto en el artículo 44.6 ET y el artículo 7 de la Directiva. En orden creciente de relevancia, variando la representación referida en el convenio: de mera presencia en el acto de subrogación; de información, en gran número de convenios; información y consulta; y, por último, contemplando incluso el derecho a formular alegaciones sobre la subrogación⁷⁰.

En tercer lugar, y brevemente, es preciso prestar atención al sujeto obligado, principalmente la empresa saliente. En cuanto al contenido de la obligación, lo común es referir el hecho mismo de la sucesión empresarial e identidad del nuevo empleador, sin perjuicio de mayores detalles en algunas cláusulas convencionales. También se contempla en ocasiones el plazo para proceder a tal efecto. A veces

⁶⁶ Art. 58 I Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua.

⁶⁷ Por ejemplo, el art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones.

⁶⁸ Art. 86 octies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional y art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020, como botones de muestra.

⁶⁹ Singular es, en este sentido, el art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, que establece como destinatario de obligaciones documentales de la empresa saliente, amén de a la entrante, a la “Comisión Paritaria del Convenio Colectivo estatal de Instalaciones Deportivas y a la representación de los trabajadores o, en su defecto a los organismos provinciales de las centrales sindicales firmantes del presente Convenio”. Y también el artículo 9 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias, que habla de sindicatos más representativos del centro de trabajo afectado.

⁷⁰ El art. 11 IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios establece, en primer lugar, que los sindicatos firmantes del presente convenio podrán estar presentes en el acto de subrogación si así lo solicitan. Gran parte de los convenios de la muestra reflejan una mera obligación de información, a título de ejemplo, el art. 17 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021. No de mera información, sino del derecho de información y consulta de los representantes legales de los trabajadores, habla el art. 65 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería. Con una materialización potencialmente distinta, el artículo 9.3 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias, ordena la puesta a disposición de los sindicatos más representativos en el centro de trabajo afectado y en caso de no haber afiliación, a los sindicatos firmantes del convenio, de la documentación que, referente a la plantilla de la empresa, va a ser entregada a quien resulta ser la nueva contratista. Reconoce, además, que en el plazo de diez días hábiles desde dicha puesta a disposición, los sindicatos formularán las alegaciones que estimen pertinentes.

con plazos subsidiarios. Extraordinarios son, desde este prisma, los convenios que contemplan obligaciones periódicas⁷¹.

Se regula, por último, el régimen jurídico de su propia subrogación. Gran parte de los convenios de la muestra recogen la opción de la representación de los trabajadores de ser subrogados o mantenerse en la plantilla de la empresa saliente. Opción que normalmente se refiere a integrantes de la representación unitaria y delegados sindicales, si bien existen convenios que afectan a un rango menor de representaciones (delegados sindicales, delegados sindicales territoriales o representación unitaria fija de plantilla, etc.)⁷². Opción que en ocasiones viene acompañada de un plazo para su ejercicio, por ejemplo, de 24 o 48 horas, con distinto *dies a quo*. Y también de la inexistencia de dicha opción cuando el representante sea trabajador vinculado claramente al ámbito transferido⁷³.

Subyace en esta opción, entendemos, la búsqueda de un correcto equilibrio entre la tutela especial del mandato, la general del trabajador, comprendiendo en este último la igualdad de trato con el resto de los trabajadores subrogados, y su vinculación laboral al ámbito transferido. Parece por ello muy acertado el equilibrio en general alcanzado.

Cuando estos trabajadores representantes no se ven subrogados, en principio el destino de su representación lo determina la situación subsistente y reglas legales

⁷¹ Caso del art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020 y del art. 27.3 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as.

⁷² Afectando a un rango menor de representaciones contamos con otros convenios. Así, los artículos 59 y 61 Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021 recogen esta opción entre subrogarse o, se explicita, pasar a prestar servicios en cualquier otro centro de la misma provincia de la empresa saliente, únicamente para los delegados sindicales de empresa y los delegados sindicales sectoriales. Estableciendo sólo para los primeros que la empresa vendrá obligada a concederlo dentro de las que tengan mayores posibilidades de puestos de trabajo. También limita esta opción el art. 34.4. IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores.

⁷³ Así, el art. 37.4 III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural extiende así esta opción a representantes unitarios y delegados sindicales, establece para su ejercicio el plazo de 24 horas tras la designación del número de trabajadores/as a subrogar y la excluye cuando los representantes han sido contratados expresamente para el centro o unidad afectada por la subrogación o la representación sea específica de ese centro de trabajo. En cuyo caso también serán subrogados. El art. 20 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones contempla la opción para representación unitaria y delegados sindicales, establece un plazo de 48 horas desde la recepción de la comunicación y excluye que hayan sido contratados expresamente por obra o servicio determinado para el centro afectado por la subrogación habiendo mantenido dicha naturaleza la relación laboral y que la representación sea específica de dicho centro y la subrogación afecte a toda la plantilla del mismo. En estos casos serán también subrogados.

ordinarias. Sin embargo, algunos convenios colectivos contemplan qué sucede con su mandato cuando sí se incluyen entre los trabajadores subrogados. Algo que va muy ligado en las previsiones convencionales a la propia subsistencia de la unidad electoral y la medida en que ésta satisface los requisitos legales, tal y como sucede en los artículos 44.5 ET y 6 Directiva con posiblemente más facilidad. Ocasionalmente, la extinción del mandato no obsta el mantenimiento de ciertas garantías propias del mismo⁷⁴.

5. OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS IMPLICADAS EN LA SUBROGACIÓN

5.1. Obligaciones de la empresa saliente

Las obligaciones que estos convenios establecen para las empresas son diversas. Mientras que en el caso de la empresa saliente estas obligaciones se centran en aquellas de carácter formal, documental, en favorecer el equilibrio y seguridad jurídica de la subrogación misma para todas las partes, en el caso de la empresa entrante se encaminan directa y principalmente a la satisfacción de los derechos de los trabajadores subrogados.

En efecto, el empleador saliente –o, subsidiariamente en algún caso, entrante– ha de comunicar a los propios trabajadores afectados por la subrogación el cambio de titularidad en la prestación de servicios. Lo que expresamente se precisa en algunos convenios⁷⁵. Convenios que, ocasionalmente, establecen el plazo para proceder a esta comunicación. Plazo de cinco o diez días siguientes al

⁷⁴ El art. 9.2 *XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias* contempla la continuidad del mandato de la representación unitaria. También el art. 64 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, que incluye además a los delegados sindicales. En otros casos la continuidad del mandato expresamente se somete más claramente a la de la propia unidad electoral, al ser representantes exclusivamente del centro objeto de sucesión y permanecer en el mismo, como parece sucede en el art. 34.4. *IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores*. Singular es el art. 25 *IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios*, al optar por la continuidad del mandato representativo de todos ellos, representación unitaria y delegados sindicales, si bien teniendo muy presentes los requisitos del mandato, en particular en relación con los delegados sindicales, subrogados manteniendo las garantías establecidas en el artículo 68, apartados a) y c) ET.

⁷⁵ Así se aprecia, como botón de muestra, en los artículos 18 Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo, 86 octies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional y art. 34.5. *IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores*.

conocimiento formal y fehaciente, o, con carácter subsidiario, de forma inmediata al conocimiento⁷⁶.

Puede también haber indemnizado por terminación de contrato a los trabajadores que no se ven Subrogados, si bien si finalmente la subrogación opera aquella indemnización ha de ser reintegrada (art. 34.3. IV *Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores*). Consecuencia que parece natural más allá de la existencia de previsión convencional al efecto.

No obstante, adquieren un mayor cuerpo en los convenios –regla, diría, sin excepción– la inclusión de una serie de obligaciones formales o documentales a satisfacer con la empresa entrante para que opere la subrogación⁷⁷. Excepcionalmente se contempla incluso un modelo de comunicación al efecto⁷⁸.

Obligación de particular importancia a resultas de la doctrina Somoza Hermo porque, según autorizada doctrina⁷⁹, la STS de 18 de febrero de 2020 (Rec. 1682/2017) parece seguir sosteniendo que el incumplimiento de los requisitos formales establecidos en la norma convencional para que opere la subrogación impide esta, manteniendo el trabajador su vinculación con la anterior empresa que, a su vez, podrá recurrir a la extinción por causas objetivas. Salvedad hecha de que la información recibida sea suficiente para a la finalidad de conocer los trabajadores subrogados, circunstancias profesionales y corriente al pago de deudas salariales y de Seguridad Social⁸⁰.

⁷⁶ El art. 14 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021, dispone que se comunique dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que tenga conocimiento formal y fehaciente. Al igual que el art. 27.3 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as. Y el art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, particularmente detallado en lo relativo a esta documentación, precisa que esta comunicación se producirá dentro de los diez días siguientes a la fecha en que tenga conocimiento formal y fehaciente de cada una de las circunstancias, o de forma inmediata si no pudiera cumplirse ese plazo por razones ajenas a la empresa -se entiende si no pudiera cumplirse antes de la transmisión-.

⁷⁷ La lista de convenios sería aquí interminable, baste mencionar como ejemplo el art. 11 IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios; artículo 9 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias; art. 27.4 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción; o el art. 17 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021.

⁷⁸ En sólo dos puntuales convenios (Anexo IV V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería y Anexo 4 III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural), relatando además todas las obligaciones documentales a satisfacer, plazo e incorporando, lugar, fecha y firma e incluso, el primero de los anteriores, los correspondientes recibidos de principal y nueva adjudicataria.

⁷⁹ De La Puebla Pinilla, A., “La subrogación convencional...”, p. 10.

⁸⁰ De La Puebla Pinilla, A., “La subrogación convencional...”, p. 10.

Obligaciones documentales, más o menos detalladas según el caso, que cubren distintos propósitos, se refieren en su conjunto a distintos aspectos. No todos ellos abordados o agotados en todos los convenios. En primer lugar, comprende la relación de los trabajadores subrogados, con una serie de datos necesarios, personales y profesionales, para su identificación. Más excepcionalmente, aclaraciones en relación con ciertos colectivos para determinar este carácter de subrogados o no⁸¹.

En segundo lugar, comprenden la acreditación de la situación de la empresa saliente al corriente del pago en sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.

En tercer lugar, incluyen, con mayor o menor extensión, los aspectos más relevantes de la prestación de trabajo de estos trabajadores subrogados. En líneas generales de mayor a menor presencia en los convenios: estructurales, tales como la modalidad contractual, jornada, antigüedad, nivel funcional, cuadrante, calendario de vacaciones, salarios; más circunstanciales (días propios, suspensiones por IT, reducciones de jornada, conciliación, etc.); relativos a la condición de representante de los trabajadores y duración del mandato e incluso, en algún caso aislado –art. 27.3 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as–, sobre la unidad electoral, etc.; y algunos convenios, no muchos, prestan especial atención a las condiciones pactadas colectiva o individualmente por los trabajadores, tratando de verificar si existen condiciones *ad personam*, así como a las circunstancias judiciales o administrativas, que pudieran condicionar aquellos aspectos más relevantes⁸².

En cuarto lugar, comprenden datos particulares de cada sector, tales como las autorizaciones administrativas o licencias pertinentes para la realización de una actividad o prestación laboral, relacionadas con el cumplimiento de requisitos legales específicos, etc.

Se identifican también en los convenios los documentos que sirven al propósito de acreditar la información anterior. Algunos de los cuales se mencionan

⁸¹ Tal es el caso del art. 86 undecies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional que precisa el listado de trabajadores que no quieren ser subrogados optando por la extinción del contrato con la empresa saliente. Y también del art. 31 XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil, para el caso de que la empresa saliente fuera una cooperativa de trabajo.

⁸² Art. 62 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería establece que la empresa saliente informe, en su caso, del “estado exacto de los procesos, pleitos, litigios y de cuantos asuntos laborales se hallen pendientes o en curso ante la autoridad laboral competente o ante cuales quiera organismos públicos, tanto respecto a los trabajadores y trabajadoras en activo como a los ya cesados”. Obligación a la que, en distintos términos, se refiere el art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones. Convenio éste particularmente detallado en cuanto a la documentación a aportar y muy exigente en cuanto al modo de acreditar la información.

frecuentemente⁸³, en tanto que otros son de inusual presencia, bien de alcance general bien más limitado⁸⁴. Parte de esta documentación, como el certificado negativo del Registro Central de Delincuentes Sexuales, intuimos encierra una gran dificultad técnico-jurídica detrás de su exigencia. Otras, como el reconocimiento por el trabajador de haber sido satisfechos en todos sus derechos por la empresa saliente, o la declaración jurada del apoderado de dicha empresa declarando que la

⁸³ Certificación actualizada del organismo competente de estar al corriente de pago de cuotas a la Seguridad Social o, en su caso, resguardo acreditativo de haberlo solicitado, al igual que de los pagos tributarios; relación de trabajadores; copia de los partes de alta y de los boletines TC1 y TC2 de cotización a la Seguridad Social; copia de las nóminas de los trabajadores, aunque tanto en el caso de aquellos boletines como de las nóminas se suele pedir un número concreto de mensualidades -siempre de las últimas- distinto (últimas 3, 7, 12 y, más frecuentemente, 4 o 6), mensualidades que no tienen que ser idénticas para toda la documentación (v. gr. art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones); documentación relativa a la prevención de riesgos laborales de los centros objeto de subrogación; parte de baja por incapacidad temporal y último parte de confirmación de los trabajadores que se encuentren en tal situación en el momento de producirse la subrogación; documentación justificativa de la situación especial en que se encuentre el trabajador (reducción de jornada, guarda legal, baja por maternidad y paternidad, excedencias, etc.); copia del documento diligenciado por cada trabajador afectado manifestando haber recibido de la empresa saliente su liquidación de partes proporcionales de sus retribuciones hasta el momento de la subrogación, no quedando pendiente cantidad alguna, esto es, de los finiquitos firmados.

⁸⁴ El art. 17 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 es una buena muestra de un acopio de singularidades: certificación individual por cada trabajador en la que deberá constar los datos de contacto, precisando ser los del modelo 145 del IRPF (Retenciones sobre rendimientos del trabajo. Comunicación de datos al pagador); exige también la copia de resoluciones administrativas o judiciales, acuerdos o pactos individuales o de empresa que afecten al trabajador o a los trabajadores afectados como condición más beneficiosa, incluida la vida laboral de afiliado al código de cotización correspondiente; y las copias de la Cartilla Profesional, Tarjeta de Identidad Profesional, y, en su caso, Licencia de Armas. Sin olvidar la cláusula de cierre referida a “cualquier otro documento que proceda o se requiera a estos efectos, necesario o preceptivo, por la adjudicataria entrante”. Algunas de estas singularidades son de alcance más general como, por ejemplo, la copia del certificado de formación recibido por el trabajador; la documentación propia de singularidades del sector; el documento acreditativo de permiso de residencia con validez para trabajar en el sector (art. 34.5. IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores); o la existencia de una cláusula de cierre indicando que se aportará cuanta documentación se considere necesaria al propósito subrogatorio. Otras más específicas: certificado negativo del Registro Central de Delincuentes Sexuales (art. 36 Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021); original y fotocopia compulsada de los títulos habilitantes para el desempeño de su puesto profesional (art. 27.3 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as). Significar la especial relevancia del art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, que habla expresamente de la “declaración jurada suscrita por el apoderado de la empresa cesante” haciendo constar una información. Y que incluye la inexistencia de deudas pendientes -laborales,

misma está al corriente en el pago de todas sus obligaciones, de gran trascendencia siempre, y en particular en el contexto generado por la doctrina Somoza Hermo.

En muy contadas ocasiones estos convenios abordan el tratamiento de cuáles se consideran medios fehacientes de comunicación, incluyendo aquellas aceptadas expresamente por la empresa entrante como cláusula de cierre que reduce enormemente la formalidad⁸⁵.

Sí es frecuente, por último, establecer el plazo en que se ha de satisfacer esta obligación, que no es idéntico en estos textos en entidad (entre 3 y 10 días –hábiles, usualmente–), naturaleza o *dies a quo*, usualmente la comunicación del cambio de empresa prestadora del servicio (identificando la procedencia de la comunicación de forma variopinta y acaso no siempre acertada), utilizándose en ocasiones una fecha *ad quem*⁸⁶.

Por otra parte, un mismo convenio refleja en ocasiones plazos diferenciados según de qué obligación documental se trate. O bien plazos generales alternativos

de Seguridad Social y tributarias-, adjuntando la documentación acreditativa en la que se hagan constar, por separado, una serie de datos.

⁸⁵ El Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as es uno de los escasísimos que lo aborda. Lo hace detalladamente en su art. 27.3, estableciendo que se considerarán medios fehacientes de comunicación el “envío de la documentación por conducto notarial, mediante burofax, telegrama o método equivalente que deje constancia del contenido”. También que “no harán falta las compulsas, si la empresa adjudicataria acepta expresamente la validez de las copias debidamente selladas y firmadas por la empresa saliente”. A cuyos efectos, continúa el convenio, “la empresa adjudicataria designará a una persona encargada de la verificación de originales y copias. Si la empresa adjudicataria, posteriormente, reclamara la aportación de las copias compulsadas, la empresa saliente, dispondrá, a partir de la reclamación de la empresa adjudicataria efectuada dentro del plazo establecido dispondrá de 15 días para su presentación”.

⁸⁶ A título de ejemplo: tres (art. 9 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias) o cinco días hábiles (art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional) desde el momento en que la empresa entrante comunique fehacientemente a la saliente ser la nueva adjudicataria del servicio; en los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la comunicación del empresario principal (art. 62 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería); 10 días hábiles desde la comunicación fehaciente, por entrante o saliente, a la otra empresa del cambio de adjudicación (art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020); una antelación mínima de 15 días naturales respecto del término de la prestación del servicio por la empresa saliente (art. 34.5. IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores). Lo idóneo, en nuestra opinión, es fijarse en la recepción de la comunicación inicial (de la principal) bien es cierto que en muy pocas ocasiones se habla expresamente de la constancia de esta recepción. Sí se hace en algún modelo citado, cuando se habla de la fehaciencia de la comunicación y también, por ejemplo, en el art. 34.5. IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores que regula la firma del oportuno recibí por la empresa entrante en el duplicado de la documentación presentada.

o, más frecuentemente, subsidiarios. Muy excepcionalmente la fijación de este plazo se remite al convenio de ámbito territorial inferior⁸⁷.

5.2. Obligaciones de la empresa entrante

Las obligaciones documentales de la empresa entrante con la saliente son, naturalmente, de menor entidad, dada la finalidad de esta información y el hecho de que los trabajadores no forman parte, hasta la subrogación, en su plantilla. Existe, no obstante, alguna excepción, si bien dentro de aquella lógica pues usualmente se refiere al acto de adjudicación⁸⁸.

El bloque regulador de las obligaciones de la empresa entrante se centra, pues, en el respeto de las condiciones laborales de todo tipo de los trabajadores subrogados. No debe perderse de vista, en todo caso, la doctrina de la STJUE de 11 de septiembre de 2014, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-328/13*, entre otras, cuando afirma que el objetivo de la directiva es garantizar un equilibrio justo entre los intereses de los trabajadores y de la empresa entrante, de modo que ésta puede realizar los ajustes necesarios para continuar su actividad. No se exige, por ello, mantener a toda costa la organización específica heredada de la empresa saliente, según se desprende del art. 6, apartado 1 Directiva 2001/23/CE. Algo que, si cierto en relación con la subrogación legal, en mayor medida parece lo ha de ser con la nacida ex convenio.

⁸⁷ Así, muestra de plazo alternativo, el art. 27.4 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción habla del término improrrogable de quince días naturales anteriores a la fecha efectiva de finalización de la contrata, o de quince días a partir de la fecha de comunicación fehaciente del cese. Muestra de plazo subsidiario, en defecto del conocimiento del cambio de adjudicación dentro del plazo general, es el art. 17 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021. Que habla de una antelación mínima de cinco días hábiles a que ésta dé comienzo a la prestación del servicio o, con carácter inmediato y siempre como mínimo 24 horas antes del inicio del servicio, si tuviese conocimiento de la adjudicación en un plazo inferior a los cinco días hábiles antes del inicio del servicio. Entre los 5 y 15 días naturales desde el momento de la comunicación por entrante o saliente del cambio de adjudicación y siempre como mínimo 3 días hábiles antes del inicio de la prestación por el nuevo adjudicatario (art. 31 XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil. Sin duda alguna, singular es la previsión del art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad al señalar que “el plazo de entrega será el que se establezca en cada Convenio de ámbito territorial inferior”. Y sólo subsidiariamente, en el supuesto de que en aquellos no estuviera regulado dicho plazo de entrega, éste será de cinco días hábiles contados a partir del momento en que la empresa entrante comunique a la saliente el cambio de la adjudicación de servicios.

⁸⁸ Así, el artículo 11 IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios establece que esta empresa, “una vez conocida la adjudicación, lo pondrá en conocimiento de la empresa saliente, de la asociación empresarial y de los sindicatos más representativos, en un plazo no superior a 5 días desde el hecho producido”.

Respeto, garantía, que, claro está, guarda íntima conexión con aquella documentación a presentar por el empleador saliente, gran parte de la cual va encaminada, según se ha señalado, a informar sobre las condiciones de empleo y laborales del trabajador. En buena lógica, el contenido de esa documentación relativo a estos derechos conforma un primer elemento determinante de las obligaciones del empleador entrante. En otras palabras, su regulación constituye un clausulado del convenio sobre el que también hay que volver la vista para identificar éstas⁸⁹.

Al margen de ello, varias son las cuestiones atendidas en los convenios –usualmente en un clausulado específico al efecto– en relación con el estatuto jurídico del trabajador a respetar por la empresa entrante. Cuestiones de índole general y que abordan específicos derechos laborales.

Entre las primeras, se presta atención al devenir de las condiciones pactadas a nivel individual o colectivo con el empleador saliente, siendo frecuente, en consonancia con lo sostenido por el TJUE⁹⁰, su observancia por el empleador entrante, con el lugar común de la especial exigencia a la hora de acreditar las mismas, aunque existen excepciones⁹¹. En alguna ocasión se exige, además, en positivo o negativo, sea acordado con cierta antelación a la subrogación⁹². Disfrute

⁸⁹ Expresivo de este vínculo es el art. 129 Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo cuando manifiesta que “los trabajadores de la empresa cedente pasaran a adscribirse a la empresa cesionaria o entidad que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones económicas, sociales, de representación sindical y personales que se disfrutasen en la empresa cedente y que se acrediten documentalmente”.

⁹⁰ En su interpretación del art. 3 Directiva 2001/23/CE, en relación con los derechos y obligaciones nacidos de un pacto entre empresas saliente y trabajadores en virtud del principio de autonomía de la voluntad. STJUE de 27 de abril de 2017, asuntos acumulados Asklepjos, C-680/15 y C-681/15, sobre la legislación de un Estado Miembro que autoriza la introducción de cláusulas en el contrato que remiten a convenios colectivos de trabajo posteriores a la fecha de la transmisión y la problemática de su oponibilidad al cesionario.

⁹¹ Lo pactado al margen de este Convenio solo producirá efectos entre las partes afirma el III Convenio colectivo de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles y su personal auxiliar.

⁹² El artículo 9.2 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias, establece que la obligación de la empresa entrante de satisfacer aquellas mejoras o modificaciones del convenio pasa por su “acreditación mediante copia literal del acta” que recoja las mismas y que ha de verse reflejado en el registro de la comisión paritaria. En esta línea, el art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios establece que “serán válidos y de aplicación los pactos o acuerdos, individuales o colectivos que afecten al Centro de Trabajo debidamente justificados”. El art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios exige además “que se hayan acordado con una antelación de cinco meses a la fecha cierta de subrogación del concesionario y se haya comunicado con el mismo plazo a la Comisión Paritaria, salvo que ésta pueda tener conocimiento por su publicación en boletines oficiales. Asimismo, se mantendrán los plazos establecidos en los convenios colectivos de ámbito inferior, siempre y cuando respeten

previo durante un cierto tiempo que se aprecia ocasionalmente también como requisito de mantenimiento de condiciones laborales nacidas al margen de estos pactos⁹³.

También presentan este carácter general las cláusulas preocupadas por identificar el convenio colectivo aplicable a los trabajadores subrogados. La solución, conservadora de la aplicación del convenio colectivo que venía siendo aplicable a los trabajadores, con ciertas excepciones y temporalidad, es la habitual, de ser sus condiciones superiores a las existentes en la empresa entrante⁹⁴.

Centrados en las cláusulas que específicamente abordan las condiciones de trabajo, se hace habitualmente explícita referencia al carácter lícito de los mismos⁹⁵. Partiendo de ello, este clausulado bien procede a realizar una delimitación general

los contenidos mínimos regulados en el presente capítulo”. Antelación temporal que también demanda, en negativo, el art. 34.1 IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores al establecer que “no se respetarán las modificaciones salariales, contractuales y sociales que se hubieran producido dentro de los 6 meses anteriores a la fecha en la que se produzca la cesión efectiva del servicio, salvo que estén suficientemente justificadas”. Antelación mínima de seis meses a la nueva adscripción igualmente visible en el art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional, para que la empresa entrante respete las condiciones salariales extra convenio pactadas colectivamente.

⁹³ Así, el artículo 11 IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios establece la subrogación en los derechos y obligaciones que disfrutaran los trabajadores los últimos 6 meses anteriores a la subrogación, y provienen “de pactos y acuerdos lícitos, que se hayan puesto en su conocimiento junto con la documentación pertinente”.

⁹⁴ El art. 27.10 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción dispone que el personal subrogado deberá mantener las condiciones económicas y sociales de este Convenio, si este fuera el que le es de aplicación en la empresa cesante en el momento de la subrogación, aunque la empresa cesionaria o entrante viniese aplicando a sus trabajadores condiciones inferiores en virtud de un convenio estatutario de empresa. Y en idéntico sentido se expresa el art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020. Singular es el art. 59 VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua, que parte de mantener la aplicación del convenio colectivo de origen de los trabajadores, salvo pacto entre las partes afectadas de adscripción a este convenio, salvaguardando una serie de garantías en relación con ciertos derechos de los trabajadores. Solución, en definitiva, acorde con la incluida en el art. 3.3 Directiva 2001/23/CE, al mantener la aplicación del convenio colectivo aplicable al ámbito transferido hasta su pérdida de vigencia o la entrada en vigor o aplicación de otro convenio colectivo. Matizando nuestro art. 44.4 que ello será así salvo acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión.

⁹⁵ Como a título de ejemplo atestigua artículo 17 apartado 2 del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 o el art. 27.5 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as. También el art. 37.3 III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural.

de estos derechos de los trabajadores subrogados, bien, en la mayoría de los convenios, regula detalladamente estos⁹⁶.

Más allá de esta categorización, merecen particular atención en la muestra analizada derechos de satisfacción periódica superior al mes. Concretamente las pagas extraordinarias y el disfrute del derecho de vacaciones. Regla general es la distribución proporcional de las obligaciones entre las dos empresas *pro rata temporis* en relación con el servicio del trabajador en cada una de ellas. Excepcionalmente, sin embargo, esto no es posible en relación con el derecho de vacaciones, por la propia naturaleza de la situación, contemplándose compensaciones económicas entre las empresas o el acuerdo entre ambas⁹⁷.

Esta garantía del derecho, si bien condicionada a que “a la actividad subrogada lo permita”, se extiende a otros días de descanso, asuntos propios o permisos retribuidos, pero sin precisar regla de compensación, en el por ello singular art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

⁹⁶ Ejemplo de los primeros es el art. 43.1 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020, al establecer que la empresa entrante respetará “los derechos y obligaciones económicos, sociales, sindicales y personales que disfruten los trabajadores subrogados en la empresa sustituida”. También el art. 34 IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, cuando habla de respetar “la modalidad de contrato, grupo profesional, jornada, horario, antigüedad e importe total de salarios, tanto los de este convenio como los extraconvenio, que cada uno de ellos tuviera reconocidos en el momento de finiquitar su relación laboral con el concesionario saliente”. Como decimos, es más frecuente, sin embargo, detallar los mismos. Excepcional botón de muestra, el art. 86 octies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional incluye un sinnúmero de conceptos.

⁹⁷ Regla general apreciable, a título de muestra, en relación con las pagas extraordinarias y las vacaciones (art. 9.5 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias). Conceptos que son los usualmente referidos. No responde en puridad a esta proporción la cláusula apreciable, entre otros convenios, en el art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020, al establecer el disfrute de las vacaciones en la empresa entrante en la medida necesaria para la satisfacción del derecho, estableciendo sólo como compensación el abono proporcional de su retribución por la saliente. Y a la inversa para el caso de que se hubiere disfrutado el derecho de vacaciones íntegra o de manera superior a la correspondiente en la empresa saliente, operando idéntica regla. Generándose, en definitiva, una descompensación en la relación entre tiempo de trabajo y tiempo de vacaciones en el seno de una misma empresa. Regla también presente, por ejemplo, en el art. 34.1. IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores. Retribución a la que ha de sumarse el correspondiente coste de Seguridad Social, como expresamente contempla el art. 59.5 VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua. Singular, también por su articulación con la negociación colectiva de menor nivel, es el art. 28 Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021, que incluye particularidades para distintos territorios y, en concreto, para Zaragoza, llama al acuerdo entre empresas saliente y entrante sobre “el disfrute de las vacaciones del/la trabajador/a, de forma que el mismo disfrute efectivamente de ellas”.

Más extraordinarias, por la condiciones o derechos contemplados, son algunas cláusulas. Relativas a la retención de la cuota sindical, mantenimiento del cuadrante preexistente a la subrogación y a la sucesión entre las empresas en la condición de promotora del plan de pensiones⁹⁸.

Para concluir, también se regula en esta negociación colectiva sectorial estatal el tiempo y forma en que la empresa saliente salda sus obligaciones laborales. Goza de cierta extensión el plazo de cinco días siguientes a la terminación de la contrata con la saliente, v.gr. art.25.VII *IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios*. Mediante un documento cuya naturaleza, se sostiene expresamente en algún caso, no es la de finiquito, llegándose a prohibir tal denominación⁹⁹.

6. RÉGIMEN CONVENCIONAL DE LOS INCUMPLIMIENTOS VINCULADOS A LA SUBROGACIÓN

Sin perjuicio, como es natural, de la aplicación de otra normativa general, estos convenios se ocupan de las consecuencias aparejadas a una serie de incumplimientos.

En primer lugar, de la inobservancia de la obligación de proporcionar la documentación cuando es una exigencia convencional de la propia subrogación. En algunos casos se establece que entonces no se produce la subrogación. Algunos convenios, por el contrario, afrontan esta cuestión afirmando expresamente, para la subrogación que contemplan, que los incumplimientos documentales no obstan la subrogación, en cuyo caso ésta claramente ha de producirse, parece sin opción, sin perjuicio de la correspondiente indemnización. Y en otros convenios se establece un plazo de subsanación, si bien con unas consecuencias sorprendentes¹⁰⁰.

⁹⁸ El art. 80 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias establece que la empresa entrante vendrá obligada “a retener e ingresar las cuotas sindicales cuando así conste en las nóminas entregadas en la subrogación y no exista manifestación en contrario por parte del trabajador”. El art. 52.2 g) Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 establece el mantenimiento del cuadrante. El anexo I IV Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería, relativo al Plan de Pensiones de Promoción Conjunta de los Trabajadores de Centros de Jardinería, establece la subrogación en los derechos y obligaciones de la entidad promotora originaria por parte de la nueva o nuevas empresas. Cláusula igualmente acogida en el Convenio colectivo del sector de comercio de flores y plantas, suscrito el 10 de julio de 2018 (BOE, 6-IX), al que sucede con idéntico contenido el Convenio colectivo estatal para las empresas del comercio de flores y plantas, firmado el 15 de junio de 2021 (BOE, 3-IX).

⁹⁹ Por ejemplo, en el art. 9.5 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias.

¹⁰⁰ Sin obstar la subrogación, pero con indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento, véase el art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. El art. 62.3 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el

Como hemos visto, al menos si se trata de una subrogación legal, para obstar la subrogación parece que el incumplimiento ha de ser sustantivo. Teniendo además recorrido, en todo caso, la doctrina de la STS de 6 marzo 2007 (RC Ud. núm. 3976/2005), que estableció que «la empresa saliente no podrá por sí misma extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores y deberá responder de los perjuicios que su omisión haya producido tanto a la nueva adjudicataria, como a los trabajadores».

En segundo lugar, pocos son, igualmente, los convenios que contemplan expresamente las consecuencias de la inexactitud e, incluso, falsedad de la documentación aportada. Y, cuando lo hacen, se regula habitualmente el error en la identidad de los trabajadores subrogados. Y se hace para corregir el mismo, compensando además a los trabajadores la empresa que haya generado el error. Junto a lo anterior, en algún convenio se prevé además que la empresa infractora resarza los perjuicios ocasionados a la otra¹⁰¹.

Distinta a esta situación es la eventual responsabilidad de la empresa entrante –o de la principal – por incumplimientos laborales –o de otro tipo– de la empresa saliente previos a la sucesión. Materia ésta, en primer lugar, completamente determinada por la doctrina Somoza Hermo. Al margen de la misma, en lo que ahora nos interesa, en la relación entre empresa entrante y saliente, la regla general

sector de hostelería, por ejemplo, habla de que se producirá la incorporación de los trabajadores a la cesionaria “en la fecha de la subrogación prevista y una vez cumplidos los requisitos establecidos en el presente Acuerdo”, en cuyo caso parece este cumplimiento habría de producirse en un tiempo razonable. Sin embargo, el último párrafo de dicho apartado concluye afirmando que “de no cumplir los requisitos establecidos, la empresa cesionaria automáticamente y sin más formalidades, se subrogará en el personal que preste sus servicios en el centro de actividad objeto de la sucesión o sustitución, en los términos contemplados en el presente capítulo”.

¹⁰¹ Así, el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 establece que en tal caso la “nueva empresa adjudicataria tendrá derecho a revertir la subrogación ya realizada respecto de los trabajadores subrogados como consecuencia de dicha identificación errónea, estando obligada la empresa cesante a reincorporar a dichos trabajadores en su plantilla, teniendo éstos derecho a recibir una compensación indemnizatoria de la empresa cesante, por razón de la falsedad o inexactitud manifiesta”, según los conceptos y cálculo que el propio convenio regula. En muy similares términos se expresa el art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones. Último botón de muestra, comprendiendo las dos situaciones precedentes (inobservancia de las obligaciones como falsedad o inexactitud) el art. 37.3 III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural establece como cláusula general que “en todo caso, la empresa o entidad infractora debe responder por la totalidad de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento”, precisando que la saliente “responderá de las consecuencias derivadas del incumplimiento de lo anteriormente expuesto, así como de la falsedad o inexactitud manifiesta de la información facilitada que puedan producir error o confusión a la empresa o entidad adjudicataria, todo ello sin perjuicio de la reversión a la misma de los/as trabajadores/as indebidamente subrogados”.

de estos convenios es predicar la responsabilidad exclusiva de la segunda sobre sus propias deudas, si bien la identificación de éstas diverge de un convenio a otro. Obviamente, se parte de que se trata de la subrogación convencional ajena al supuesto de hecho de la legal, pues en caso contrario dicha previsión sería claramente *contra legem*¹⁰².

Finalizando este apartado, apuntar dos soluciones originales que pueden contribuir a salvar los inconvenientes de la doctrina Somoza Hermo. O, cuanto menos, inciden en el equilibrio de los argumentos jurídicos a manejar. La disposición de un aval bancario o seguro de caución por la empresa saliente en favor de la entrante para responder de los incumplimientos. Y la consideración como contraria a la buena fe de cualquier conducta de la empresa saliente incrementando las percepciones económicas u otros derechos de los trabajadores¹⁰³.

¹⁰²El art. 63 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería establece -que de las deudas a la Seguridad Social por descubiertos o por diferencias salariales generadas por dicha empresa saliente, “será ésta la que responda de las mismas, sin que exista responsabilidad alguna por parte de la empresa cesionaria”. Idéntico precepto establece la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las deudas salariales y extrasalariales de la empresa saliente. Materia ésta más propia de la descentralización productiva, remitiéndonos con carácter general -que no sólo- al artículo 42 ET, interpretación judicial y comentarios doctrinales al efecto. En idéntica línea DTª primera Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021, que establece la exclusiva exigibilidad de ciertos conceptos a la empleadora obligada saliente. Regla, la de la condición de única y exclusiva obligada de la empresa saliente, que el art. 27.4 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as incluye en relación con los salarios, conceptos extrasalariales y pago de cuotas a la Seguridad Social y otros conceptos de recaudación conjunta que en principio correspondan a la misma.

¹⁰³El art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, dispone la existencia de un aval bancario o seguro de caución, a favor de la empresa entrante y por importe equivalente a seis meses de salario y cuota empresarial de las personas trabajadoras afectadas por la subrogación. Vigente durante 48 meses desde el cese en la prestación de servicios por parte de la empresa saliente y que se podrá ejecutar si la empresa entrante se viese obligada a “responder frente a personas trabajadoras, terceros o a cualquier Entidad o Administración Pública, al abono de cualquier cantidad devengada con carácter previo a la subrogación del personal de la empresa cesante, incluyendo aquellas indemnizaciones que pudieran derivarse en el supuesto de que, por sentencia judicial, no se apliquen las reglas de subrogación establecidas en el Convenio Colectivo”. En segundo lugar, el art. 86 duodécimos II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional, que entiende contraria a la buena fe y perjudicial para el empresario entrante -que puede reclamar daños por ello-, cualquier conducta de la empresa saliente incrementando las percepciones económicas u otros derechos de los trabajadores, previsión que si bien tiene otro alcance y, acaso, enfoque, es proyectable también sobre el particular.

7. PREVISIONES ORGÁNICAS RELACIONADAS CON LA SUBROGACIÓN

Colofón de este análisis, algunos convenios contemplan órganos con funciones varias relativas a la subrogación de trabajadores. Si siempre relevantes, este tipo de cláusulas lo son aún más en la presente tesitura, más considerando el supuesto de hecho especialmente contemplado en la intervención de los órganos diseñados. *Órganos* que se suman a otras eventuales intervenciones desde distintos ámbitos de las AA.PP.¹⁰⁴.

Dentro de los convenios con menciones expresas, las previsiones más conservadoras asignación expresamente a la comisión paritaria del convenio competencias vinculadas a esta materia. Bien sobre la ejecución de los procesos de subrogación (art. 14 IV Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos, que demanda celeridad en su actuación); sobre la resolución de los conflictos originados en la aplicación, interpretación o regulación de las subrogaciones (art. 9 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios); bien, aunando ambas competencias (art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios)¹⁰⁵. En algún caso, incluyendo, a falta de acuerdo en la COPA, la intervención obligatoria de los sistemas de solución extrajudicial correspondientes al ámbito de conflicto, primero la mediación y a falta de acuerdo el arbitraje¹⁰⁶

Algún convenio habla, en segundo lugar, de la comisión negociadora, invitándola a adoptar el acuerdo legalmente preciso para adecuar el articulado del convenio a cambios legales, estableciendo el plazo para reunirse al efecto.

¹⁰⁴ Algún convenio refleja así la posibilidad de emprender acciones ante la Inspección de Trabajo y/o ante el órgano de contratación o empresa licitadora para arbitrar medidas y que se produzca la subrogación en las condiciones de mayor seguridad jurídica (art. 27.6 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as.). Y ello, más allá de obligaciones informativas con aquellos órganos de contratación, como la declaración responsable del art. 38 III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural, detallando un sinfín de condiciones de trabajo “con la finalidad de asegurar el mantenimiento de las condiciones por parte de las empresas licitadoras”.

¹⁰⁵ Ambas competencias atribuidas igualmente por el art. 86 duodécimos II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional que suma la valoración como contraria a la buena fe y perjudicial para el empresario entrante –que puede reclamar daños por ello– de cualquier conducta de la empresa saliente incrementando las percepciones económicas, derechos de los trabajadores o cualquier otro.

¹⁰⁶ Art. 27.6 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as). Y ello para determinar cómo ha de producirse la subrogación de personal cuando el nuevo contrato o concurso público modifique los términos en los que se hubiese adjudicado con anterioridad y ello afecte a la subrogación del personal de movimiento.

Cambios que se especifica pueden ser por modificación del art. 44 ET, exclusión de la responsabilidad solidaria o, al contrario, establecimiento forzoso de la subrogación¹⁰⁷.

Mayor interés tienen acaso, a nuestros efectos, las previsiones de comisiones específicas –alguna en el seno de la propia comisión paritaria– e incluso de un Observatorio con competencias en esta materia: sea a efectos de estudiar la subrogación y adscribir los trabajadores a concretos centros de trabajo¹⁰⁸; analizar las especificidades de la subrogación en las enseñanzas musicales de gestión indirecta y, en su caso, trasladar al texto del convenio el acuerdo al que se llegue¹⁰⁹; estudiar las situaciones derivadas de la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina jurisprudencial¹¹⁰; o garantizar las obligaciones

¹⁰⁷Modificación del art. 19 para responder, bien a una eventual modificación normativa de la sucesión de empresas regulada en el art. 44 ET, bien a una “nueva regulación que contemplase la exclusión de la posible responsabilidad solidaria derivada de un cambio en la empresa prestadora de un servicio respecto de las deudas generadas con carácter previo a que se produzca la subrogación”. Acuerdo de la comisión que ha de prestar “especial interés en modificar y/o eliminar la condición indispensable para que opere la subrogación consistente en la constitución de aval bancario o seguro de caución”. Y a cuyos efectos ésta ha de reunirse en el plazo de 1 mes desde la entrada en vigor de aquella (DA cuarta Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones). En parecido sentido, la DA sexta IV Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos incluye una particular previsión para actualizar el contenido del convenio, obligando a “ambas partes” a proceder a la misma cuando “se produjera una modificación legal que permita el carácter forzoso de la subrogación para el trabajador o la trabajadora”.

¹⁰⁸La DT segunda Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva, ordena establecer, a efectos de favorecer la homogeneización del conjunto de condiciones recogidas en el convenio, la constitución de una serie de comisiones de trabajo, compuestas cada una de ellas por 8 personas, 4 por parte patronal y dos por cada una de las organizaciones sindicales firmantes. Entre otras, la comisión de compromiso de mantenimiento de empleo indefinido, que ha de estudiar una cláusula referida a la materia que nos ocupa y que habla de la adscripción de los trabajadores a concretos centros de trabajo. Idéntico contenido a la disposición transitoria segunda de su sucesor Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021.

¹⁰⁹La DA séptima VII Convenio colectivo estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, de 18 de noviembre de 2020 (BOE, 28-XII) compromete la constitución de, entre otras, una comisión “para analizar en profundidad, las peculiaridades de los centros de enseñanzas musicales de gestión indirecta, especialmente la subrogación empresarial, y en su caso, trasladar al texto del convenio el acuerdo al que se llegue”.

¹¹⁰El art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad ordena crear, en el seno de la comisión paritaria de este Convenio colectivo, la comisión para la propuesta del tratamiento a contemplar para situaciones derivadas de la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina jurisprudencial.

del contratista saliente en materia de salarios y cotizaciones a la seguridad social hasta la fecha efectiva de la subrogación¹¹¹.

8. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

La subrogación convencional de trabajadores es relevante por la estabilidad en el empleo a la que sirve, sin desconocer la tutela de la leal competencia. Y una materia de extraordinaria complejidad. Una dificultad que estriba en los propios elementos configuradores de la norma jurídica. En la evolución de la realidad empresarial que configura el supuesto de hecho. Y en unas consecuencias que penden de la diferencia normativa entre Directiva y legislación interna y del carácter autónomo que, a resultas de la interpretación de aquella legislación pública, mantenga (subrogación ex convenio) o no la previsión convencional.

Esta autonomía de la subrogación ex convenio, depende de la interpretación de la legislación pública, reduciendo exponencialmente su espacio la doctrina Somoza Hermo, y del propio convenio, dentro del cual las cláusulas subrogatorias relativas a su relación con aquella normativa, así como las que describen la fenomenología empresarial causante de la transmisión de la entidad económica, son de especial importancia.

La voluntad convencional de regular la subrogación, puede deberse a un intento de dar respuesta al vaciamiento de la legislación pública, en cuyo caso la doctrina Somoza Hermo –obstativa en gran medida de la inaplicación de la legislación pública, en realidad de la Directiva– resulta más comprensible pues tampoco parecería estar presente el ánimo de crear una regulación autónoma. No obstante, el convenio ha de tener un espacio propio, pese a lo cual esta doctrina erosiona, en todo caso, diáfana y gravemente la autonomía de la subrogación convencional. Y lo hace por afectar fundamentalmente a aquellos convenios aplicables en sectores “despatrimonializados”, de importancia creciente en el tejido productivo por distintas razones.

En definitiva, la acotación de supuestos subrogatorios, legal y convencional, es difusa por la volátil dinámica de la normativa pública y su interpretación y por la falta de mayor especificidad en la finalidad y contenido de los textos convencionales.

¹¹¹ El art. 22 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as habla de la constitución, entre los firmantes del convenio, del Observatorio Sectorial de Transporte Sanitario. Compuesto por los mismos y que se reunirá con una periodicidad mensual para valorar la evolución de éste y hacer un seguimiento del cumplimiento de las normas por parte de las empresas que operan en el sector. En lo que nos afecta, realizarán una “labor de vigilancia del cumplimiento de lo establecido en el artículo 130 apartado 6 de la Ley para garantizar las obligaciones del contratista saliente en materia de salarios y cotizaciones a la seguridad social hasta la fecha efectiva de la subrogación”.

Es evidente que esta reflexión general no exime del análisis de la concreta realidad, que puede conocer incluso una pluralidad de regímenes subrogatorios convencionales. Una interpretación de la que cabe colegir que la subrogación se produce con independencia del título que determina la sucesión de empresa, pero no con independencia de quién sea el usuario final y cuál el destino del servicio. Se produce, determine la sucesión de empresas no principales o la asunción del servicio por la principal. Que puede ser total o parcial, tanto respecto de la plantilla de la entidad económica afectada por la transmisión como del concreto trabajador. Y que, salvo rarísimas excepciones, se produce dentro del ámbito de aplicación del convenio.

Una realidad, la del diseño convencional de la subrogación de trabajadores, que, partiendo de la negociación colectiva sectorial estatal, aborda un sinfín de aspectos: las consecuencias de la suspensión de actividad; los elementos, determinantes y no, de la subrogación de la plantilla; las subrogaciones parciales de la plantilla y de un mismo trabajador; la identificación de los trabajadores excluidos y su variada razón de ser; la identificación, subrogación propia, rol en la subrogación de plantilla y mantenimiento del mandato de la representación de los trabajadores; las obligaciones de empresa saliente y entrante; las consecuencias jurídicas de incumplimientos de variado tipo; y, por último, los órganos diseñados *ad hoc* o con específicas competencias atribuidas a efectos de la subrogación.

Cláusulas, estas últimas, no suficientemente extendidas, pues consideramos que en la actual tesitura, para navegar en la doctrina Somoza Hermo, son de particular relieve. Como también lo es, sin duda, la contraposición entre las principales obligaciones de la empresa saliente, documentales (diversas en objeto, plazo y fehaciencia del cumplimiento), y entrante, centradas en el mantenimiento del status quo laboral. Siendo de destacar la importancia del cumplimiento sustantivo de aquellas y la búsqueda del equilibrio entre los intereses de los trabajadores y de la empresa entrante, *más allá de estas obligaciones documentales, en la capacidad de reorganización de la actividad empresarial con afectación a los trabajadores. Y ello sin olvidar el tratamiento específico de pagas extraordinarias y vacaciones, y el general de los pactos individuales y colectivos y su pervivencia de efectos, o la determinación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores subrogados, como parte de este último status quo.*

Adicionalmente, y para concluir, se han apuntado otras cláusulas a las que prestar una especial atención, como aquellas que incluyen declaraciones de los trabajadores sobre la satisfacción de sus derechos por el empresario saliente; la disposición de un aval bancario o seguro de caución por esta empresa en favor de la entrante para responder de los incumplimientos; y la posible consideración como contrarias a la buena fe de ciertas conductas de la empresa saliente incrementando percepciones económicas u otros derechos de los trabajadores. Cláusulas que contribuyen a compensar los efectos de la doctrina Somoza Hermo en lo, a nuestro entender, pernicioso o, cuanto menos, cuestionable de la misma.

EL IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL DE 2021 SOBRE EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: UNA NUEVA OPORTUNIDAD DESAPROVECHADA PARA ABORDAR LOS CAMBIOS PENDIENTES

CARMEN FERRADANS CARAMÉS
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad social
Universidad de Cádiz*

EXTRACTO

Palabras clave: reforma laboral de 2021, trabajo a tiempo parcial

Uno de los ejes sobre los que gira la reforma laboral de 2021 es la introducción de un cambio de paradigma en el sistema de contratación español y una nueva forma de entender las relaciones laborales en la empresa, que tiene por objeto mejorar la calidad del empleo. A este fin coadyuvan toda una serie de modificaciones que, de inicio, no están directamente relacionadas con la contratación a tiempo parcial, pero que, de facto, tienen cierto impacto sobre algunos aspectos de su régimen jurídico y sobre su expansión. Entre ellas se pueden destacar: la eliminación del trabajo fijo periódico como tipo del trabajo fijo a tiempo parcial, las limitaciones a la contratación fija discontinua a tiempo parcial o las novedades implantadas en torno a la contratación formativa a tiempo parcial.

Ahora bien, a pesar de las reformas realizadas al hilo del RDL 32/2021, no se puede dejar de observar que es necesario que el legislador intervenga en el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial, tanto desde un punto de vista contractual como prestacional, para garantizar una adecuada transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 y el cumplimiento de los requerimientos derivados de la jurisprudencia comunitaria y nacional.

ABSTRACT

Key words: 2021 labour reform, part-time work

One of the axis about which the 2021 labour reform turns is the introduction o a change of paradigm in the system of Spanish hiring and a new form of understand the labour relations in the companies, that have the objective of improving the quality of employment. To this end, they contribute a series of modifications that, from the start, are not directly related with part time hiring, but that, de facto, have an impact of some aspects of their legal system and about their expansion. Among this we can highlight: the elimination of periodical fixed work as a type of fixed part time work, the limitations to fixed hiring discontinuous part time work or the new implanted about part time training hiring.

However, despite the reforms realized in RDL 32/2021, we can't stop observing that it is necessary for the legislator to intervine in the legal system of part time work, as much as from this contractual point of view and Social Security, to guarantee an adequate changeover of the Directive (UE) 2019/1152 and the fulfilment of the requirements derived from the UE and national jurisprudence.

ÍNDICE

1. LA INTRODUCCIÓN DE UN NUEVO PARADIGMA EN LA CONTRATACIÓN
2. LA ELIMINACIÓN DEL TRABAJO FIJO PERIÓDICO COMO ESPECIE DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL FIJO
3. LIMITACIONES A LA CONTRATACIÓN FIJA DISCONTINUA A TIEMPO PARCIAL
4. LA CONTRATACIÓN FORMATIVA A TIEMPO PARCIAL: NOVEDADES
5. IMPACTO DE LAS NUEVAS REGLAS SOBRE LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN
6. ALGUNAS REFORMAS PENDIENTES
 - 6.1. Obligaciones derivadas de la implementación de la directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones de trabajo transparentes y previsibles
 - 6.2. Obligaciones derivadas de la aplicación de la jurisprudencia comunitaria y nacional en relación a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial
7. CONCLUSIONES

1. LA INTRODUCCIÓN DE UN NUEVO PARADIGMA EN LA CONTRATACIÓN

El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia presentado por el Gobierno español y aprobado por las instituciones europeas en julio de 2021, en el contexto de los efectos socio-económicos originados por la pandemia causada por el virus de la COVID-19, incluye el denominado “*Componente 23: Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo*”. Frente a la alta tasa de temporalidad y rotación de contratos se propone la Reforma 4: Simplificación de contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad y simplificación de la contratación temporal, anunciándose una reforma laboral que, entre otros objetivos, “*simplificará y abordará las modalidades de contratación laboral*”.

A la consecución de este fin coadyuva la aprobación, tras llegar a buen término el diálogo social entre los interlocutores sociales más representativos y el Gobierno, 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, convalidado el 3 de febrero de 2022. Los cambios más relevantes en materia de contratación afectan a las causas y duración de los supuestos de contratación temporal “estructural”, al régimen jurídico y tipos de los contratos formativos, al favorecimiento del uso del trabajo fijo-discontinuo y a la configuración legal del denominado contrato indefinido de obra adscrito al sector de la construcción¹.

¹ De forma amplia, sobre la génesis y contenidos de este Real Decreto Ley, Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022 y Martínez Moreno, C., *Claves prácticas. Reforma laboral*, Francis Lefebvre, Madrid, 2022.

Es obvio que entre los objetivos principales de esta reforma, que intenta cambiar la fisonomía del mercado laboral español y encauzar el camino a una nueva forma de entender las relaciones laborales en la empresa, se encuentra la plasmación de una mejor delimitación entre la contratación indefinida y la temporal, para que el contrato indefinido sea la regla general y el contrato temporal tenga un origen exclusivamente causal. Ello es evidenciado de forma clara en la Exposición de Motivos de la norma adoptada², que indica lo siguiente: *“promover la estabilidad en el empleo y la limitación de un uso abusivo, injustificado y desproporcionado de la contratación temporal constituye un elemento positivo por sí mismo, ya que supone un crecimiento del empleo sostenible en el tiempo, mejora las condiciones de trabajo, refuerza los sistemas públicos de protección social, genera inversiones en las empresas en capital tecnológico y humano y fomenta una auténtica capacidad de adaptación de las mismas, haciéndolas menos volátiles y sensibles a los desajustes coyunturales de cada momento. La reducción de la tasa de temporalidad es un objetivo evidente e ineludible de esta reforma y su consecución será medida del éxito de la misma”*.

Como es conocido, los datos de temporalidad españoles son más abultados que los de la mayoría de los países de nuestro entorno³, lo que revela que alguna anomalía ocurre en nuestro mercado laboral y provoca que desde las instituciones europeas se insista en que esta situación debe ser corregida con la mayor celeridad posible, más aún cuando a pesar de las numerosas reformas y contrarreformas acometidas en los años anteriores los datos de empleo y de calidad de los contratos no han mejorado de forma ostensible.

En este contexto, la modificación sustantiva del sistema de contratación laboral ha afectado de manera relevante al régimen jurídico de la contratación temporal, y pone un especial énfasis en la reforma del contrato de trabajo fijo discontinuo, en el marco de la cual se han introducido cambios en los artículos 16 y 12.3 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). Concretamente, se ha eliminado la escisión entre el trabajo fijo periódico a tiempo parcial y el trabajo fijo discontinuo, precisando la citada Exposición de Motivos que *“desaparece por fin la artificial distinción de régimen jurídico entre contratos fijos periódicos y fijos discontinuos, respondiendo de hecho a lo que ya existe a efectos de protección social, al existir una identidad en el ámbito objetivo de cobertura y evitando con ello diferencias de trato injustificadas”* y que *“la presente normativa afina su definición de forma que lo decisivo es el objeto o la naturaleza de los trabajos realizados, de carácter estacional o vinculados a actividades productivas*

² Vid Cruz Villalón, J., “Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia”, *Temas Laborales*, nº161, 2022, pág. 29.

³ En diciembre de 2021 la contratación temporal en España superaba el 26% del volumen de contratación total existente.

de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”.

En lo que se refiere al contrato a tiempo parcial, por consiguiente, no se han realizado cambios de hondo calado. No obstante, son varios los aspectos de la reforma cuya repercusión en esta modalidad contractual debe ser destacada y analizada de manera más detenida: la eliminación del trabajo fijo periódico como especie del trabajo a tiempo parcial fijo, la introducción de limitaciones a la contratación fija discontinua a tiempo parcial, la modificación realizada en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones sobre las infracciones laborales en materia de contratación, y algunas de las transformaciones introducidas en el régimen jurídico de los contratos formativos. Asimismo, hay que avanzar que en los primeros meses de andadura de la reforma laboral de 2021 uno de los primeros efectos que se constata es el aumento de la contratación indefinida a tiempo parcial y fija discontinua⁴, por lo que parece que las empresas han acudido, ante las restricciones a la contratación temporal implantadas, a estas modalidades contractuales para conseguir ciertos márgenes de flexibilidad. Ello tendrá un impacto directo en el aumento de la presencia del trabajo a tiempo parcial en nuestro mercado de trabajo, que actualmente gira en torno a un 14% del total de la contratación, afectando a un 22,73% de la contratación femenina y a un 6,46% de la masculina.

A este análisis debemos añadir, finalmente, que es conveniente efectuar una valoración crítica sobre los aspectos pendientes de ser abordados por el legislador español en relación a este tipo contractual, que no son pocos, y que inciden tanto en su regulación laboral como en su protección social. Aunque los cambios constantes en el sistema de regulación del trabajo a tiempo parcial han constituido un elemento negativo en su propia evolución, en este momento, sin embargo, hay que indicar

⁴ Según los datos precisados por el Ministerio de Trabajo a principios de mayo, el 60% de los contratos indefinidos firmados en abril de 2022, el primer mes en el que se aplican las disposiciones de la reforma sobre la contratación, fueron a tiempo parcial y fijos discontinuos. En concreto de los casi 700.000 contratos indefinidos firmados en abril, los contratos a tiempo completo sumaron 284.732, en tanto que los firmados a tiempo parcial y fijos discontinuos totalizaron 413.732. Además, hay que resaltar que en abril de 2022, del 1.450.093 contratos suscritos, 698.646 fueron indefinidos (el 48,2% del total), lo que revela que en una primera valoración, que deberá ser respaldada en los próximos meses, los resultados de la reforma legislativa son alentadores; y a ello hay que añadir que en abril de 2022 se han superado los 20 millones de afiliados a la Seguridad Social (concretamente 20.098.119), algo que no se había producido en los 22 años que contabiliza la serie histórica. A principios de junio, los datos anunciados se consolidan, de los 1.640.595 contratos suscritos en el mes de mayo de 2022, 730.427 son indefinidos (el 44,5%). De ellos 291.308 son a tiempo completo, 264.524 fijos discontinuos y 174.595 a tiempo parcial.

que tanto la normativa como la jurisprudencia comunitaria precisan una pronta intervención del legislador español en algunos aspectos de su régimen jurídico⁵.

2. LA ELIMINACIÓN DEL TRABAJO FIJO PERIÓDICO COMO ESPECIE DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL FIJO

Hasta la reforma laboral de 2021, en la regulación del trabajo a tiempo parcial incluida en el artículo 12 ET se localizaba referencia al trabajo fijo periódico como especie del trabajo a tiempo parcial fijo, que se caracterizaba por la realización de trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa, es decir, que se repetían en fechas ciertas. La reforma laboral de 2001 fue la que introdujo la escisión del trabajo fijo discontinuo en dos subtipos, el regulado en el actual artículo 16 ET –en aquel momento en el 15.8 ET– y el del artículo 12.3 ET.

Desde años atrás, el legislador ha optado por incluir en el marco del trabajo a tiempo parcial realidades diversas, que atienden a necesidades distintas⁶. Conceptualmente es indiscutible que todas ellas se integran dentro de la figura general de este tipo contractual, y así se evidencia en la normativa comunitaria, concretamente en la cláusula 3 de la Directiva 97/81/CE⁷, del Consejo, 15 de diciembre, relativa al Acuerdo marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido entre UNICE, CEEP y CES. Ahora bien, aunque esta integración encaja con la normativa aplicable, ello no quiere decir que a ciertas variantes de esta modalidad contractual se les deba aplicar un régimen común y uniforme, pues el trabajo a tiempo parcial y el fijo discontinuo atienden a objetivos diversos, por lo que la orientación de su regulación debe ser diferente. A mayor abundamiento, hay aspectos

⁵ Cfr. Ferradans Caramés, C., “Cuestiones de actualidad sobre el régimen jurídico laboral del trabajo a tiempo parcial”, en AA.VV., *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, Coordinador González Ortega, S., *Monografías de Temas Laborales*, Sevilla, 2020, pág. 175.

⁶ Cfr., ampliamente, sobre los antecedentes, García Ortega, J., *Las relaciones laborales y de Seguridad Social de los Trabajadores Fijos Discontinuos*, Bosch, Barcelona, 1990 y Yanini Baeza, J., *La contratación para trabajadores fijos discontinuos*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1998.

⁷ Dicha cláusula establece lo siguiente: “1. A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por «trabajador a tiempo parcial» a un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable. 2. A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por «trabajador a tiempo completo comparable» a un trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o similar teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias. 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”.

concretos de su régimen jurídico, por ejemplo, las horas complementarias, que sólo tienen sentido en el grupo común, y no en una variante como el trabajo a tiempo parcial fijo periódico –que habitualmente durante el período de su desempeño se realiza con una jornada a tiempo completo–. De ello se infiere que la escisión del trabajo fijo discontinuo es dos variables, una unida al trabajo a tiempo parcial, y otra con autonomía y sustantividad propia, podía resultar artificiosa y desprovista de justificación objetiva y razonable⁸.

Por consiguiente, a nuestro juicio, la certeza o no de las fechas de la prestación de servicios no justificaba la bifurcación existente entre los trabajadores fijos discontinuos, pues este parámetro es muy relativo y en muchos casos en la dinámica del mercado laboral es prácticamente imposible precisarlo, pudiendo ser inviable la predeterminación de cuándo se va a iniciar una actividad y cuál va a ser su intensidad, e incluso, si ello fuera factible, se podría alterar con relativa facilidad.

En adición, la diferenciación instaurada ha provocado en estos años algunas distorsiones, esencialmente en relación a la protección social, pues las reglas que rigen sobre los contratos a tiempo parcial presentan importantes diferencias y unos efectos ciertamente perversos para los afectados, a mayor abundamiento, mayoritariamente mujeres.

Es decir, aun cuando los trabajos fijos discontinuos, periódicos y no periódicos, se caracterizan por suponer la disminución de los días de trabajo al año, sus relevantes especialidades aconsejan un tratamiento separado del tronco común del trabajo a tiempo parcial. Ello se ve reforzado por el nuevo papel atribuido por la reforma laboral de 2021 al trabajo fijo discontinuo, dado que la expansión de su objeto y ámbito de aplicación exige aún más la distinción de su régimen jurídico⁹.

A mayor abundamiento, desde el punto de vista de la técnica jurídica, esta opción es facilitada por la vigente regulación individualizada de esta figura contractual en el artículo 16 ET. Esto no fue así en sus orígenes, pues inicialmente

⁸ En este sentido Ferradans Caramés, C., *El contrato de trabajo a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 248.

⁹ Tras la entrada en vigor del RDL 28/2021, de 29 de diciembre, el artículo 16 ET extiende su objeto, precisándose que “*el contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados*”. Asimismo, este contrato podrá concertarse “*para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa*”. Y finalmente, se puntualiza que podrá celebrarse este contrato “*entre una empresa de trabajo temporal y una persona 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*”.

el tratamiento del trabajo fijo discontinuo fue realizado en el artículo 12 ET¹⁰, hasta que en 2001 el legislador decidió separar el trabajo fijo discontinuo periódico del no periódico, adoptando como parámetro diferenciador de los mismos la previsibilidad o no de las fechas de los servicios, y, mientras el que conocía las fechas de inicio y fin de actividad era calificado como trabajo a tiempo parcial y permanecía en el artículo 12.3 ET, el no periódico era ubicado sistemáticamente en el artículo 15.8 ET.

En cualquier caso, aunque se concluya que la nueva opción por la que se decanta la reforma laboral de 2021 responde a la premisa de que aun encajando esta figura en el concepto del contrato a tiempo parcial ello no quiere decir que se deba aplicar un régimen común y uniforme, ello no obsta a que se considere pertinente la aplicación de los principios generales orientativos que derivan de la Directiva 97/81/CE, es decir la voluntariedad, la igualdad, y cuando corresponda la proporcionalidad, la no discriminación y el acceso efectivo a la protección social.

En definitiva, como anuncia la Exposición de Motivos del RDL 32/2021, que resalta que *“no resulta justificado distinguir ni a efectos legales ni conceptuales el fijo discontinuo del fijo periódico, incluyéndolos en una categoría y régimen común que subraya el carácter indefinido de la relación laboral y recoge el catálogo de derechos de las personas trabajadoras que, sin perjuicio de las especialidades asociadas a esta modalidad contractual, garantiza el principio de no discriminación e igualdad de trato”*, la reforma laboral de 2021 acertadamente regula que todos los trabajos fijos discontinuos tendrán un régimen jurídico homogéneo en materia laboral y de Seguridad Social, desgajado del establecido para los trabajos a tiempo parcial en el artículo 12 ET. Es más, en relación a la protección social, dado que en el espíritu de la reforma se puede visibilizar claramente la intención de potenciar el trabajo fijo discontinuo, ya se aprecian paulatinos cambios y mejoras, como las introducidas en la Disposición Final 6ª del Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo, que modifica el 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 (en adelante LGSS), con el fin de garantizar el acceso de este colectivo a los subsidios por desempleo en las mismas condiciones y con los mismos derechos que se aplican al resto de personas trabajadoras por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social¹¹.

¹⁰ En el seno del artículo 12 ET se distinguió entre el denominado trabajo fijo discontinuo estable (realizado en fechas ciertas) y el inestable (en fechas inciertas), dentro del volumen normal de actividad de la empresa. Cfr. al respecto González del Rey Rodríguez, I., *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 281.

¹¹ Este cambio sigue lo establecido en la Disposición Final Sexta del RDL 32/2021, que emplaza al Gobierno a regular, *“en el marco de la reforma del nivel asistencial por desempleo, las modificaciones necesarias para mejorar la protección del colectivo de fijos-discontinuos, permitiéndoles el acceso a los subsidios por desempleo, en las mismas condiciones y con los*

3. LIMITACIONES A LA CONTRATACIÓN FIJA DISCONTINUA A TIEMPO PARCIAL

Siendo la valoración del cambio que se acaba de analizar positiva, empero, hemos de ahondar en el análisis de las modificaciones realizadas sobre el régimen jurídico de los trabajos fijos discontinuos y evaluar la limitación implantada en relación a la contratación fija discontinua a tiempo parcial. El artículo 16.5 ET precisa que sólo cabrá la celebración de contratos fijos discontinuos a tiempo parcial, en caso de que así sea previsto en los convenios colectivos sectoriales, *“cuando las peculiaridades del sector así lo justifiquen”*.

Probablemente late en esta restricción la perspectiva de que la contratación fija discontinua a tiempo parcial puede ser un indicio de precariedad laboral y, por ello, la reforma, que tiene su génesis en un acuerdo social que pretende mejorar la calidad del empleo en el mercado laboral español, obstaculiza esta combinación a fin de conseguir que la regla general sea la contratación fija discontinua a tiempo completo.

Sin embargo, pudiendo coincidirse con el objetivo señalado, no se puede eludir lo establecido en la Directiva 97/81/CE, concretamente en la cláusula 5.1 del Acuerdo marco anexo a la misma, que subraya que: *“En el contexto de la cláusula 1 del presente Acuerdo y del principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo: a) los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, deberían identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativa que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos; b) los interlocutores sociales, dentro de su ámbito de competencias y a través de los procedimientos previstos en los convenios colectivos, deberían identificar y examinar los obstáculos que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos”*.

Es decir, con la medida instaurada se podría considerar que se está introduciendo un potencial obstáculo a la contratación a tiempo parcial, lo que debería haber sido ponderado adecuadamente. Es cierto que la legislación no introduce una limitación absoluta y taxativa, pues se admite la intervención de la negociación colectiva estatutaria sectorial al respecto, pero se debería haber valorado con más detenimiento por los agentes sociales y el Gobierno si esta restricción resulta proporcionada al fin pretendido.

mismos derechos que se aplican al resto de personas por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social protegidos por la contingencia de desempleo”. Entre las modificaciones realizadas en el RDL 3/2022 se encuentra la regulación del acceso de los trabajadores fijos discontinuos al subsidio por desempleo para mayores de 52 años, estimando el Gobierno que podrán acceder a esta prestación unos 18.000 trabajadores fijos discontinuos, que podrán cobrar doce pagas de 463,2 euros (80% IPREM) hasta su acceso a la pensión contributiva de jubilación.

Es obvio que las negociaciones de convenios colectivos de ciertos sectores, como el de la hostelería o el de los monitores de centros escolares, inevitablemente deberán prever esta posibilidad, puesto que las empresas demandarán la flexibilidad que les aporta esta manera de gestionar los recursos humanos. Es más, en un supuesto como el del último convenio citado, la actividad del empleador será sólo de temporada, por lo que el trabajador fijo discontinuo se asimilará al trabajador a tiempo completo de la empresa, de lo que derivará que la jornada establecida en el convenio colectivo sectorial aplicable por lo general será reducida¹², en referencia al ciclo o período de actividad. En este sentido, se puede localizar alguna sentencia que distingue¹³, a la hora de verificar la existencia de un trabajador fijo discontinuo a tiempo parcial, si la empresa tiene una actividad permanente o discontinua, señalando que si es permanente el punto de referencia es el trabajo fijo continuo y, en caso contrario, el fijo discontinuo.

A mayor abundamiento, es necesario subrayar que la jornada de un trabajador fijo discontinuo habitualmente es irregular, de prestación no prevista perfectamente, un tanto aleatoria, cierta en que se va a realizar, pero incierta en cuanto al cuándo y al cuánto –según el artículo 16.2 ET se deberá precisar en el contrato la jornada y su distribución horaria, aunque podrá hacerse con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento–. Por lo tanto, su ejecución puede requerir, según las circunstancias, el desarrollo de una jornada a tiempo completo, a tiempo parcial, o incluso la realización de un volumen de horas de trabajo adicional al ordinario o inicialmente pactado. Más aún cuando desde la entrada en vigor del RDL 32/2021 el contrato fijo discontinuo se configura de forma más amplia, de modo que ya no sólo tiene por objeto la satisfacción de las necesidades que se presentan en unas actividades cíclicas que aparecen con una determinada cadencia temporal, sino que también puede concurrir en la prestación de servicios que tenga por objeto la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa o en el marco de una contratación con una empresa de trabajo temporal para su cesión a una empresa usuaria.

A los efectos pertinentes, y en la línea de no establecer obstáculos innecesarios al desarrollo del trabajo a tiempo parcial, incluso resulta factible la conclusión

¹² Por ejemplo, el VI convenio colectivo de monitores de centros escolares públicos de Aragón, Boletín Oficial de Aragón de 2 de noviembre de 2021, en su artículo 11 establece que la empresa se compromete a utilizar de forma general el contrato de fijos discontinuos como medida de fomento del empleo estable y mejora de la calidad del mismo, así como del servicio prestado y en su artículo 27 precisa que la jornada anual durante la vigencia del presente convenio será de 1665 horas de trabajo efectivo a jornada completa, o aquella que establezca el convenio colectivo del personal laboral de la Diputación General de Aragón, categoría auxiliar de puericultura para dicho período.

¹³ Cfr. STSJ de Andalucía de 8 de junio de 2001, rec.383/2001.

de un pacto de horas complementarias en un trabajo fijo discontinuo a tiempo parcial, que permitiría atender los aumentos de jornada que sean requeridos para satisfacer necesidades empresariales tales como las dependientes de factores climatológicos y de campaña fluctuantes, siempre y cuando se respeten las normas de derecho necesario absoluto establecidas en el artículo 12.5 ET en relación a, entre otros aspectos, el montante de horas complementarias pactado y realizado, el cumplimiento del preaviso, el disfrute de los períodos de descanso imperativos, etc. En los antecedentes legislativos de esta materia sólo se puede citar una restricción que fue aplicable en un breve lapso temporal, entre la entrada en vigor del RDL 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado laboral en relación al trabajo a tiempo parcial y al fomento de su estabilidad, y la del RDL Ley 5/2001, de 2 marzo –posteriormente homologado por la Ley 12/2001, de 9 de julio–. Así, el artículo 12.5.b) ET resultante del acuerdo concluido en 1998 entre el Gobierno y los representantes sindicales más representativos a nivel Estatal precisó lo siguiente: “*Sólo se podrá formalizar un pacto de horas complementarias en el caso de contratos a tiempo parcial de duración indefinida. En el caso de contratos de trabajo fijo-discontinuo, sólo se podrá pactar la realización de horas complementarias cuando los trabajadores, dentro del período de actividad, realicen una jornada reducida respecto de los trabajadores a tiempo completo*”. El segundo inciso de este precepto fue suprimido al hilo de la reforma laboral 2001, probablemente a causa de su rigidez¹⁴, por lo que en estos supuestos lo esencial será determinar quién es el trabajador fijo discontinuo a tiempo completo comparable y comprobar que tras la realización de horas ordinarias y complementarias en un trabajo fijo discontinuo a tiempo parcial no se supera el umbral que separa a ambos.

Como quiera que parece ostensible que en bastantes sectores y actividades las empresas demandarán la contratación de trabajadores fijos discontinuos a tiempo parcial, para satisfacer sus necesidades de flexibilidad y atender sus requerimientos fluctuantes, en consonancia con lo dispuesto por la cláusula 5.1 del Acuerdo marco de la Directiva 97/81/CE, parece desproporcionado condicionar la suscripción de contratos fijos discontinuos con una jornada a tiempo parcial a la previsión de esta posibilidad en convenios colectivos sectoriales, a causa de que las peculiaridades de los mismos así lo justifiquen. A *sensu contrario* podría considerarse que la flexibilidad y disponibilidad dimanante de yuxtaponer trabajo fijo discontinuo y a tiempo parcial exige un control reforzado¹⁵, en este caso a través de la negociación colectiva, pero ello no parece acorde al efecto útil de la normativa comunitaria. Más aún cuando la Directiva 2019/1152 (UE), de 20 de junio, relativa a unas

¹⁴ En este sentido, Valdés Dal Ré, F., “Las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial”, en AA.VV., Coordinadores Valdés Dal Ré, F., y Casas Baamonde, M.E., *Los contratos a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 151.

¹⁵ A favor de esta opción, Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, op.cit., pág. 98.

condiciones laborales y transparentes y previsibles en la Unión Europea, establece toda una serie de exigencias en relación al trabajo imprevisible, que deberán ser debidamente recogidas en la legislación española¹⁶.

Ahora bien, para valorar y comprobar el alcance de esta limitación será necesario contrastar cómo es el comportamiento de los miembros de las mesas negociadoras en los próximos meses, para advertir si optan o no por introducir esta opción en el clausulado de los convenios colectivos sectoriales, así como la intensidad de su justificación.

4. LA CONTRATACIÓN FORMATIVA A TIEMPO PARCIAL: NOVEDADES

Uno de los tipos contractuales más marcadamente afectados por el RDL 32/2021 es el regulado en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores. Es obvio que desde años atrás los jóvenes tienen graves problemas de acceso al mercado laboral y que, cuando consiguen integrarse en el mismo, sufren una importante rotación. Por ende, constatado que uno de los males endémicos del mercado laboral español es el elevado desempleo y la excesiva tasa de contratación temporal de los jóvenes, se erige a los contratos formativos como una de las claves básicas sobre las que debe girar el contenido de la reforma laboral.

En este contexto, se introducen modificaciones de gran envergadura sobre el régimen jurídico de los contratos formativos¹⁷, que enfatizan la necesidad de dar importancia al objetivo formativo en su *interim*, procuran laboralizar estos períodos, para reducir el recurso a otras opciones como las becas o las prácticas

¹⁶ El artículo 4.2.m) de la Directiva citada establece lo siguiente: Si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, el empleador informará al trabajador sobre: (i) el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas de pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas; (ii) las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje; (iii) el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación a que se refiere el artículo 10, apartado 3. El artículo 10 de la misma Directiva, asimismo, precisa lo siguiente: Previsibilidad mínima del trabajo.1. Si el patrón de trabajo de un trabajador es total o mayoritariamente imprevisible, los Estados miembros garantizarán que el empleador no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes: a) el trabajo tiene lugar en unas horas y días de referencia predeterminados, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso ii), y b) el empleador informará al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso iii).

¹⁷ Cfr., ampliamente, Garrido Pérez, E., “El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos tras el Real Decreto Ley 32/2021: la centralidad estructural y finalista de la formación”, *Temas Laborales*, nº161, 2022, pág. 71 y ss.

no laborales¹⁸, e intentan reducir su precariedad. Los cambios empiezan por su propia delimitación, pues a partir de 2022 sólo se podrán utilizar dos tipos: los contratos de formación en alternancia y los contratos para obtención de prácticas, ocupando la formación teórica y práctica, más que nunca, un lugar central en su diseño. Y continúan con sustanciales modificaciones en su régimen jurídico, que inciden en aspectos nucleares, tales como la relevancia que se otorga ahora a la suscripción de planes formativos individualizados en el marco de convenios de colaboración educativa suscritos entre empresas e instituciones educativas y al control y seguimiento por los tutores académico y empresarial.

La degradación sufrida por los contratos formativos en las últimas décadas¹⁹, en los últimos años ha tenido vínculos importantes con el trabajo a tiempo parcial. En concreto, nos referimos a lo establecido en el artículo 9 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación del empleo, que fijó unos incentivos específicos a los denominados contratos a tiempo parcial “con finalidad formativa”²⁰. De esta forma, al margen de los contratos temporales, se dio carta de naturaleza a una nueva causa de contratación temporal que tenía por objeto mejorar las opciones de incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo a un bajo coste. No obstante, esta opción legislativa tuvo unos resultados pobres y un escaso recorrido, ya que fue derogada tras cinco años, a través de la Disposición Derogatoria Única 2.b) del RDL 28/2018, de 8 de diciembre.

El RDL 32/2021 procura engarzar el desarrollo de los contratos formativos a unos nuevos pilares, vinculados de forma más intensa a la causa formativa del contrato y al reforzamiento de las garantías y derechos de los trabajadores sujetos a

¹⁸ Actualmente, de modo correlativo a lo dispuesto en la Disposición Adicional 2ª del RDL 32/2021, está abierto un proceso de negociación para concluir un Estatuto del Becario. Y, a la espera de un próximo desarrollo reglamentario, sigue estando vigente el 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 para la formación profesional dual.

¹⁹ Vid en este sentido 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.

²⁰ En estos contratos la jornada a tiempo parcial en ningún caso podía ser superior al 50% de la jornada a tiempo completo, sólo se podía incrementar hasta el 75% la jornada si la empresa lo deseara y el contrato se suscribiera con jóvenes inscritos en el Sistema de Garantía Juvenil. El trabajador debía ser menor de 30 años y estar inscrito como demandante de empleo, no disponer de experiencia laboral o que esta sea inferior a 3 meses y no tener formación oficial de ESO, FP o Certificado de Profesionalidad. El trabajador de forma simultánea al desempeño de los servicios vinculados al contrato de trabajo debía realizar una acción formativa por un mínimo de 90 horas, en los 6 meses previos o durante el contrato. La acción formativa podía ser una formación acreditable oficial o promovida por el SEPE o acciones formativas de idiomas o tecnologías de la información y comunicación.

estos contratos y en este contexto se deben valorar algunas precisiones relacionadas con la posibilidad de que tanto el contrato en formación en alternancia como el de obtención de prácticas tengan una jornada a tiempo parcial.

Hasta la reforma laboral de 2021 uno de los tipos formativos, el contrato de formación y aprendizaje tenía vedada la jornada parcial. Mientras que no existían objeciones a su desempeño bajo la cobertura del contrato en prácticas o del contrato de formación dual universitaria. Sin embargo, el giro cualitativo realizado en la nueva normativa ha afectado a esta delimitación, pues ahora se admite que las dos modalidades formativas instauradas puedan tener una jornada inferior a la máxima establecida en el convenio colectivo aplicable o en la Ley.

En el caso del contrato para la obtención de prácticas ello se deduce claramente del artículo 11.3.i) ET, que alude a que la retribución será fijada de conformidad con el tiempo efectivo de trabajo pactado, y que el tope mínimo del salario vendrá constituido por la cuantía prevista para el contrato para la formación en alternancia o para el Salario Mínimo Interprofesional, o, en su caso, el importe proporcional que corresponda al tiempo de trabajo efectivo; infiriéndose del silencio legislativo, además, que es factible la suscripción de un pacto de horas complementarias en estos contratos, dado que expresamente sólo se prohíbe en el artículo 11.3.h) *in fine* la realización de horas extraordinarias, salvo en el supuesto del artículo 35.3 ET.

En relación al contrato para la formación en alternancia, es obvio que se ha producido un cambio de orientación. Como es sabido, el mismo tiene por objeto que un trabajador compatibilice unos estudios conducentes a la obtención de un título reglado –de formación profesional, universitario o incluido en el catálogo de especialidades formativas del sistema nacional de empleo–, con el desempeño de una prestación de servicios cuyo objeto sea afín al contenido de las enseñanzas que se están cursando. Hasta diciembre de 2021, el artículo 12.2 ET se mostraba tajante y no permitía que el desempeño de los precedentes contratos de formación y aprendizaje pudiera ser realizado a tiempo parcial. Es decir, se estimaba que el reparto entre tiempo de trabajo y formación no podía ser efectuado en el marco de una relación laboral con una jornada de por sí ya reducida, dado que ello dificultaría sobremanera el cumplimiento de los fines del contrato formativo en cuestión. Sin embargo, en el RDL 32/2021 se ha producido una marcada modificación²¹, porque en relación al nuevo contrato de formación en alternancia, que presenta algunas concomitancias con el precedente contrato para la formación y el aprendizaje, se establece en el artículo 11.2.k) ET que no se podrán realizar horas complementarias ni extraordinarias, salvo las realizadas por fuerza mayor de forma acorde al artículo 35.3 ET. De ello se puede deducir que se ha eliminado la prohibición legislativa preexistente, a lo que coadyuva la supresión expresa de la anterior referencia

²¹ Vid Martínez Moreno, C., *Claves Prácticas*, op.cit., pág.26, en contra de este cambio de orientación.

incluida en el artículo 12.2 ET, y la introducción en la Disposición Adicional 43ª LGSS de las normas de cotización a la Seguridad Social de los contratos de formación en alternancia, distinguiendo claramente entre contratos a tiempo completo y a tiempo parcial.

Esta modificación, si realizamos una interpretación teleológica, puede resultar lesiva al objeto y a la causa de este contrato formativo, es más se corre el riesgo de desnaturalizarlo. Es decir, admitir sin más que la jornada de trabajo que en el primer año de contrato puede ascender a un 65% de la jornada máxima establecida en el convenio colectivo aplicable o de la máxima legal, y en el segundo a un 85%, puede ser más recortada tras la suscripción de un contrato de formación en alternancia a tiempo parcial, puede causar un potencial perjuicio tanto a sus destinatarios, como a los objetivos del propio contrato, que deben estar condicionados por el plan formativo individualizado acordado entre la institución educativa y la empresa y no por otros intereses.

No obstante, una segunda interpretación puede ser planteada sobre este cambio legislativo. Hasta ahora se consideraba que la jornada del contrato de formación y aprendizaje se integraba tanto por el tiempo de prestación efectiva de servicios como por el tiempo de formación, precisándose que el primero no podía superar el 65% de la jornada máxima aplicable en el primer año de contrato y el 75% en el segundo año, y ahora se podría apreciar que la delimitación de la duración del tiempo de trabajo se ciñe sólo a la jornada efectiva de trabajo²², sin computar la porción de jornada dedicada a asistir a un curso conducente a la obtención de un título reglado, lo que inevitablemente conduciría a que estos contratos tuvieran una jornada de trabajo a tiempo parcial, introduciéndose precisamente ciertas garantías que vienen a salvaguardar el fin formativo del contrato, como la prohibición de las horas complementarias²³. A través de una operación hermenéutica como la expuesta, se podría justificar este cambio de criterio, la admisión de que la jornada en los contratos de formación en alternancia fuera reducida.

Sin embargo, esta opción interpretativa, además de que supondría un punto de inflexión en relación a la configuración de la jornada de trabajo en este tipo contractual, no se ve respaldada por acciones posteriores a la entrada en vigor de la reforma laboral. Por ejemplo, cuando se contrasta el nuevo modelo de contrato de trabajo de formación en alternancia publicado por el Servicio Público de Empleo Estatal en 2022, expresamente se contempla en su cláusula 2ª que debe determinarse la cuantía de la jornada total, a partir de la cual se deberá precisar el número de horas dedicadas a la actividad formativa, así como el porcentaje que ello supone

²² En este sentido Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, op.cit., pág. 37.

²³ Por ende, sólo es posible la realización de horas extraordinarias por fuerza mayor, y, a mayor abundamiento, para no perjudicar al fin formativo del contrato en alternancia se prohíbe el trabajo nocturno o a turnos del trabajador/estudiante.

sobre la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, en la Ley; para deducir, de contrario, qué porción de jornada se dedica a la prestación profesional y comprobar el cumplimiento de los topes máximos establecidos en el precepto estatutario para cada uno de los dos años del contrato. Ello evidencia que la jornada total de este tipo contractual estará integrada por ambas porciones de la jornada, como ocurría hasta la reforma laboral de 2021.

Por consiguiente, para reforzar que con la duración de la jornada acordada se cumplen los fines formativos pretendidos con el contrato, se habilita a las instituciones educativas a realizar un control riguroso, debiendo tanto comprobar que el plan o programa formativo acordado, y los servicios prestados, se alinean y conectan adecuadamente a la causa del contrato, como realizar un seguimiento estricto a través de la tutorización educativa y empresarial, para verificar que las tareas o funciones desarrolladas dotan de forma efectiva de una mejor capacitación a la persona trabajadora y le facilitan su inserción en el mercado laboral. En esta dinámica, se deberá contrastar que tanto los conocimientos teóricos adquiridos como el aprovechamiento práctico son acordes al programa formativo y al itinerario formativo individualizado diseñado²⁴.

En definitiva, la configuración legislativa del nuevo contrato de formación en alternancia presenta unos rasgos característicos muy claros, entre otros, su condicionamiento al fin formativo y su flexibilidad. Prueba manifiesta de esto último es la posibilidad de que a lo largo de su duración –entre tres meses y dos años– puedan suscribirse hasta varios contratos con varias empresas, en atención a las fases y/o módulos del programa formativo cursado, y que correlativamente puedan pactarse distintas duraciones de la jornada de trabajo, respetándose en todo caso el tope máximo establecido en la norma de rango legal y la compatibilización de la actividad académica y laboral.

Ahora bien, en la horquilla de flexibilidad existente, no debiera tener cabida una jornada de trabajo excesivamente reducida, pues ello tendría consecuencias tanto en la capacitación del trabajador como en el importe de su retribución²⁵, lo

²⁴ Insistiendo en la revalorización de la causa formativa de este contrato tras la reforma laboral de 2021, vid Garrido Pérez, E., “El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos...”, op.cit., pág. 79.

²⁵ El artículo 11.2.m) en primera instancia realiza una remisión a lo que dispongan los convenios colectivos sobre una retribución específica para esta modalidad contractual. Y en ausencia de la misma, el precepto estatutario se refiere a los salarios pactados en general en los convenios, fijando unos topes mínimos de retribución respecto a los especificados para el nivel profesional o retributivo al que correspondan las funciones desempeñadas por la persona trabajadora/estudiante. Concretamente se establecen como topes mínimos, el 60% de la retribución debida en proporción al tiempo de trabajo pactado durante el primer año y el 75% durante el segundo. En todo caso, la norma también establece una red de seguridad constituida por el SMI, fijando su cuantía en proporción al tiempo de trabajo efectivo como retribución mínima a percibir en cualquier caso.

que precisamente provocaría uno de los efectos indeseados por la reforma laboral de 2021, la precarización de los contratos formativos. A evitar tales consecuencias negativas coadyuvará lo dispuesto en el artículo 11.4.h) ET que establece que la formación práctica inexistente o defectuosa implicará que el contrato es indefinido y a tiempo completo. Y a mayor abundamiento, no sólo las entidades educativas deberán fiscalizar que se cumplen adecuadamente y con solvencia los fines formativos del contrato y la necesaria conexión entre formación teórica y práctica, sino que el artículo 11.5 ET enfatiza el rol de los representantes de los trabajadores, previendo que en los casos de pluralidad contractual los mismos tendrán derecho a ser informados de forma específica, y que en todo caso deberán ser informados sobre los convenios de cooperación educativa, incluyendo los detalles de los planes formativos individualizados y las condiciones y requisitos de las tutorizaciones.

En cuanto a los contratos para la obtención de prácticas, el análisis de su régimen jurídico evidencia que habiéndose realizado algunos cambios relevantes, sus elementos estructurales permanecen tras la reforma laboral de 2021. Las modificaciones se han focalizado en su duración –ahora máxima de un año–, en la exigencia, de forma similar al otro tipo formativo, de elaborar un plan formativo individualizado, que será anexo al contrato, y en el seguimiento coordinado del desarrollo de los servicios inherentes al contrato por los tutores académicos y empresariales designados. Consecuentemente, en este caso se reitera el reforzamiento efectuado de la causa formativa. Atendiendo a este fin, y salvaguardando la unicidad del contrato por titulación o certificado profesional predicada por el artículo 11.3.d) ET, se podría justificar que un trabajador en prácticas suscribiera dos contratos a tiempo parcial con dos empresas distintas, en función de los contenidos del puesto de trabajo a desempeñar en cada una de ellas, a fin de obtener una capacitación y experiencia profesional adecuada a su nivel de estudios. Por ejemplo, un graduado en Derecho podría celebrar un contrato de obtención de prácticas en una asesoría laboral con un horario de 9h a 13h y otro en una asesoría fiscal con un horario de 16h a 20h, durante un período máximo de un año, si ello fuera acorde a lo fijado en el plan formativo individualizado que se diseñara.

A modo de cierre, resaltar que la flexibilidad introducida en el régimen jurídico de los contratos formativos, que se manifiesta, entre otras cuestiones, en la pluralidad de contratos y de jornadas de trabajo posibles, de forma afín a lo establecido en los convenios de cooperación educativa y en los itinerarios formativos individualizados diseñados, obliga a tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 11.4.7 ET. Dicho precepto establece el derecho de la empresa a solicitar información a los servicios de empleo sobre el tiempo ya utilizado en un contrato formativo por las personas trabajadoras, precisándose que dicha información, obtenida con carácter previo a realizar una contratación formativa, tendrá valor liberatorio a efectos de no exceder la duración máxima establecida –no a otros efectos–.

5. IMPACTO DE LAS NUEVAS REGLAS SOBRE LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Desde años atrás se están implantando determinadas políticas estratégicas por el Gobierno de España, que deben ser ejecutadas, entre otros organismos, por la Inspección de Trabajo. En concreto, en 2018 se aprobó el Plan Director por un Trabajo Digno²⁶, cuyo desarrollo y aplicación abarcó hasta 2020, y que pretendió dar un giro cualitativo a las actuaciones de este órgano público, en defensa de los derechos laborales y en pos de un trabajo digno. En dicho Plan la planificación de actuaciones relacionadas con el trabajo a tiempo parcial ya ocupó un lugar principal, puesto que alrededor del mismo se constataba la concurrencia de un importante fraude en la contratación y en la cotización, detectándose que en bastantes casos inspeccionados se encubría realmente un contrato a tiempo parcial con una jornada mayor o un contrato a tiempo completo y visibilizándose los efectos que de ello derivaban en materia salarial y de protección social. Para conseguir unos mejores resultados, de forma complementaria al citado Plan Director, la Inspección de Trabajo (en adelante IT) en colaboración con las Comunidades Autónomas ejecutó como medidas prioritarias dos planes de choque²⁷, uno de ellos contra el uso irregular de contratos a tiempo parcial. El conjunto de estas actuaciones obtuvo unos frutos positivos²⁸.

Siguiendo la estela del Plan precedente, en diciembre de 2021²⁹ se ha publicado el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-23, que a los objetivos anteriores contra el fraude y la economía irregular suma la búsqueda

²⁶ En su Introducción dicho Plan Director especifica que *“El trabajo decente dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades; es el trabajo que se realiza con respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, el que permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, el que se lleva a cabo con protección social, e incluye el diálogo social”*.

²⁷ La Inspección de Trabajo planificó actuaciones en el marco de dichos planes, en dos fases. Una primera de detección de posibles situaciones de fraude a través de la Herramienta de Lucha contra el Fraude, recibiendo las empresas con posibles situaciones de fraude una comunicación en la que la Inspección les informaba los datos obtenidos, instándoles a revisar su situación y advirtiéndoles de la realización de actuaciones inspectoras de comprobación en caso de regularización. Dándose un plazo de un mes para llevar a cabo dicha revisión y regularización. Y una segunda de comprobación, a través de la Herramienta de Lucha contra el Fraude de las modificaciones que hayan sido realizadas sobre la situación de los trabajadores.

²⁸ Así ha sido constatado en los datos publicados periódicamente por la Inspección de Trabajo, y así ha sido recogido en el propio texto del Plan Estratégico de la IT para los años 2021-23, que resalta que entre agosto de 2018 y junio de 2020 la intervención de la IT consiguió, en situaciones en las que se comprobó que existía fraude, convertir en indefinidos 323.026 contratos temporales y ampliar la jornada de 72.945 contratos a tiempo parcial, de lo que derivó una recaudación extra de cuotas a la Seguridad Social de 1.873.500 euros.

²⁹ BOE de 3 de diciembre de 2021.

de la recuperación de los derechos laborales y la mejora de la calidad del empleo en un contexto pospandemia. En una etapa tan condicionada por la crisis sanitaria vivida y por la contracción económica sufrida, se pretende el reforzamiento de la eficacia, capacidades y organización de la IT, y el alineamiento del desarrollo de sus funciones con los objetivos del desarrollo sostenible proclamados por la Agenda 2030 de la ONU. En concreto, entre las líneas de actuación de la IT destacadas se encuentra la relacionada con el Objetivo 8 de los ODS, Trabajo decente y crecimiento económico, con el Objetivo 1, relativo al fin de la pobreza y a la implantación de unas condiciones de trabajo dignas, seguras y saludables, o con el Objetivo 5, sobre la igualdad de género. Es decir, la funcionalidad de la actuación de la IT debe estar dirigida, entre otras metas, a garantizar el pleno y efectivo ejercicio de los derechos laborales y sindicales, luchando contra todo tipo de abuso y fraude en materia laboral, y garantizando que no queden impunes los comportamientos infractores que degraden las condiciones de trabajo y la carrera de cotización de las personas trabajadoras, de modo que la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y la protección social de los sujetos beneficiarios vayan acompañados.

En este contexto, y constatándose una elevada segmentación del mercado laboral español, asociada a empleos de baja calidad y bajos salarios, el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, ha implementado una relevante reforma en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante LISOS). Hasta ahora las infracciones en materia de contratos detectadas en una empresa eran consideradas en su conjunto y, aun localizándose un número amplio de incumplimientos, la sanción se reducía a una. Consecuentemente, los efectos disuasorios de la normativa infractora eran prácticamente imperceptibles, pues las empresas por lo general no temían las consecuencias de sus incumplimientos³⁰. Y ello a pesar de que en los supuestos de fraudes y abusos en torno al cumplimiento de la jornada a tiempo parcial y/o la duración de los contratos, esta situación se ve agravada, al tener este tipo de comportamientos una incidencia importante sobre la precarización del mercado laboral, la competencia desleal entre empresas y las arcas de la Seguridad Social.

Por ende, el cambio implementado en el artículo 7.2 LISOS³¹, en línea con los objetivos perseguidos por la reforma laboral de 2021, y de manera complementaria a los cambios sustantivos realizados sobre el sistema de contratación, produce un

³⁰ Vid Ferradans Caramés, C., “Cuestiones de actualidad sobre el régimen jurídico laboral del trabajo...”, op.cit., pág.181.

³¹ Tras la reforma laboral de 2021, dicho precepto legal tipifica como infracción grave “*La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de Ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio*”

avance relevante, al considerarse cometida una infracción grave por cada persona trabajadora afectada por la vulneración de la normativa –legal o convencional– sobre contratación, profundizándose con ello el perfil tuitivo de la Inspección de Trabajo y su rol tendente a garantizar la vigencia real y efectiva de los derechos sociales y laborales.

A ello hay que sumar que se incorpora una nueva letra c bis) al artículo 40.1 LISOS, detallándose que las infracciones graves de, entre otros, el artículo 7.2 se sancionarán con una multa que podrá oscilar entre 1.000 euros en su grado mínimo y 10.000 euros en su grado máximo, para lo que se deberá apreciar la concurrencia de alguna o varias de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 39.2 LISOS –entre otras, la intencionalidad del sujeto infractor, el número de afectados por el incumplimiento, o la falta de atención de advertencias o requerimientos previos de la IT–.

El efecto disuasorio de los incumplimientos vendrá determinado, fundamentalmente, por la entidad y costes de las sanciones que se deriven de los mismos, y los cambios implementados al hilo de la reforma de 2021 contribuyen a incrementarlo. Ello es así, porque, por un lado, ya no se considera una infracción por la totalidad de los trabajadores afectados por el incumplimiento empresarial, sino por cada uno de ellos, y, por otro, el importe de la sanción pasa de oscilar entre 625 y 6.125 euros a entre 1.000 y 10.000 euros. A todo ello se adiciona que la empresa deberá regularizar la situación en materia de Seguridad Social, modificándose el coeficiente de parcialidad o declarándose el contrato como a tiempo completo y pagando la liquidación de las cuotas que se hayan dejado de abonar.

Ahora bien, siendo indubitado que los cambios implantados suponen una mejora de la legislación precedente, es necesario comprobar en los próximos meses cómo los aplica la Inspección de Trabajo. Es decir, al reforzamiento de las sanciones frente a los incumplimientos en materia de contratación, le debe acompañar una actuación inspectora más incisiva³², pues ello permitirá que las empresas perciban que la actitud de la inspección a partir de ahora va a ser menos proclive a negociar la corrección de sus políticas en materia de contratación, ya que hasta el momento, por lo general, en una primera fase, se comunica a las empresas que deben regularizar la situación irregular detectada y, sólo en una segunda, se da curso a las actuaciones inspectoras propiamente dichas³³.

colectivo, cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva. A tales efectos, se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas”.

³² En este sentido Cruz Villalón, J., “Texto y contexto de la reforma laboral de 2021...”, op.cit., pág. 33.

³³ En mayo de 2022, en el contexto del Plan Estratégico de la IT 2021-23, se ha puesto en marcha un Plan de Choque contra el fraude en la contratación, siguiendo por ahora la dinámica, en dos fases, indicada.

En este sentido, el Plan Estratégico de la IT vigente hasta 2023³⁴, insiste en su Eje 1, actuación 1.2, en la intensificación de la actuación planificada, con apoyo de la Herramienta de Lucha contra el Fraude, en la ejecución de campañas dirigidas, entre otras, a verificar y garantizar la fiabilidad de los registros de jornada, a vigilar que la jornada real de los contratos a tiempo parcial coincida con la pactada y que las horas complementarias no excedan de sus límites, a controlar el cumplimiento de los descansos mínimos, etc.; y, complementariamente, en su eje 3, relativo al fortalecimiento y modernización del sistema de la IT para mejorar la calidad en la prestación de servicios a los ciudadanos, alude, entre otros objetivos, a la mejora de la planificación de las actuaciones inspectoras, utilizando las herramientas más avanzadas de inteligencia artificial y *big data* que les permitan, por ejemplo, cruzar los datos de la autoridad laboral con los de la Agencia Tributaria, y al diseño de una estrategia más activa para reducir los comportamientos de incumplimiento y fraude, combinando su labor de información y asistencia técnica con una mayor contundencia en la exigencia de responsabilidades, mediante la extensión de actas de infracción.

Por consiguiente, en el Plan Estratégico de la IT 2021-23 se enfatiza el papel de la inspección en pos de la garantía de los derechos laborales y sociales básicos, y se apela de forma clara a su modernización y a la dotación de recursos humanos y materiales adecuados y suficientes para hacer frente a los retos planteados. Actualmente, es notorio tanto que los medios son deficitarios, como que no se puede pasar por alto la funcionalidad de ciertos instrumentos surgidos al hilo del progreso tecnológico³⁵ —como el uso de algoritmos que permitan un cruce masivo de datos o notificaciones a empresas con carácter informativo—, que pueden favorecer una mayor efectividad de las funciones de este cuerpo de la administración laboral, siempre y cuando se salvaguarden los derechos y garantías de los ciudadanos.

En definitiva, destacar que en el control de la jornada de trabajo en el contrato a tiempo parcial concurren dispares y a la vez relevantes intereses, desde la elusión de los fraudes a la contratación y a la Seguridad Social, a la tutela de la seguridad y salud laboral de trabajadores que pueden estar realizando excesos de horas de trabajo que perjudican su bienestar físico y/o psicológico, que justifican que en

³⁴ En dicho Plan, publicado a principios de diciembre de 2021, ya se localizaban, concretamente en su eje 2, actuación 21.2, alusiones a la necesaria revisión de la LISOS, a fin de actualizar o eliminar tipos desfasados, a introducir cambios necesarios para que las conductas tipificadas se adecúen a los fraudes que se dan en la actualidad, así como a reforzar el tratamiento disuasorio de determinados comportamientos infractores, especialmente en relación con el tiempo de trabajo, el salario, la contratación temporal, etc.

³⁵ En este sentido Igartúa Miró, M.T., “Las medidas sancionadoras frente a la contratación temporal abusiva”, *Temas Laborales*, nº161, 2022, pág. 277.

los últimos años se hayan intensificado los medios dedicados a la consecución de objetivos en esta materia³⁶.

6. ALGUNAS REFORMAS PENDIENTES

Una vez precisados los cambios que pueden tener una mayor repercusión sobre la contratación a tiempo parcial tras la convalidación de la reforma laboral de 2021, es conveniente, en adición, realizar una valoración crítica sobre algunas cuestiones pendientes de ser abordadas por el legislador en relación a esta modalidad contractual, que inciden tanto en su regulación laboral como en su protección social.

Algunas de las reformas demandadas responden a los requerimientos derivados de la normativa comunitaria, esencialmente de la Directiva 2019/1152 (UE), de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles, y otras a los dimanantes de la jurisprudencia comunitaria y nacional, que en diversos pronunciamientos esencialmente cuestionan algunas de las medidas de protección social aplicables a los trabajadores a tiempo parcial españoles. Estas modificaciones deberían encaminarse a dirigir el régimen jurídico de este tipo contractual hacia la consecución de una mayor calidad en el empleo³⁷, de forma completamente coherente a los fines de la reforma laboral de 2021. No se puede obviar que este

³⁶ Al papel jugado desde el ámbito público por la IT, hay que unir el rol que deben desempeñar los representantes de los trabajadores en el control de la jornada de trabajo. Al respecto, de conformidad con el artículo 12.4.c) ET es debido resaltar que el registro de las horas ordinarias y complementarias de trabajo se totalizará mensualmente, entregándose copia al trabajador, junto al recibo de salarios, y a los representantes de los trabajadores, que pueden acceder a los mismos en cualquier momento de conformidad con el artículo 34.9 ET. A ello se suma que a través de la negociación colectiva se podrán introducir cláusulas que vengán a reforzar el papel de control de los representantes de los trabajadores, lo que desde años atrás se viene haciendo, por ejemplo, previendo que a petición de la representación legal de los trabajadores, la empresa se obliga a entregar periódicamente un informe detallado sobre la realización de horas complementarias, Convenio colectivo Compañía Logística Acotral, S.A., y Acotral Distribución Canarias, S.A., BOE de 23 de mayo de 2019, art. 18, o que el preaviso de las horas complementarias deberá ser remitido tanto al trabajador como a sus representantes, Convenio colectivo de Paradores de Turismo de España, S.M., S.A., BOE de 9 de mayo de 2019, art. 5.

³⁷ La Exposición de Motivos del RDL 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación al trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, ya afirmó que la mejora de la calidad del empleo a tiempo parcial, de conformidad con el contenido del convenio 175 OIT, de la recomendación 182 que lo desarrolla, y del Acuerdo marco europeo anexo a la Directiva 97/81/CE, requería una regulación en nuestro país que, permitiendo una adecuada flexibilidad, garantizara al mismo tiempo los principios que rigen el desarrollo de esta modalidad contractual, es decir, la voluntariedad, la prohibición de discriminación, la igualdad y proporcionalidad, y el acceso efectivo a la protección social.

es uno de los objetivos cuyo logro se lleva reclamando desde años atrás, en línea con lo resaltado tanto por la OIT en su Programa del Trabajo Decente y en su Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada, como en los Objetivos del Desarrollo Sostenible adoptados en el marco de la Agenda 2030 de la ONU³⁸, o en la normativa comunitaria, fundamentalmente en las Directivas 97/81/CE y 2019/1152 (UE). El conjunto de medidas exigibles debería responder al fin de diseñar políticas y realizar reformas del mercado laboral que contribuyan a crear empleo de calidad, a garantizar unos salarios adecuados, y que promuevan la salud y el bienestar de los empleados. Es decir, hay que recubrir la expansión del trabajo atípico, y concretamente del trabajo a tiempo parcial, de una regulación que permita su desarrollo de una forma proporcionada, que procure la satisfacción más ecuánime posible de las necesidades de empresarios y trabajadores.

La Guía de la OIT para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada, publicada el 23 de agosto de 2019, menciona cinco dimensiones del denominado “*tiempo de trabajo decente*”: ha de ser saludable, productivo, conveniente para la familia, servir para la igualdad de género y permitir que el trabajador pueda elegir y tener influencia en su organización, enfatizándose que resulta necesario lograr un equilibrio adecuado entre las necesidades organizativas y empresariales y los intereses del personal, para lo que “*las empresas deben hacer un intento consciente de alinear sus objetivos y estrategias con las necesidades y preferencias de los trabajadores de manera que se reafirmen mutuamente*”. De forma específica, la Guía precisa los ámbitos claves que las empresas deben incorporar para promover un trabajo a tiempo parcial de calidad: fomentar la igualdad de trato, modernizar la protección social, conceder el derecho a solicitar tramos horarios a tiempo parcial y eliminar los obstáculos a las transiciones entre el empleo a tiempo parcial y a tiempo completo y viceversa.

En este contexto, vamos a avanzar las reformas relacionadas con este tipo contractual que, desde nuestro punto de vista, deben ser abordadas con mayor celeridad, tanto en materia laboral como de protección social.

6.1. Obligaciones derivadas de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles

La dimensión expuesta enlaza plenamente con lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/1152, que debería estar transpuesta en agosto de 2022, y que impulsa

³⁸ De manera sustancial, el objetivo 8 se refiere a “*promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos*”, el objetivo 5 a la igualdad de género, no pudiéndose obviar que esta modalidad contractual está muy ligada al trabajo de la mujer y a su participación en el mercado laboral, y el objetivo 1 al fin de la pobreza.

la lucha contra la precariedad laboral en la Unión Europea y prohíbe la utilización abusiva de los contratos atípicos³⁹. Para ello, esta norma introduce unos derechos mínimos de los trabajadores, desde el prisma de la previsibilidad y la seguridad en el empleo, en orden a obtener un equilibrio entre los objetivos y estrategias empresariales y los intereses y necesidades de los trabajadores. En este sentido es paradigmático lo establecido en el párrafo 31 de su preámbulo que señala: “*Deben establecerse por escrito al comienzo de la relación laboral los días y las horas de referencia que deben ser entendidos como tramos horarios en los que el empleador puede solicitar los servicios del trabajador*”.

Tras la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 y del Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre, se ha propiciado una amplia flexibilidad de la jornada a tiempo parcial, lo que se revela, entre otros aspectos, en: 1) La facilitación al empresario de la opción de ofertar un segundo pacto de horas complementarias, en este caso sólo a trabajadores con contratos indefinidos; 2) La flexibilización derivada de combinar jornada a tiempo parcial y distribución irregular de la jornada de trabajo sin limitación o precisión alguna y el o los pactos de horas complementarias, incrementándose la elasticidad de la jornada parcial; 3) La amplitud de la horquilla de horas complementarias que pueden ser pactadas en convenio colectivo; 4) La dispositivización del período de preaviso de las horas complementarias⁴⁰, etc. En este escenario, a nuestro juicio, la delimitación de la duración y distribución de la jornada a tiempo parcial está rodeada de un importante desequilibrio entre las dos partes del contrato, lo que demanda la articulación de límites y medidas que permitan el desarrollo de la jornada a tiempo parcial sin una amplia disponibilidad e imprevisibilidad para el trabajador, pues de lo contrario la misma satisfará las necesidades empresariales, pero difícilmente será compatible con la atención de toda una serie de responsabilidades familiares, de otro trabajo o con el seguimiento de actividades formativas. Por ende, en un contexto en el que la regulación vigente de la jornada a tiempo parcial se caracteriza por su desmedida flexibilidad⁴¹, debería estar muy presente la necesidad de implementar las medidas que la reciente Directiva establece con una perspectiva garantista.

Para paliar la descompensada flexibilidad de la jornada a tiempo parcial, ordinaria y complementaria, es necesario, por un lado, apelar a que se adopten ciertas reformas legales para transponer de forma adecuada la Directiva (UE) 2019/1152, y por otro, a que los convenios colectivos jueguen un rol relevante junto a las

³⁹ Cfr. sobre la relevancia de la transposición de esta Directiva en el régimen jurídico de algunos tipos contractuales presentes en nuestra legislación laboral, Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, op.cit., pág. 97.

⁴⁰ Cfr., de forma detallada, Feijoo Pérez, M.J., “Las horas complementarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial”, *Actualidad Laboral*, nº9, 2014, pág. 25.

⁴¹ En este sentido Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, nº9, 2014, pág. 7.

disposiciones legales⁴², para que su combinación permita dotar a los trabajadores de cierta seguridad para organizar sus tiempos de trabajo y de descanso y eludir los fraudes derivados de un uso desproporcionado de la autonomía individual, que pueda habilitar el cumplimiento de una jornada mayor que la pactada.

Es decir, en línea con lo dispuesto con la Directiva (UE) 2019/1152⁴³, es preciso garantizar a estos trabajadores el conocimiento, al menos de forma orientativa, de la duración y la distribución de su jornada, pues si se permite que se desdibujen los contornos de la misma se atenta directamente a la mínima previsibilidad que debiera ser exigible, permitiéndose una amplia disponibilidad del trabajador⁴⁴. En este punto, los límites legales vigentes, entre otros, el respeto tras la suma de jornada ordinaria y complementaria del tope que deslinda el trabajo a tiempo parcial y completo o de los descansos mínimos diarios y semanales, no parecen suficientes y, a pesar de su existencia, se pueden suscitar trabajos a llamada.

Al respecto, no se puede obviar que el articulado de la Directiva (UE) 2019/1152 exige algunos cambios normativos, pues de su contenido se puede deducir claramente que en supuestos de trabajo total o mayoritariamente imprevisible se deben cumplir una serie de obligaciones que coadyuvarán a determinar el tiempo de trabajo y la retribución⁴⁵, entre otras: 1) Deberá informarse a la persona trabajadora sobre la cantidad de horas pagadas garantizadas, lo que implica que debe configurarse en todos los contratos un volumen de horas garantizado en términos cuantitativos; 2) Tendrá que constar de modo previo el período de referencia, las horas y días, en los cuales se puede exigir a la persona trabajadora que trabaje; y 3) Se fijará el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de su actividad y, en su caso, el plazo para su cancelación.

⁴² Vid Martínez Moreno, C., “Tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial. Regulación y tratamiento en la negociación colectiva”, *XIX Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, noviembre de 2015. Entre otras cláusulas podrían contemplarse las que prevean la precisión de días de la semana y períodos en los que sea exigible la prestación de trabajo, las que delimiten el número de interrupciones posibles en la jornada a tiempo parcial, o la fijación de franjas horarias para las horas complementarias, o de plazos de preaviso razonables para las horas complementarias (al menos de tres días, tal y como establece de forma dispositiva el artículo 12.5.d) ET) y los cambios sobrevenidos, o de limitaciones o precisiones sobre la combinación de la distribución irregular de la jornada de trabajo con el trabajo a tiempo parcial, etc.

⁴³ El artículo 4.2 de la Directiva precisa toda una serie de informaciones que el empresario deberá proporcionar al trabajador. En lo que se refiere al tiempo de trabajo, en los apartados l y m del artículo 4.2, la norma comunitaria distingue entre si su patrón es total o mayoritariamente previsible o imprevisible e introduce una serie de exigencias mínimas.

⁴⁴ En este sentido, Martínez Moreno, C. *Claves prácticas...*, op.cit., pág. 37.

⁴⁵ Cfr. al respecto lo establecido en los tres incisos del artículo 4.2.m) de la Directiva.

Consecuentemente, resulta indispensable adaptar el artículo 12 ET a las previsiones que exigen que los Estados miembros velen porque los empresarios informen a cada trabajador, si su patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, sobre una serie de precisiones, dado que es imperativo contemplar la introducción de la obligación empresarial de informar al trabajador a tiempo parcial que haya suscrito un pacto de horas complementarias sobre “*las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje*” (artículo 4.2.m), inciso ii) de la Directiva). Asimismo, en relación a los tránsitos entre trabajo a tiempo parcial y a tiempo completo y viceversa, para tender puentes entre el trabajo típico y el atípico y materializar los derechos de los trabajadores, es obligado modificar el contenido del artículo 12.4.e) ET, para adaptar las características del procedimiento instaurado a la mayor previsibilidad y precisión que se contempla en el artículo 12 de la Directiva (UE) 2019/1152⁴⁶.

A mayor abundamiento, hay que resaltar que en la actualidad se advierte una fuerte tendencia al establecimiento de fórmulas de trabajo flexibles, por objetivos –por ejemplo, alrededor del teletrabajo–, con evidentes riesgos sobre la difuminación de los contornos de la jornada de trabajo. En estos supuestos, no se debe relativizar el carácter imperativo de las reglas ordenadoras de la duración y distribución de la jornada de trabajo, establecidas tanto en la normativa comunitaria como en la española, que condicionan tanto el control de su cumplimiento, esencialmente a través del mecanismo del registro horario, como de los períodos de descanso, incluyendo el disfrute del derecho a la desconexión digital. A lo que hay que sumar que en un período en el que concurren complejos cambios en nuestro sistema de relaciones laborales, no se puede pasar por alto la doctrina del Alto Tribunal de Luxemburgo, que en algunas de sus últimas sentencias dictadas en materia de tiempo de trabajo admite, en el marco del artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, una interpretación amplia de los tiempos de disponibilidad que no son tiempo de trabajo, con todos los riesgos

⁴⁶ Dicho artículo, denominado Transición a otra forma de empleo, establece lo siguiente: “1. *Los Estados miembros garantizarán que un trabajador con una antigüedad mínima de seis meses con el mismo empleador; que haya completado su período de prueba, en caso de exigírsele, pueda solicitar una forma de empleo con unas condiciones laborales que ofrezcan una previsibilidad y una seguridad mayores, si la hay, y recibir una repuesta motivada por escrito. Los Estados miembros podrán limitar la frecuencia de las solicitudes que dan lugar a la obligación prevista en el presente artículo*”. Y “2. *Los Estados miembros velarán por que el empleador remita la respuesta motivada a que se refiere el apartado 1 en el plazo de un mes a partir de la solicitud. Respecto de las personas físicas que actúan como empleadores y las microempresas y las pequeñas o medianas empresas, los Estados miembros podrán ampliar este plazo hasta un máximo de tres meses y permitir una respuesta oral a una solicitud similar subsiguiente presentada por el mismo trabajador si la justificación para la respuesta por lo que respecta a la situación del trabajador no ha cambiado*”.

que ello puede conllevar para trabajadores atípicos como los que trabajan con una jornada reducida⁴⁷.

En definitiva, fundamentalmente para atender los requerimientos derivados de la implementación de la Directiva (UE) 2019/1152 y de nuevos modelos de trabajo en los que los contornos del tiempo y el lugar de trabajo tienden a difuminarse, resulta indispensable apelar a que el legislador adapte los contenidos del artículo 12 ET citados.

6.2 Obligaciones derivadas de la aplicación de la jurisprudencia comunitaria y nacional en relación a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial

No se puede eludir que el análisis tanto de los cambios ya realizados como de los pendientes en el régimen jurídico de la contratación a tiempo parcial debe ser acompañado de una llamada de atención sobre la intervención en cuestiones relacionadas con la protección social de los trabajadores a tiempo parcial.

Son notorios los casos en los que la jurisprudencia comunitaria –desde la paradigmática sentencia Elbal Moreno dictada en 2012 hasta la más reciente Villar Laiz de 2019⁴⁸–, y nacional, fundamentalmente en sede constitucional –entre otras las recientes SSTC de 3 de julio de 2019 y de 13 de septiembre de 2021⁴⁹–, han tenido que decantarse y declarar que la normativa española en esta materia presenta importantes déficits e inadaptaciones tanto a la legislación comunitaria como a la española.

⁴⁷ En este sentido, vid STJUE de 9 de marzo de 2021, As.C-344/19, así como la reciente STJUE Dublín City Council, de 11 de noviembre de 2021, As.C-210/20, en la que un bombero contratado a tiempo parcial que tenía autorización de su empleadora para trabajar en otro puesto de trabajo, siempre y cuando contase con disponibilidad, 24 horas al día y 7 días a la semana, para responder a llamadas de carácter urgente en un plazo de diez minutos, solicitaba que se considerase que su disponibilidad debía ser asimilada a tiempo de trabajo. En este caso, el TJUE estima que es necesario observar el conjunto de circunstancias y ponderar si las limitaciones impuestas al trabajador “*son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su facultad para administrar libremente, en estos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales*”, y concluye que el período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial del bombero del Ayuntamiento de Dublín no tiene un fuerte impacto en su capacidad para gestionar el resto de sus tiempos –dado que hasta puede compatibilizarlo con otro trabajo– y no puede ser asimilado a tiempo de trabajo en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE, precisando que cuando no haya llamamiento se calificarán esos períodos como tiempo de descanso y, eso sí, puntualizando que los empresarios no pueden introducir períodos de guardia tan largos o frecuentes que constituyan un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores.

⁴⁸ Respectivamente As.C-385/11 y As.C-161/18.

⁴⁹ Respectivamente SSTC 91/2019 y 145/2021.

A estos efectos, resulta urgente el acomodo de nuestra legislación a la nulidad de la norma reguladora del porcentaje aplicable a la base reguladora de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común, del coeficiente de parcialidad, tal y como ya ha declarado el TC en sus sentencias de 2019 y 2021⁵⁰, pues el hecho de que los trabajadores a tiempo parcial tengan unas bases reguladoras inferiores a un trabajador a tiempo completo comparable, ya constituye de por sí una modulación de la pensión y conlleva la operatividad del principio *pro rata temporis*.

Es decir, la necesaria equiparación entre la protección social de los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo demanda que no se aplique una doble proporcionalidad, y penalización, a estos trabajadores, en las bases de cotización y en el cálculo de los períodos de carencia. Por consiguiente, a nuestro juicio, se deberían mantener ciertas especialidades sólo en relación a la cotización y, correlativamente, la base reguladora. De esta forma, la realización de una jornada reducida repercutiría sobre la cuantía de las prestaciones, modulándose la protección que se dispensa a estos trabajadores en función de su esfuerzo contributivo, del importe de sus cotizaciones; pero no sobre el cómputo de los períodos de carencia, siendo lo más equitativo que les sean reconocidos tantos días cotizados como días de permanencia en situación de alta en la Seguridad Social, con independencia de cuál sea la reducción de la jornada de trabajo y de cómo se distribuya el tiempo de trabajo. Así se conseguiría un tratamiento más homogéneo —en relación al cálculo de los períodos de carencia que dan acceso a las prestaciones, a la determinación del montante de las mismas cuando está vinculado a la extensión del período asegurado, y del cómputo de los períodos en alta a efectos de la duración del desempleo— de las reglas por las que se rige la acción protectora en estos contratos.

Otra cuestión que debería ser abordada en una próxima reforma legislativa sería la relativa a la forma de integrar las lagunas de cotización. La sentencia Calchadora, dictada por el TJUE el 14 de mayo de 2015, y la STC 110/2015, de 28 de mayo, no consideraron que existiera una diferencia de trato injustificada para un trabajador que justo antes de cesar en el empleo que inicia la laguna tenía suscrito un contrato a tiempo parcial, al apreciar que la integración de las lagunas de cotización con las bases por las que se venía cotizando a la Seguridad Social en el momento de cesar dicha obligación es una regla aplicable por igual a los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, que, a mayor abundamiento,

⁵⁰ Entre otros, Maldonado Molina, J.A., “Nulidad por vulneración del principio de igualdad por discriminación indirecta de las reglas de cálculo del porcentaje de jubilación en los trabajadores a tiempo parcial. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº439, 2019, pág. 180.

no se ha acreditado que produzca un efecto discriminatorio para las mujeres⁵¹. Sin embargo, no se puede dejar de observar que la aplicación de esta doctrina puede no ser muy acorde a los principios de contributividad y proporcionalidad, pues se deja al albur de un dato aleatorio, la jornada desarrollada inmediatamente antes del cese, el modo de integración de la laguna de cotización. Sería más adecuado realizar un cálculo promediado, que permitiera alcanzar un mayor grado de correspondencia entre la contribución realizada a lo largo de toda la vida laboral y la prestación reconocida.

Como corolario de lo que se indica hay que resaltar que es habitual que en los casos relacionados con la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, el mecanismo utilizado por los tribunales sea aludir a la existencia de potenciales discriminaciones indirectas por razón de sexo, esencialmente atentatorias al conjunto de Directivas comunitarias aplicables y al artículo 14 CE. Ello concurre nuevamente en una de las últimas sentencias dictadas por el TJUE, la de 24 de febrero de 2022⁵², que considera que el sistema de Seguridad Social español es discriminatorio y atenta a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, en cuanto no reconoce el derecho al desempleo del colectivo de los trabajadores del servicio de hogar doméstico⁵³, integrado casi exclusivamente por mujeres que, a mayor abundamiento, mayoritariamente desarrollan una jornada de trabajo reducida, lo que evidencia y refrenda la apelación a la necesaria reforma de ciertas previsiones de nuestro sistema de protección social, aún ancladas a unos esquemas que no son acordes a principios y derechos fundamentales proclamados tanto en la legislación comunitaria como en la nacional.

7. CONCLUSIONES

Uno de los ejes sobre los que ha girado la reforma laboral de 2021 ha sido introducir un cambio de paradigma en el sistema de contratación español y una nueva forma de entender las relaciones laborales en la empresa, que tiene por objeto mejorar la calidad en el empleo. A este fin coadyuvan toda una serie de modificaciones que, de inicio, no están directamente relacionadas con la

⁵¹ Según la STJUE Calchadora, As. C-527/13, no existe una discriminación por razón de género porque no se dispone de información estadística irrefutable sobre el número de trabajadores a tiempo parcial cuyas cotizaciones se hayan visto interrumpidas o que pusiera de manifiesto que este grupo estuviera mayoritariamente compuesto por mujeres.

⁵² As.C-389/20.

⁵³ A mayor abundamiento, el Parlamento español ha ratificado el 9 de junio de 2022 el convenio 189 OIT, relativo a los Trabajadores/as domésticos, lo que dará un mayor impulso a la corrección de esta discriminación.

contratación a tiempo parcial, pero que, de *facto*, sí que tienen un cierto impacto sobre algunos aspectos de su régimen jurídico y sobre su expansión.

En este contexto, siendo uno de los objetivos más evidentes de los cambios acordados en el marco del diálogo social la potenciación del trabajo fijo discontinuo en nuestro mercado de trabajo, de forma acertada se ha optado por desgajar el trabajo fijo periódico como especie del trabajo a tiempo parcial fijo, y por unificar las dos variables del trabajo fijo discontinuo en el artículo 16 ET. Es decir, aunque los trabajos fijos discontinuos, periódicos y no periódicos, se caracterizan por suponer la disminución de los días de trabajo al año, sus especialidades aconsejan un tratamiento homogéneo, separado del tronco común del trabajo a tiempo parcial, no justificando la certeza o no de las fechas de la prestación efectiva de servicios la instauración de tan artificiosa distinción entre ambas variedades del trabajo fijo discontinuo. Eso sí, ello no obsta a que, a pesar de esta alteración, se considere pertinente la aplicación de los principios generales que derivan de la Directiva 97/81/CE.

La limitación introducida en el artículo 16.5 ET, consistente en que sólo cabrá la realización de trabajos fijos discontinuos a tiempo parcial, en caso de que así sea previsto en los convenios colectivos sectoriales, “*cuando las peculiaridades del sector así lo justifiquen*”, supone un potencial obstáculo a la contratación a tiempo parcial, pudiendo resultar contraria a la cláusula 5.1 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81/CE. Probablemente late en esta restricción la perspectiva de que la contratación fija discontinua a tiempo parcial puede ser un indicio de precariedad y, por ello, de forma coherente con los fines pretendidos con la reforma laboral adoptada, se obstaculiza esta combinación, para conseguir que la regla general sea la contratación fija discontinua a tiempo completo. No obstante, a nuestro juicio, se debería haber valorado con más detenimiento si esta limitación resulta proporcionada al fin pretendido, dado que en bastantes sectores las empresas demandarán la contratación de trabajadores fijos discontinuos a tiempo parcial, para satisfacer sus necesidades de flexibilidad y atender sus requerimientos fluctuantes, y puede resultar desproporcionado condicionar esta opción a que el convenio colectivo sectorial aplicable así lo haya previsto y justificado.

Por otra parte, el RDL 32/2021 ha realizado cambios sustanciales en el régimen jurídico de los contratos formativos, así como una nueva delimitación de sus tipos, que ahora son dos: el contrato de formación en alternancia y el de obtención de prácticas, ocupando la formación teórica y práctica un lugar central en su diseño. Hasta ahora, el artículo 12.2 ET se mostraba tajante y prohibía el desempeño del precedente contrato de formación y aprendizaje con una jornada a tiempo parcial, estimándose que el reparto entre tiempo de trabajo y formación no podía ser efectuado en el marco de una jornada de trabajo de por sí ya reducida, dado que ello dificultaría el cumplimiento de los fines del contrato formativo en cuestión. Sin embargo, el vigente artículo 11 –y de manera correlativa así se reconoce a efectos de cotización en la DA 43ª LGSS–, de forma novedosa contempla que el desarrollo de

todos los contratos formativos puede realizarse con una jornada parcial. En el caso del contrato de formación en alternancia, a nuestro juicio, ello puede resultar lesivo a su objeto y su causa, corriéndose el riesgo de desnaturalizarlo, pues admitir que la jornada de trabajo puede ser aún más recortada puede causar un potencial perjuicio a sus destinatarios y a los objetivos del contrato, que deben estar condicionados por el plan formativo individualizado acordado entre la institución educativa y la empresa y no por otros intereses. Eso sí, en estos supuestos, para reforzar que con la duración de la jornada acordada se cumplen los fines formativos pretendidos con el contrato, se habilita a las instituciones educativas a realizar un control riguroso, debiendo tanto comprobar que el programa formativo acordado y los servicios prestados se alinean y conectan adecuadamente a la causa del contrato, como llevar a cabo un seguimiento estricto a través del proceso de tutorización, de modo que se verifique que tanto los conocimientos teóricos adquiridos como el aprovechamiento práctico son acordes al programa formativo y al itinerario individualizado diseñado. Además, a intensificar esta fiscalización coadyuvará lo dispuesto en el artículo 11.4.h) ET, que establece que la formación práctica inexistente o defectuosa implicará que el contrato es indefinido y a tiempo completo.

Por último, otra de las medidas implantadas al hilo de la reforma laboral de 2021 que puede tener un importante impacto sobre la contratación a tiempo parcial, es la relacionada con la modificación introducida en el artículo 7.2 LISOS, que considera cometida una infracción grave por cada persona trabajadora afectada por la vulneración de la normativa –legal o convencional– sobre contratación. Por ende, estando muy ligado el efecto disuasorio de los incumplimientos a la entidad y costes de las sanciones que se deriven de los mismos, el avance es significativo. Por un lado, ya no se considera una infracción por la totalidad de los trabajadores afectados por el incumplimiento empresarial, sino por cada uno de ellos, y, por otro, el importe de la sanción pasa de oscilar entre 625 y 6.125 euros a entre 1.000 y 10.000 euros, a lo que se sumará que la empresa deberá regularizar la situación en materia de Seguridad Social, modificándose el coeficiente de parcialidad o declarándose el contrato como a tiempo completo y pagando la liquidación de cuotas que se hayan dejado de abonar. En adición, el perfil tuitivo de la Inspección de Trabajo y su rol tendente a garantizar la vigencia real y efectiva de los derechos laborales debe acompañar este cambio legislativo, combinando, tal y como indica su Plan Estratégico 2021-23, su labor de información y asistencia técnica con una mayor contundencia en la exigencia de responsabilidades mediante la extensión de actas de infracción.

A pesar de las reformas realizadas en el RDL 32/2021 y aunque los cambios constantes en el sistema de regulación del trabajo a tiempo parcial han constituido un elemento negativo en su propia evolución, en este momento, empero, hay que subrayar que tanto la normativa como la jurisprudencia comunitaria precisan una pronta intervención del legislador español en algunos aspectos del régimen jurídico de esta modalidad contractual. Fundamentalmente, es necesario intervenir en los

apartados 12.4.e) y 12.5 ET, para garantizar una adecuada transposición de la Directiva (UE) 1152/2019, y en la regulación de su protección social, que presenta ciertos aspectos cuyo encaje con el Derecho Comunitario y con la Constitución Española han sido puestos en entredicho y señalados tanto por el TJUE como por el TC.

Es decir, no se puede dejar de resaltar que tras la adopción de la reforma laboral de 2021, se ha desaprovechado nuevamente la oportunidad de afrontar algunos problemas aún latentes y evidentes que rodean al régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial, tanto desde un punto de vista contractual como prestacional. Por consiguiente, la utilización de esta modalidad contractual como mecanismo de gestión flexible de gestión de recursos humanos, su vinculación a cuestiones relacionadas con el género y la conciliación, y su incidencia en los instrumentos de garantía y suficiencia prestacional desde el sistema de la Seguridad Social, siguen reclamando el abordaje de la mejora de la regulación de esta institución clave en nuestro mercado laboral.

INCIDENCIA DEBILITADORA DE LAS REGLAS DE CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS EN LA ULTRAACTIVIDAD INDEFINIDA

IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ

Profesor Agregado y TU Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

EXTRACTO

Palabras clave: prohibición de concurrencia de convenios colectivos; ultraactividad indefinida; reforma laboral de 2021

Este estudio expone que la doctrina jurisprudencial que admite la concurrencia del convenio colectivo posterior en el tiempo durante la ultraactividad del anterior neutraliza la eficacia material de la ultraactividad indefinida de los convenios colectivos establecida en la reforma de 2021 y critica que no se haya adoptado regla alguna que matice o corrija este criterio del Tribunal Supremo.

ABSTRACT

Key words: collective agreements' concurrence prohibition; collective agreement's expiration period and continuing effect indefinitely; 2021 labour reform

This study, on the one hand, points out that the jurisprudential doctrine that admits the concurrence of the subsequent collective agreement during the period that the previous one has expired neutralizes the effect continued indefinitely of the collective agreements after their expiration established by the 2021 reform; and, on the other hand, it criticizes the fact that no rule has been adopted to nuance or correct this jurisprudential doctrine.

ÍNDICE

1. PRESENTACIÓN
2. REFORMA DE 2012 Y MODALIZACIÓN DEL ART. 86.4 ET: LA “CONTRACTUALIZACIÓN” Y SUS VARIANTES
3. EL RD-LEY 32/2021, LA ULTRAATIVIDAD Y LA CONTRACTUALIZACIÓN
4. LA CONTRACTUALIZACIÓN, PRIORIDAD APLICATIVA Y PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA
5. RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA ULTRAATIVIDAD INDEFINIDA (CON MENCIÓN ESPECIAL AL FIN DE LA PRIORIDAD APLICATIVA SALARIAL -ART. 84.2 ET-)
 - 5.1. Primer escenario: pérdida de vigencia antes del 31 de diciembre 2022
 - 5.2. Segundo escenario: la vigencia pactada del convenio colectivo de empresa se extiende más allá del 31 de diciembre 2022
6. VALORACIÓN FINAL

1. PRESENTACIÓN

Una de las novedades más relevantes 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, ha sido el restablecimiento, con carácter subsidiario (esto es, en defecto de pacto) de la ultraactividad con carácter indefinido del contenido de los convenios colectivos (salvo de las cláusulas relativas a la renuncia de la huelga). Aunque la jurisprudencia había atenuado los efectos derivados de la reforma de 2012, el cambio es oportuno y ha sido acogido positivamente por un amplio sector de la doctrina¹.

No obstante, la Sala IV del Tribunal Supremo (sentencias 8 de enero 2020, rec. 129/2018; 5 de octubre 2021, rec. 4815/2018), entiende que la prohibición de concurrencia de convenios colectivos no persiste durante la ultraactividad. A la luz de este criterio (salvo que sea objeto de algún tipo de modalización), parece que puede concluirse que, en estos casos, la vigencia de las cláusulas una vez expirada la duración pactada podría quedar relegada a un plano muy residual. Y la reforma de 2021, a pesar de la recuperación de la ultraactividad indefinida, no ha adoptado ningún criterio “corrector” al respecto.

El propósito de este (breve) ensayo es abordar esta cuestión, tomando como punto de referencia el régimen normativo a partir de la reforma de 2012

¹ Entre otros muchos, Molina Navarrete, C., “Retorno normativo a la ultraactividad indefinida: ¿cambio que bien merece una reforma o valor simbólico?”, TEMAS LABORALES, 161/2022, p. 390; Morales Ortega, J. M., “Negociación colectiva, impasse negocial y convenio colectivo tras el RD-L 32/2021”, TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO, Monográfico/2022, p. 228; Gordo González, L., “El retorno de la ultraactividad ilimitada: una verdadera derogación de la reforma laboral del año 2012”, LABOS, Vol. 3, Número extraordinario ‘La reforma laboral de 2021’, 2022, p. 130.

(y las reacciones jurisprudenciales “adaptando” sus reglas); y, a continuación, describiendo el escenario presente, a partir de la (breve) exposición de los cambios acaecidos por el RD-Ley 32/2021 y el impacto que sobre la misma tiene el giro acaecido con las citadas resoluciones del Tribunal Supremo de enero 2020 y octubre de 2021.

2. REFORMA DE 2012 Y MODALIZACIÓN DEL ART. 86.4 ET: LA “CONTRACTUALIZACIÓN” Y SUS VARIANTES

La sujeción de la ultraactividad a un plazo de un año fue uno de los cambios normativos más relevantes de la reforma operada por la Ley 3/2012. La posibilidad de que no hubiera un convenio colectivo de ámbito superior aplicable (con los conflictos que la delimitación de este supuesto acarrea, por ejemplo, para el caso de que hubiera más de uno, en términos funcionales y/o territoriales; y, para el caso de que no lo hubiera, qué norma aplicar²), describía un escenario potencial particularmente perjudicial para los intereses de los trabajadores³; y, obviamente, con la fijación de este *ultimátum temporal* (y los efectos anudados), alteraba por completo las dinámicas negociadoras (de aquellas empresas con capacidad para negociar un convenio colectivo de empresa) y el propio equilibrio de fuerzas entre los interlocutores sociales⁴.

Lejos de la atomización esperada⁵, la centralización de la estructura de la negociación colectiva que este nuevo marco precipitó⁶ fue paralela a la “desactivación” jurisprudencial de los efectos más lesivos que la aplicación de estas reglas acarrearán. Y esto fue posible al descartar la adopción de lo que se

² Extensamente, recogiendo las reacciones jurisprudenciales al respecto, Lousada Arochena, J. F., “La ultraactividad tras el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre”, *REVISTA DE DERECHO SOCIAL*, núm. 97, pp. 19–21.

³ Como apunta Mercader Uguina, J. (“El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial ¿punto de llegada o de partida?”), *LABOS*, Vol. 3, Número extraordinario ‘La reforma laboral de 2021’/2022, p. 113), a partir de las reflexiones de Gimeno Díaz de Auri, “No puede, por tanto, afirmarse con la rotundidad que la reforma llevara consigo una devaluación salarial a nivel de empresa con carácter general. Si bien miramos, son las unidades nacidas al calor de la reforma del 2012 las que han deformado sus fines”.

⁴ En este sentido también, Morales Ortega, J. M., “Negociación colectiva...”, *op. cit.*, p. 235. Reafirmando el papel reequilibrante de la reforma, Cruz Villalón, J., “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva”, *LABOS*, Vol. 3, 1/2022, p. 134; y Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant Lo Blanch, p. 17.

⁵ Ver al respecto, Mercader Uguina, J., “El fin de la prevalencia del convenio de empresa...”, *op. cit.*, p. 114.

⁶ Molina Navarrete, C., “Retorno normativo a la ultraactividad indefinida...”, *op. cit.*, pp. 393 y 394.

denominó “tesis rupturista”, por un lado, y la validez de los acuerdos que declaraban el carácter indefinido de la ultraactividad aunque fueran anteriores a la reforma, por otro. Veámoslos a continuación.

- En primer lugar, la Sala IV acudió a una tesis “conservacionista” y acuñó la teoría de la contractualización del convenio colectivo (alterando profundamente su naturaleza jurídica). No obstante, en función de las particularidades del caso, esta teoría fue objeto de diversas matizaciones y ajustes.

Así pues, en primer lugar (a partir de una resolución muy controvertida), proclamó la contractualización “ab origine” (STS 22 de diciembre 2014, rec. 264/2014), afirmando que “cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque –como se ha dicho algunas veces– las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente”. A mayor abundamiento sobre esta doctrina, la STS 14 de febrero 2019 (rec. 3253/2017) añadió que “no cabe sostener (...), que, de aquella interpretación jurisprudencial, se derive que el convenio colectivo ya expirado haya de mantenerse incólume, desplegando sus efectos respecto de los acontecimientos futuros. La dificultad de dar respuesta a los supuestos en que no exista convenio colectivo de ámbito superior se resuelve afirmando que el paquete obligacional, que el contrato de trabajo encierra, queda petrificado en los términos en los que se hallaba en el momento de la pérdida de vigencia del convenio. Insistimos en que esta pérdida de vigencia no permite a la empresa alterar tales condiciones por esa exclusiva causa, pero tampoco es posible que surjan nuevas obligaciones para ella que no hubieran nacido aún al producirse el final de la vigencia”⁷.

No obstante, este criterio fue matizado a su vez, pues, el Alto Tribunal (“modalizando” el sentido de lo que debe entenderse por contractualización “desde el primer minuto”), entendió que, la misma no se producía, en el caso de que hubiera un convenio colectivo de ámbito superior aplicable⁸. En definitiva, daba a entender que la contractualización era un efecto “condicionado”, que permanecía “latente”, a expensas de una circunstancia ajena al propio convenio, pues, dependía de una eventualidad: el “estado” de vigencia del eventual convenio colectivo superior *en el momento* de la pérdida de vigencia del ultraactivo⁹. En tales casos, como ha expuesto recientemente la STS 20 de abril 2022 (rec. 264/2021), dictada

⁷ En términos similares, STS 25 de julio 2018 (rec. 3584/2016).

⁸ SSTs 6 de julio 2016 (rec. 155/2015); y 18 de octubre 2016 (rec. 205/2015).

⁹ En estos términos también, STS 28 de enero 2020 (rec. 1294/2018).

en Pleno, “El legislador al objeto de evitar el vacío normativo que se produciría con la pérdida de vigencia del convenio, establece la aplicación del convenio de ámbito superior que resulte de aplicación. En este caso, no existe una sucesión natural de un convenio de ámbito inferior por otro de ámbito superior, sino una *sustitutio in integrum* del convenio inferior por el convenio de ámbito superior que pasa a ordenar, de manera independiente, las relaciones laborales de la empresa. No existe, pues, contractualización del convenio cuya vigencia ha terminado sino su completa sustitución por el de sector”.

La cuestión es que la riqueza de la realidad de la estructura convencional forzó un nuevo ajuste en esta doctrina, que tuvo que acudir a una granularidad más fina, para aquellos supuestos en los que la existencia de un convenio colectivo de ámbito superior no colmaba las necesidades de regulación material derivadas del fin de la ultraactividad. En consecuencia, la Sala IV admitió una contractualización “espigueada”, esto es, la posibilidad de acudir combinadamente a una petrificación *ab origine* a pesar de la existencia de un convenio de ámbito superior: “salvo en las materias reguladas en el convenio sectorial de ámbito estatal, las demás condiciones de trabajo establecidas con anterioridad en el convenio provincial seguirán siendo de aplicación a los trabajadores afectados por el conflicto, aquéllos que prestaban servicios en empresas guipuzcoanas del sector cuando éste perdió su vigencia, en los términos arriba expuestos, de conformidad con la STS 22-12-2014”¹⁰. La inexistencia de una regulación de materias reactivaba “selectivamente” la contractualización.

Este haz de criterios se ha visto enriquecido recientemente con una nueva “sintonización”. En concreto, para el TS (sentencia 20 de abril 2022, rec. 264/2021), la contractualización *ab origine* (esta es, la acaecida como consecuencia de la finalización de la ultraactividad y la ausencia de un convenio colectivo de ámbito superior aplicable) se “desactiva” en el instante que una norma convencional de estas características entre en vigor. Por consiguiente, la contractualización *ab origine* puede perderse sobrevenidamente.

La “validez práctica” de esta compleja matriz interpretativa (articulada de forma aluvional) está fuera de toda duda, en tanto que permite dar respuesta material a los conflictos concretos a media que se van planteando. Como ha expuesto

¹⁰ STS 23 de septiembre 2015 (rec. 209/2014). Con posterioridad, el Tribunal Supremo, ha dictado (que tenga constancia) 10 sentencias que inciden sobre el mismo tema (todas ellas, en el marco del conflicto suscitado en la empresa AXPE Consulting). En concreto, se trata de las sentencias (3) 5, 6 y 21 de junio, 3, 10 y 25 de julio (rec. 364/2017; rec. 427/2017; rec. 523/2017; rec. 663/2017; rec. 2602/2017; rec. 1300/2017; rec. 2730/2016; rec. 664/2017); 6 y 20 de noviembre 2018 (rec. 584/2017; rec. 2148/2017); y 13 de marzo 2019 (rec. 3797/2016). En todas ellas se aborda la validez de estos tres planteamientos interpretativos brevemente descritos (y en el rec. 427/2017 se formula un Voto Particular), y dadas las circunstancias del caso aplica el criterio de la contractualización “condicionada” o “latente”.

(acudiendo a una interpretación integradora) la recién citada STS 20 de abril 2022 (rec. 264/2021) – recogiendo un planteamiento consolidado: “La claridad de la voluntad del legislador resulta palmaria de la propia construcción normativa y de las exposiciones de motivos de las normas reformadoras. Éstas, con el fin de procurar también una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos, introducen modificaciones respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo. Se pretende, en primer lugar, incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Pero, además, para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una “petrificación” de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año. Parece evidente que a tal finalidad y, especialmente, a la de evitar vacíos normativos responde el mandato legal de aplicación, si lo hubiere, del convenio superior que resultase de aplicación. La solución legal implica tener que establecer si existe o no existe un convenio de ámbito superior y, de existir varios, delimitar cual es, precisamente, el aplicable”.

No obstante, al margen de que esta “maleabilidad hermenéutica” pueda ser calificada como “razonable”, asumiendo que la tesis conservacionista altera la conceptualización de la naturaleza jurídica de los convenios colectivos de eficacia general, no cabe duda que, desde el punto de vista de la coherencia de los conceptos jurídicos, es difícil admitir que un convenio colectivo pueda estar en un mismo instante contractualizado o no (esto es, *ser y no ser a la vez*) y más todavía si lo que precipita el colapso en uno de los dos estadios posibles está condicionado a una eventualidad que afecta a otro “producto negocial”¹¹.

- En paralelo a esta “intervención” que afectaba a la naturaleza de los convenios colectivos de eficacia general, la jurisprudencia neutralizó la acotación temporal de la ultraactividad, dando validez a los acuerdos anteriores a la reforma que la extendían indefinidamente. En efecto, a partir de la literalidad del art. 86.3 ET, entendió¹² que “la excepción a la pérdida de vigencia del convenio se halla en la existencia de pacto suscrito por los legitimados para ello”. Y, en relación al momento en que debe producirse tal pacto expreso de mantenimiento de vigencia del convenio, ha sostenido que “si un convenio colectivo, suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, contiene una cláusula que prevea que una vez finalizado el período de vigencia y denunciado el convenio, permanecerán

¹¹ Molina Navarrete (“Retorno normativo a la ultraactividad indefinida...”, op. cit., p. 398), afirma que esta doctrina se ha articulado con “fundamentos discutibles e incluso criterios hermenéuticos bamboleantes, en exceso pragmáticos u oportunistas”.

¹² Entre otras, SSTS 17 de noviembre 2015 (rec. 321/2014); y 17 de marzo 2015 (rec. 233/2013).

vigentes las cláusulas normativas hasta que se produzca la entrada en vigor de un nuevo convenio que haya de sustituirle, tal cláusula es ‘el pacto en contrario’ al que se refiere el último párrafo del apartado 3 del art. 86 ET”.

En definitiva, a la luz de estos dos factores, la pérdida de vigencia del convenio colectivo transcurrido un año desde el fin de su vigencia una vez denunciado había quedado sustancialmente “matizada”. Y los datos así lo corroboran. Como apunta Rojo Torrecilla¹³, recogiendo un estudio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (publicado en el Boletín del mes de noviembre de 2021) sobre la denuncia y ultraactividad, de 9.135 convenios colectivos firmados por las Autoridades laborales entre el 1 de enero de 2016 y el 30 de junio de 2021, “el 63,7% de los convenios tiene una ultraactividad que se prolonga hasta la firma de un nuevo convenio colectivo”. O, como apunta Molina Navarrete (a partir del análisis de los datos de los últimos años), “desde hace más de media década siempre han sido mayoría las unidades convencionales que mantuvieron el régimen precedente de ultraactividad indefinida”¹⁴.

3. EL RD-LEY 32/2021, LA ULTRAATIVIDAD Y LA CONTRACTUALIZACIÓN

El RD-Ley 32/2021 ha tenido una incidencia profunda sobre el escenario descrito en el epígrafe anterior. No obstante, como se ha avanzado al inicio de este ensayo, en algunos casos, podría tener un efecto “aséptico”, a resultas de la doctrina respecto del fin de la prohibición de concurrencia durante los períodos de ultraactividad.

Antes de abordar esta cuestión conviene detenerse en las novedades legislativas alcanzadas fruto del diálogo social. Como es bien sabido a estas alturas, las novedades del art. 86 ET se ubican en los apartados 3 y 4 (pasando el anterior ap. 4 a ser el ap. 5, con idéntico redactado: “El convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan”).

Los párrafos 1º y 2º del art. 86.3 ET se mantienen inalterados, procediéndose a la supresión de los párrafos 3º y 4º cuyo contenido, con importantes cambios

¹³ Rojo Torrecilla, E. (2022), “Estudio de la reforma laboral de 2021 (V). La restricción de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial y la recuperación de la ultraactividad”, Blog del autor, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021-v.html?msclkid=21e1fba7d0f111ec9e417161a23c9a29> (última consulta: 11/05/2022)

¹⁴ Molina Navarrete, C., “Retorno normativo a la ultraactividad indefinida...”, op. cit., pp. 398 y 399. En términos similares, Gordo González, L., “El retorno de la ultraactividad ilimitada...”, op. cit., p. 136.

han “migrado” al nuevo apartado 4 del art. 86 ET. A diferencia de la regulación anterior, en virtud del nuevo párrafo 3º de este apartado, se mantiene la vigencia del convenio, una vez superado el plazo de 1 año establecido antes de que se activen los procedimientos de mediación/arbitraje que describen los párrafos 1º y 2º del art. 86.3 ET. En definitiva, si no se ha acordado un nuevo convenio, la ultraactividad permanece indefinidamente, salvo pacto en contrario¹⁵.

En paralelo, también debe mencionarse que el art. 86 ET mantiene el desajuste con respecto a la denuncia, ya presente con anterioridad a la reforma¹⁶. En efecto, el apartado 3º se refiere a “una vez denunciado y concluida la duración pactada” y, por otra parte, el apartado 4º afirma que “transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo”. Y, de hecho, reparen que el art. 86.3.2º ET también alimenta este desajuste al afirmar que “las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia” (y no del fin de la vigencia pactada). No cabe duda que este último redactado parte de una concepción manifiestamente impropia de la denuncia, al atribuirle (si se interpreta en su literalidad) un efecto constitutivo que no posee¹⁷. Lo “propio” sería entender que las cláusulas obligacionales relativas a la huelga sólo decaen una vez alcanzada la duración pactada¹⁸. Si no se entendiera así (y nos apegáramos a una interpretación literal de la norma), salvo que se haya

¹⁵ Comparto con Cruz Villalón (“El impacto de la reforma laboral de 2021...”, op. cit., p. 145), que este “pacto en contrario” no debería incluir a los acuerdos anteriores a la reforma de 2021: “pretendiendo la reforma ampliar la ultraactividad y no reducirla, la disposición transitoria vendría a garantizar en todo caso la pervivencia ultraactiva del convenio colectivo, pero que si conforme a las cláusulas del convenio colectivo denunciado se estableciese una ultraactividad más amplia, regirá esta última; por ejemplo, si el convenio denunciado contempla una ultraactividad indefinida será esta la aplicable y no la limitada a la duración de las negociaciones a la que se refiere el art. 86.3 ET”.

¹⁶ Ver al respecto, Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Renovación de convenio colectivo vigente y objeciones a la denuncia tácita”, RTSS-CEF, 339/2016, pp. 15 - 36.

¹⁷ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La relación de trabajo de duración determinada”, REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, 50/1961, pp. 49 y 50.

¹⁸ En este sentido también, Merino Segovia, A., “La restitución de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo denunciado en la reforma laboral 2021”, Briefs AEDTSS (25/01/2022), <https://www.aedtss.com/ultraactividad-de-los-convenios-colectivos-2/> (última consulta: 11/05/2022); y Molina Navarrete, C., “Retorno normativo a la ultraactividad indefinida...”, op. cit., pp. 404 y 405. En cambio, para Morales Ortega, no se da discrepancia alguna entre dichos preceptos (“Negociación colectiva...”, op. cit., p. 236): “Por un lado, como se acaba de indicar, la ultraactividad y, por otro, el procedimiento para el desbloqueo negociador. Por lógica, la ultraactividad no puede operar hasta que el convenio no haya finalizado. Sin embargo, el procedimiento sí puede anticiparse a dicho momento porque, como es sabido, la principal, aunque no única, función de la denuncia es comunicar a la parte contraria la voluntad negociadora y, con ella, iniciarse las negociaciones a fin de evitar un vacío entre convenios –lo que rara vez se produce–. En consecuencia, el cómputo del año debe hacerse desde la denuncia, y no desde la finalización de la vigencia del convenio”.

previsto un plazo para la denuncia con un término inicial, en los convenios de duración superior a un año, cabe denunciar al día siguiente de la entrada en vigor (opción expresamente admitida por la STS 3 de febrero 2015, rec. 318/2013) y, por consiguiente, con que las citadas cláusulas obligacionales decaídas y con la sumisión a los procedimientos de mediación/arbitraje correspondientes un año más tarde. Y todo ello, antes de cumplir con la vigencia pactada.

A la luz del nuevo marco normativo, surge la duda con respecto a la contractualización. Aunque la modalización jurisprudencial descrita anteriormente ha desactivado la idea de que efectivamente se materializa “desde el primer momento” (quedando acotada a situaciones específicas concretas), no cabe descartar que puedan darse situaciones en las que deba seguir acudiéndose a ella. En concreto, podría suceder si los firmantes del convenio acuerdan someter a la ultraactividad a un término y, alcanzado éste, no hubiera un convenio colectivo de ámbito superior aplicable (en tal caso, quizás, debería acudir a la “contractualización condicionada”), o bien, existiendo, no contenga una regulación material suficiente (y, en este, a la “contractualización espigueada”)¹⁹.

Fuera de estos casos, lo cierto es que, es poco probable que esta teoría conservacionista pueda proyectarse en el tiempo.

4. LA CONTRACTUALIZACIÓN, PRIORIDAD APLICATIVA Y PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA

El RD-Ley 32/2021 y del RD-Ley 1/2022 han tenido una afectación quirúrgica sobre el art. 84 ET. La modificación de algunos apartados del art. 84.2 ET no se ha extendido al resto del precepto, manteniéndose inalterada (a los efectos de este ensayo), la regla del art. 84.1 ET. Así pues, en virtud de este artículo (y sin

¹⁹ Lousada Arochena (“La ultraactividad tras el Real Decreto Ley 32/2021...”, op. cit., p. 24) entiende que “se podría resolver declarando la nulidad de la defectuosa cláusula de ultraactividad a plazo y aplicando el régimen legal supletorio implementado por la Reforma de 2021, o se podría resolver volviendo a la vida, con todas sus incertidumbres, la jurisprudencia acerca de la contractualización fraguada bajo la Reforma de 2012. Aquí la interpretación de la voluntad real de las partes es decisiva”. Adoptando otro posicionamiento, Molina Navarrete (“Retorno normativo a la ultraactividad indefinida...”, op. cit., p. 404), en cambio, entiende que, en estos casos, “las soluciones deberían venir por otra vía, como los ya referidos procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, y no esta construcción, de hondas raíces civilistas, pero poco conciliables con la naturaleza jurídica de los convenios como normas jurídicas y como pilares esenciales del ordenamiento jurídico-laboral”. Y, en términos similares, Morales Ortega (“Negociación colectiva...”, op. cit., p. 236), afirma que “cabe la posibilidad de articular mecanismos neutralizadores de dichos efectos. Y, entre ellos, está el importante papel, que deben jugar los convenios sectoriales y los acuerdos marco para dar cobertura a los vacíos convencionales existentes, en estos casos, en los ámbitos inferiores”.

perjuicio de lo que pueda acordarse *ex art.* 83.2 ET), un convenio colectivo de empresa puede configurar (sin acudir a la prioridad aplicativa que habilita el art. 84.2 ET) una unidad de negociación anterior en el tiempo al convenio colectivo del sector. En tal caso, todas sus disposiciones (incluidas las relativas a la materia salarial) prevalecerían sobre las previstas en el sectorial a pesar de la reforma del art. 84.2 ET.

La cuestión es que, como se ha avanzado, la reforma de 2021 no ha impedido que el cambio de doctrina sobre la prohibición de concurrencia tenga un efecto neutralizador profundo sobre la ultraactividad de los convenios colectivos en caso de concurrencia.

En concreto, en virtud de las SSTS 8 de enero 2020 (rec. 129/2018); y 5 de octubre 2021 (rec. 4815/2018), la Sala IV ha establecido que la prohibición de concurrencia de convenios colectivos no se extiende a los períodos de ultraactividad²⁰. Por consiguiente, como se resuelve en este último caso, un convenio colectivo de empresa está facultado para establecer una jornada superior (1.808 horas anuales) a la prevista en el convenio colectivo sectorial anterior en el tiempo (1.776 horas anuales) que, al tiempo de la firma del convenio colectivo de empresa, se encuentra en situación de ultraactividad por aplicación de las normas sobre vigencia establecidas en el propio convenio. En opinión del Alto Tribunal (de forma controvertida), se trata de una línea interpretativa “comúnmente aceptada en el ámbito científico y jurisprudencial”²¹.

Así pues, a partir de la argumentación esgrimida por el Tribunal Supremo, la prevalencia del convenio colectivo de empresa derivada del art. 84.1 ET se perdería en favor del convenio colectivo del sector en el momento que el primero se encontrara en una situación de ultraactividad (no así, si se “protegiere” a través de la prórroga o que lo haya habilitado el sectorial a través del art. 83.2 ET²²). O, como apunta Cruz Villalón, “a resultas de esa decadencia, procede aplicar el convenio posterior en el tiempo, pues es el que se encuentra plenamente vigente en su período de aplicación ordinario pactado; dicho de otro modo, a partir de ese

²⁰ De hecho, se fundamenta en el contenido de la STS 2 de febrero 2004 (rec. 3069/2002) que afirma que “tal y como acertadamente se razona en la sentencia recurrida, con cita de nuestra sentencia de 23 de octubre de 1.995 (rec. 2054/94) la garantía contra la afectación que establece el número 1º del artículo 84 de la misma norma no resulta aplicable en esa situación del Convenio, ‘pues la ultraactividad que este precepto genera no es confundible con la vigencia a que se refiere el artículo 84 del mismo cuerpo legal, referida al ámbito temporal pactado. Conclusión distinta supondría la ‘petrificación’ de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes”.

²¹ Unanimidad (de la doctrina y de la jurisprudencia) que ha sido cuestionada por Molina Navarrete, C., “Retorno normativo a la ultraactividad indefinida...”, *op. cit.*, pp. 396 y 397.

²² sí lo han ratificado las SSTS (2) 27 de enero 2022 (rec. 30/2020; y rec. 33/2020).

momento pasa a regir el principio inverso de la aplicación preferente del posterior en el tiempo”²³.

Y, cerrando el ciclo, en la medida que “el efecto de la prohibición de concurrencia, por tanto, no es la nulidad del nuevo convenio colectivo, sino la declaración de su inaplicación mientras esté vigente el anterior” (STS 5 de octubre 2021, rec. 4815/2018), también podría suceder que el convenio colectivo de empresa registrado durante la vigencia del convenio colectivo sectorial entrara en vigor durante la ultraactividad del convenio colectivo anterior del sector, en cuyo caso, prevalecería su contenido íntegro (incluido el salarial) en virtud del art. 84.1 ET. Lo mismo, obviamente, sucedería si el convenio colectivo se registrara durante la ultraactividad del sectorial y antes de su registro (en cambio, si el sectorial ya estuviera registrado, estaría limitado por las reglas del art. 84.2 ET).

De este modo, la doctrina de las SSTs 8 de enero 2020 (rec. 129/2018) y 5 de octubre 2021 (rec. 4815/2018) “corrigen” la contenida en la STS 30 de diciembre 2015 (rec. 255/2014) y que establecía lo siguiente: “Esta prohibición de concurrencia persiste, una vez finalizada la vigencia pactada del convenio y durante el periodo de ultraactividad del mismo, puesto que durante dicho periodo de ultraactividad se mantiene la expectativa de la negociación de un nuevo convenio colectivo y la jurisprudencia ha protegido en tales casos la unidad de negociación preexistente”. Como expone Lousada Arochena²⁴, el cambio de 2015 tenía su lógica, pues, “la jurisprudencia anterior en sentido contrario se había fraguado bajo el imperio de una ultraactividad indefinida e imperativa (la establecida en la redacción originaria del ET) que dificultaba la apertura de nuevas unidades negociales en un momento de transición en el cual la negociación colectiva democrática era incipiente, desestructurada y débil; pero desde la Reforma de 1994 la ultraactividad no es imperativa, sino que es facultativa; y a la época de dicha STS la negociación colectiva ya está estructurada con unidades negociales consolidadas”.

No obstante, para un sector de la doctrina²⁵, este criterio del Alto Tribunal de 2015 seguiría siendo válido en los casos de afectación de un convenio de sector a uno de empresa (manteniéndose estas unidades de empresa si la afectación es descendente), siempre que, como apuntó esta misma doctrina jurisprudencial en 2015, se constate una negociación con voluntad de alcanzar un acuerdo²⁶.

²³ Cruz Villalón, J., “Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia”, TEMAS LABORALES, 161/2022, p. 50.

²⁴ Lousada Arochena, J. F., “La ultraactividad tras el Real Decreto Ley 32/2021...”, op. cit., p. 21.

²⁵ Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva...*, op. cit., p. 40; y Mercader Uguina, J., “El fin de la prevalencia del convenio de empresa...”, op. cit., p. 117.

²⁶ Lahera Forteza (*La negociación colectiva...*, op. cit., p. 40) en concreto, entiende que “la jurisprudencia trata, así, de evitar una petrificación de la estructura de negociación colectiva y, a

Una objeción a este planteamiento es que, a los efectos de la concurrencia, el ET no discrimina entre convenios colectivos de empresa y de ámbito superior. De modo que, sostener que la prohibición de concurrencia durante la ultraactividad sólo es predicable si promueve la atomización de la negociación colectiva es, cuanto menos, controvertido (especialmente, si se tiene en cuenta que la reforma de 2021 ha querido dar un impulso al convenio colectivo sectorial).

En definitiva, es obvio que las reglas que contienen los arts. 84.1 y 86.4 ET se hallan en conflicto. Y, modestamente, estimo que hay argumentos para rebatir el último criterio de la Sala IV de 2021:

- En primer lugar, porque, desde un punto de vista finalista, estimo que la prohibición de concurrencia durante la ultraactividad es el criterio más respetuoso con el propósito perseguido por ambos preceptos (o, al menos, es el que consigue respetarlos conjuntamente en un grado superior).

- En segundo lugar, repárese que el art. 86.4 ET, para el caso de que no haya pacto en contrario, está formulado en términos imperativos (“Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, *se mantendrá* su vigencia”). De modo que admitir la posible invasión efectiva e inmediata de otro convenio estaría contradiciendo abiertamente este mandato.

- En tercer lugar, pudiéndose pactar “distintos periodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio” (art. 86.1 ET), si durante la ultraactividad se admite la concurrencia se plantearía una conflictividad extrema.

- En cuarto lugar, salvo que se pretenda que la renovación sea efectiva al día siguiente del fin de la vigencia acordada, la concurrencia durante la ultraactividad podría calificarse, incluso, como un posible atentado a la autonomía colectiva (en cualquier ámbito negocial), porque impide *de facto* que lo que se esté negociando una vez decaído el convenio pueda materializarse (salvo que se entienda que está reservado para mejorar lo que ya esté “ocupado” por otra unidad de negociación; o para el caso de que el convenio invasor decaiga).

- En quinto lugar, la posibilidad de que, tras la terminación de la vigencia pactada, se reconozca explícitamente a las partes la posibilidad de “adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que (...) se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa” (art. 86.3 ET), quedaría en estos casos desprovista de todo

la vez, proteger unidades convencionales con expectativas de negociación. No parece lógico, en este tipo de equilibrio, taponar la creación de unidades convencionales de empresa que invadan el ámbito sectorial, cuando decaen la vigencia pactada o prorrogada de los convenios aplicables, pues es contrario a la finalidad de las reformas 2011, 2012 y 2021 de descentralización de la negociación colectiva en la empresa”.

contenido. Y, complementando un aspecto apuntado con anterioridad, la referencia explícita al “sector” en este precepto corroboraría la idea de que el Legislador no está pensando en un régimen diferenciado con respecto al convenio de empresa.

- En sexto lugar, y frente a esta batería de argumentos, podría contraargumentarse que las reglas del art. 86 ET están pensadas para situaciones en las que, precisamente, no hay concurrencia conflictiva. No obstante, el hecho de que el art. 86.4 ET afirme que el convenio colectivo “mantiene su vigencia” es lo que impide que el art. 84.1 ET pueda desplegarse (pues, explícitamente habla de la prohibición de concurrencia “durante su vigencia”). Entender que “mantener *la vigencia*” apela a una “*vigencia*” diferenciada a la prevista en el art. 84.1 ET resulta, modestamente, una aproximación ciertamente forzada (especialmente, en un contexto en el que, superada la primera fase de la etapa democrática, la estructura negocial y las unidades negociales son maduras y están asentadas)²⁷. Además, de nuevo, afirmar que algo puede “ser y no ser” a la vez denota una “plasticidad” conceptual impropia de la dogmática jurídica.

Es claro que el criterio que se defiende en estas líneas puede contribuir a dar continuidad a los denominados convenios “oportunistas” o “sospechosos” vigentes con anterioridad a la reforma²⁸. No obstante, no parece que este sea un factor que debilite el planteamiento que se acaba de exponer (o, al menos, no con suficiente fuerza), pues, partiendo de la base de que no son la regla general, debe recordarse que existen vías para perpetuar estos “productos negociales” (por ejemplo, a través de su prórroga – sin perjuicio, de su posible revisión); y, además, como se apuntará a continuación, la extrema exposición a la que quedan sometidas las unidades de negociación a resultas del último criterio del Tribunal Supremo (salvo que se admita la excepción de la afectación descendente), precisamente, lo que promueve son estrategias dirigidas a la “petrificación” (especialmente, en aquellos ámbitos en los que las ventajas competitivas y la supervivencia empresarial estén anudadas a la devaluación de las condiciones de trabajo).

No obstante, sin perjuicio de que se ha perdido una oportunidad para concretar cuándo un convenio colectivo es *primero en el tiempo*²⁹, como apunta

²⁷ En términos similares, Lousada Arochena, J. L., “La reforma de la negociación colectiva en el real decreto ley 32/2021, de 28 de diciembre”, REVISTA DE DERECHO SOCIAL Y EMPRESA, en prensa, Autor que, además, añade (con acierto) que, tras diversas reformas, ya no puede seguir manteniéndose que “cuando el artículo 86.3 se refiere a la ultraactividad, el término vigencia se usa en sentido técnicamente erróneo pues se quiere referir a la eficacia, mientras que, cuando el artículo 84.1 se refiere a la prohibición de concurrencia, el sentido es diferente y técnicamente correcto”.

²⁸ Mercader Uguina, J., “El fin de la prevalencia del convenio de empresa...”, op. cit., pp. 113 y 114.

²⁹ Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva...*, op. cit., pp. 38 y 39. Autor que apunta que entre las diversas opciones, fecha de la firma, de la solicitud de registro o de la publicación oficial, la segunda es la más razonable.

Cruz Villalón³⁰, las reglas de la prioridad aplicativa (provisional) en el tiempo del primer convenio colectivo tienen serias dificultades para atender a la extraordinaria variabilidad de situaciones (con el añadido que, si la ventaja competitiva de una empresa radica en los costes salariales, es probable que el incentivo para jugar con estas reglas se multiplicará a partir de la derogación del apartado a) del art. 84.2 *ex* RD-Ley 32/2021)³¹. Así, en respuesta a alguna de la sugerente batería de dudas que el nuevo marco interpretativo suscita y que el citado autor plantea, en mi modesta opinión, para el caso de que ambos convenios (el anterior y el posterior) estuvieran en ultraactividad, no parece (siguiendo el criterio del TS vigente y que aquí se critica) que el segundo (al no estar “vigente”) cumpla con los requisitos para poder “imponerse en un tiempo posterior”. Y, tampoco creo que una renovación del convenio anterior ultraactivo pueda “recuperar su espacio” si ya ha entrado en vigor el posterior en el tiempo. En definitiva, para que surja efectos (reitero, de acuerdo con la última jurisprudencia), entiendo que una eventual prórroga o renovación debería materializarse durante la vigencia convencional.

Al margen de estas últimas cuestiones, y para concluir con este epígrafe, entendiendo (salvo error o mejor doctrina) que la concepción defendida por la STS 30 de diciembre 2015 (rec. 255/2014) se ha superado, es obvio que el mantenimiento de las cláusulas del convenio denunciado (y expirada su vigencia) se ve neutralizado si se da una concurrencia conflictiva de convenios. En estos casos, si la ultraactividad ya no describe un “espacio protegido” (con capacidad “refractaria” a la “intrusión” del convenio posterior), la vigencia de su contenido podría no poderse desplegar en absoluto³². Y tampoco parece que, en estos casos, aunque las condiciones salariales del convenio posterior sean peores, pueda acudir a la contractualización del convenio decaído (o, al menos, esta opción no encajaría en ninguna de las alternativas interpretativas a la contractualización *ab origine* anteriormente descritas).

³⁰ Cruz Villalón, J., “Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia”, *op. cit.*, p. 51.

³¹ También se ha apuntado que “si nada se regula a través de los instrumentos del art. 83.2 ET, regiría la norma de concurrencia clásica de preferencia del convenio prior in tempore. Lo cual, sin duda, arrastraría a un complicado casuismo de situaciones diversas, pero que desde luego está mediatizado por la evolución que ha sufrido la negociación colectiva a partir de 2012 bajo la égida de las reglas derivadas de la reforma de ese año. Es decir, el mandato del art. 84, apartado primero, surtirá unos efectos diferentes a los que podría haber surtido años atrás. Y, si se me permite el añadido, bastante más imprevisibles”. Cabeza Pereiro, J., “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, *Net21*, 8/2022, <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2022/01/PRIORIDAD-APLICATIVA-DE-CONVENIOS-Y-REGLAS-TRANSITORIAS-1.pdf?msclkid=7285f1c4d11b11ec9cfcfab8d4fc4e25> (última consulta: 11/05/22)-

³² En términos similares Molina Navarrete, C., “Retorno normativo a la ultraactividad indefinida...”, *op. cit.*, p. 397.

De hecho, la incidencia de la doctrina del Tribunal Supremo es tan profunda en estos casos que redefine por completo las estrategias negociadoras (forzando una anticipación de la negociación, antes de la pérdida de la vigencia; o bien, desistiendo de hacerlo por estar ocupado el espacio y/o forzar una negociación al alza). La ausencia de normas explícitas en la reforma de 2021 sobre esta materia, en definitiva, debilita uno de los sus propósitos más ambiciosos, pues, las unidades de negociación están sometidas a una exposición tan extrema que provoca que, si no se quiere evitar una oscilación “cíclica” en determinadas condiciones de trabajo (y, especialmente, en las salariales), una vez ocupado el espacio, el incentivo para tratar de petrificar dichas unidades (e impedir la invasión de convenios posteriores) es mayor si cabe. Lo que iría en contra de lo que la doctrina del Alto Tribunal, precisamente, aspira a evitar. Y, al respecto, si el aspecto finalístico es el que (como se acaba de exponer) ha justificado una interpretación “forzada” del término “vigencia”, este mismo propósito debería, al menos, suscitar la necesidad de replantear una doctrina que, de acuerdo con el comportamiento estratégico de los destinatarios de la norma, podría acabar convirtiéndose en su principal acicate. Ante la inexistencia de reglas explícitas al respecto (por ejemplo, protegiendo la ultraactividad de la “invasión” durante un período de tiempo acotado), esta potencial inestabilidad, no obstante, podría mitigarse sustancialmente si, en virtud del art. 83.2 ET, se opta por articular una estructura de concurrencia convencional que atienda a esta cuestión³³.

5. RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA ULTRAATIVIDAD INDEFINIDA (CON MENCIÓN ESPECIAL AL FIN DE LA PRIORIDAD APLICATIVA SALARIAL -ART. 84.2 ET-)

El legislador ha querido que la ultraactividad indefinida se extienda, incluso, a los convenios colectivos que están siendo objeto de negociación a partir de la entrada en vigor del RD-Ley 32/2021. Así lo proclama su DT 7^a³⁴.

En paralelo, mención especial debe hacerse a la transitoriedad relativa a la modificación operada en el art. 84.2 ET. Como se sabe, el RD-Ley 32/2021 ha suprimido el antiguo apartado a) del art. 84.2 ET (que rezaba como sigue: “La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa”). Este cambio (que –aunque poco

³³ En este sentido también, Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva...*, op. cit., pp. 42.

³⁴ Regla que, como expone Lousada Arochena (“La ultraactividad tras el Real Decreto Ley 32/2021...”, op. cit., pp. 27 y 28), puede plantear problemas interpretativos con respecto del alcance de las cláusulas de ultraactividad pactadas con anterioridad a la reforma de 2021 y que, o bien, se limiten a remitirse al art. 86.3 ET (lo que podría entenderse que las partes acordaron someterse al régimen de ultraactividad vigente en cada momento); o bien, manifestando una voluntad explícita, reprodujeran la literalidad de la norma anterior al RD-Ley 32/2021.

probable— nada impediría que se reestableciera por la vía del art. 83.2 ET *ex ap. f* del art. 84.2 ET³⁵), no ha afectado a toda la dimensión salarial, pues, la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa se mantiene con respecto a otros aspectos retributivos como los descritos en el actual apartado a) [anterior apartado b)]: “El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos”.

Al margen de las vías para apartarse de los efectos derivados de supresión del citado ap. a) del art. 84.2 ET (y que han quedado incólumes —según las circunstancias, el descuelgue salarial *ex art. 82.3 ET* y/o bien una modificación sustancial de las condiciones de trabajo *ex art. 41 ET*—), el posible impacto en el alza de los salarios podría materializarse diferidamente de acuerdo con la DT 6ª RD-Ley 32/2021. En concreto, dispone lo siguiente (en aras a la claridad de la exposición que sigue, se reproduce en su integridad):

“1. Sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1, la modificación operada en el apartado 2 de dicho precepto por el presente real decreto-ley resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley.

2. Las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras.

3. Los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores por la presente norma en el plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición”.

Antes de proceder al análisis de estas reglas conviene hacer cinco apuntes previos:

- En primer lugar, la expresión “sin perjuicio” con la que empieza el ap. 1 (entendida como “dejando a salvo”), está referida a los convenios vigentes

³⁵ Como apunta Mercader Uguina (“El fin de la prevalencia del convenio de empresa...”, *op. cit.*, p. 120): “Una puerta que, aunque presumimos no será abierta con regularidad, sí posibilita el desarrollo de una descentralización centralmente coordinada o, si se prefiere, una descentralización organizada que permita, de este modo, un reajuste de la estructura de la negociación colectiva, orientada desde los niveles superiores, a través del reparto de tareas y en función de las capacidades negociadoras”.

que han acudido al art. 84.1 ET. Por consiguiente, quedan fuera de su ámbito de aplicación³⁶.

- En segundo lugar, la referencia explícita a la “vigencia expresa” (ap. 1) implica que la regla transitoria no es de aplicación a los “convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor” que estén en ultraactividad o de prórroga automática o sucesivamente pactada³⁷.
- En tercer lugar, aunque la norma no lo especifique, esta regla de transitoriedad no es de aplicación en el caso de que el convenio colectivo de empresa posterior en el tiempo ya esté previendo condiciones salariales superiores a las del sector³⁸.
- En cuarto lugar, es importante tener en cuenta que, en la medida que haya empresas cuya política salarial (a la baja) les otorgue una ventaja competitiva, éstas tendrán un poderoso incentivo para tratar de dilatar al máximo la entrada en vigor del nuevo art. 84.2 ET.

Al margen de esta última cuestión que, ciertamente, no es plenamente “disponible” (pues, está determinada por el cumplimiento de un lapso temporal máximo), el juego combinado de los ap. 1 y 3 describirían, *a priori* (salvo mejor doctrina), dos posibles escenarios (sin perjuicio de lo que se apuntará en relación al ap. 2), teniendo en cuenta que, a los efectos de la incidencia de las reglas que contiene, la citada DT 6ª distingue entre “aplicación” y “adaptación”³⁹. A continuación, su exposición.

5.1. Primer escenario: pérdida de vigencia antes del 31 de diciembre 2022

Podría suceder que el convenio colectivo de empresa pierda su vigencia antes del año al que hace referencia el ap. 1 (esto es, antes del 31 de diciembre de 2022). En tal caso, estaría en ultraactividad y deberá evaluarse cómo se combinan las reglas del art. 86.4 ET (y el plazo de un año que prevé antes de la “activación” de la mediación) con el contenido del citado ap. 3.

El hecho de que el salario forme parte del contenido del convenio de empresa ultraactivo plantea la duda respecto de si debe mantenerse en el tiempo (y, en

³⁶ Comparto el criterio de Mercader Uguina, J., “El fin de la prevalencia del convenio de empresa...”, op. cit., pp. 124. Y que también recoge Lousada Arochena, J. L., “La reforma de la negociación colectiva ...”, op. cit.

³⁷ Cruz Villalón, J., “El impacto de la reforma laboral de 2021...”, op. cit., p. 137.

³⁸ Comparto el criterio de Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva...*, op. cit., pp. 45.

³⁹ Sáez Lara, C., “Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva”, TEMAS LABORALES, 161/2022, p. 353.

tal caso, durante cuánto), en un contexto en el que, como se acaba de exponer el Tribunal Supremo (sentencia 5 de octubre 2021, rec. 4815/2018) ha establecido que la prohibición de concurrencia de convenios colectivos no se extiende a los períodos de ultraactividad.

Podría entenderse, por consiguiente, que el ap. 3 DT 6ª RD-Ley 32/2021 prevé (“simplemente”) un proceso de negociación dirigido a reequilibrar el contenido del convenio. No obstante, no parece tener mucho sentido, cuando la vigencia acordada ha finalizado y se ha iniciado un período de negociación “ordinario” del nuevo convenio (que, lógicamente, está sujeto al principio de modernidad).

Podría considerarse entonces que, a pesar de la situación de ultraactividad (y, por consiguiente, la prevalencia del convenio colectivo sectorial en términos salariales), la prioridad aplicativa salarial del convenio colectivo de empresa se mantendría (excepcionalmente) durante como máximo 6 meses. En definitiva, se estaría “conteniendo” los efectos derivados de la aplicación de la citada regla jurisprudencial de enero de 2020 y octubre de 2021 para facilitar el tránsito al nuevo marco salarial.

En este escenario, el contenido del ap. 2 operaría a modo de “advertencia”, para evitar la tentación empresarial de buscar un “reequilibrio” que compense la subida salarial. No obstante, dado que el citado ap. 2 no está sometido a plazo alguno, sería desproporcionado que esta regla prohibitiva se predique indefinidamente. Lo que sugiere que podría “afectarse” a los derechos y condiciones más beneficiosas reconocidos a través de las vías legales ordinarias habilitadas (debiéndose entender que la causa que las justifique no podría estar exclusivamente asociada al cambio legislativo introducido en el art. 84.2 ET)⁴⁰.

En cualquier caso, y salvo que se prevea otra cosa en virtud del art. 83.2 ET, no debe olvidarse que durante la ultraactividad del convenio colectivo de sector y antes de que fuera registrado, podría registrarse un convenio colectivo de empresa cuyo contenido íntegro (incluido lo relativo al salario) prevalecería en virtud del art. 84.1 ET. O también, durante la vigencia del convenio colectivo sectorial podría acordarse un convenio colectivo de empresa con cláusulas que, sin apelar a la prioridad aplicativa del art. 84.2 ET, desplegaran sus efectos para cuando el convenio colectivo sectorial entrara en ultraactividad (prevaleciendo íntegramente en virtud del citado art. 84.1 ET).

⁴⁰ Al respecto Cruz Villalón (“El impacto de la reforma laboral de 2021...”, op. cit., p. 138), afirma: “me provoca mucha mayor perplejidad la formal afirmación de que en estos casos tampoco se aplicarán las tradicionales reglas de compensación y absorción; creo que en este punto el legislador simplemente no ha reflejado con precisión técnica lo que ha pretendido incluir en esta disposición transitoria”.

5.2. Segundo escenario: la vigencia pactada del convenio colectivo de empresa se extiende más allá del 31 de diciembre 2022

En el caso de que el 31 de diciembre 2022 el convenio colectivo de empresa siga estando vigente, el fin de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en términos salariales puede plantear un verdadero desajuste en el equilibrio de lo acordado por las partes negociadoras.

En este sentido, cabrían también dos opciones interpretativas (avanzando que, estimo que la segunda es más adecuada):

– *Primera interpretación posible:*

Podría entenderse que el 31 de diciembre 2022 debe ajustarse el salario obligatoriamente y de forma automática⁴¹.

En este escenario, el juego de los ap. 2 y 3 de la DT 6ª RD-Ley 32/2021 plantean también dudas interpretativas. Si la aplicación del nuevo art. 84.2 ET no puede “afectar” a ningún derecho o condición más beneficiosa, podría no encajar con la idea de que la norma prevea un marco temporal para negociar el reequilibrio de lo pactado (pudiendo afectar en consecuencia a los derechos reconocidos).

Téngase en cuenta que el ap. 3 está formulado en términos imperativos, de modo que debe dilucidarse qué sucedería si, en el plazo de 6 meses no se consigue la pretendida adaptación, cuando ya se ha aplicado automáticamente el ajuste salarial (que es lo que, precisamente, parece imponer el ap. 3).

Por consiguiente, si se sigue esta interpretación (esto es, que el ajuste salarial es obligatorio y automático a partir del 31 de diciembre de 2022), el ap. 3 quedaría vacío de contenido (salvo que se entienda que la “adaptación” es una mera formalidad que afecta a la redacción del convenio sin más).

– *Segunda interpretación posible:*

El ajuste salarial no es aplicable hasta, como máximo, el 30 de junio 2023 (6 meses a contar del 31 de diciembre 2022). En tal caso, se abre un espacio de negociación desde el 31 de diciembre 2022 dirigido a “adaptar” el contenido del convenio colectivo de empresa, partiendo de la base de que el salario debe ser el previsto en el convenio sectorial.

En este contexto, que parece, como he avanzado, el más razonable, el contenido del ap. 2 también plantea algunas dudas, pues, la “adaptación” del convenio podría no ser fácil si no es posible “afectar” a los derechos y condiciones más beneficiosas. O, dicho de otro modo, el margen de “adaptación” que se habilita (salvo que esté equivocado) sería muy residual (sin perjuicio, *a priori*, de las vías

⁴¹ En este sentido, Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva...*, op. cit., pp. 43; y Lousada Arochena, J. L., “La reforma de la negociación colectiva...”, op. cit.

ordinarias, sin posibilidad de alegar como causa la propia modificación del art. 84.2 ET).

Si, llegado este plazo, no se ha alcanzado un acuerdo, debe entenderse que automáticamente se aplicaría el ajuste salarial exigido por el convenio colectivo sectorial.

6. VALORACIÓN FINAL

EL RD-Ley 32/2021 ha pretendido reajustar el equilibrio de fuerzas en la negociación colectiva y el restablecimiento de la ultraactividad indefinida tiene reservado un papel determinante en este proceso (aunque, ciertamente, con los datos actuales puede afirmarse que la reforma de 2012 ha acabado teniendo una incidencia menor de la esperada al respecto).

No obstante, si las unidades de negociación pueden verse reemplazadas durante la ultraactividad (incluso, aunque haya una voluntad manifiesta de llegar a un acuerdo), el reequilibrio de fuerzas pretendido puede verse desestabilizado profundamente, no sólo porque acota los tiempos para tratar de alcanzar un acuerdo que evite el fin de la vigencia de los convenios (si no se ha previsto), sino también porque somete a dichas unidades a una exposición extrema e incrementa los incentivos para petrificarlas a toda costa. Especialmente porque la variabilidad cíclica de las condiciones de trabajo en caso de no hacerlo puede ser muy superior a la que sería deseable. Siguiendo la exposición de Farnsworth, los Tribunales tienen dos formas de afrontar un problema. Pueden adoptar una perspectiva *ex post*. Es decir, “mirar retrospectivamente sobre un infortunio u otro evento cualquier una vez que ya ha ocurrido y decidir qué hacer al respecto o cómo desfacer el entuerto”. Pero también puede adoptar una perspectiva *ex ante*. Esto es, “mirar prospectivamente y preguntarse qué efectos tendrá en el futuro una decisión sobre el caso - sobre partes que van a encontrarse en situaciones similares y no han decidido todavía qué hacer, y cuyas acciones quizás vendrán influidas por las consecuencias que la ley anude a tales decisiones”⁴². Pues bien, modestamente creo que la Sala IV debería tener muy presente esta segunda perspectiva: no es descartable que el intento jurisprudencial dirigido a evitar la petrificación, paradójicamente, pueda acabar teniendo como efecto “marginal” un incremento de la misma.

Sin perjuicio de que se acabe imponiendo una articulación de una estructura convencional de la concurrencia *ex art.* 83.2 ET, quizás, hubiera sido más oportuno una mínima previsión normativa. En todo caso (y, especialmente, ante la dificultad de anticipar el futuro), el paso del tiempo nos permitirá observar si los incentivos de los agentes implicados se materializan en estrategias que promueven la atrofia

⁴² Farnsworth, W., *El analista jurídico*, Aranzadi, 2021, p. 25.

de estas reglas (y emergen indeseados comportamientos oportunistas por encima de lo tolerable), o bien, se impone una solución de equilibrio respetuosa con la autonomía colectiva y los intereses de los representados.

EL CONTRATO ARTÍSTICO: ENTRE LA TEMPORALIDAD Y LA PERMANENCIA EN EL MARCO DE LA REFORMA LABORAL 2021

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA
*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social*
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Artistas, contratación temporal, contrato indefinido, contrato fijo-discontinuo, despido

No obstante la sustitución del contrato por obra y servicio determinado por el fijo-discontinuo, el legislador ha debido mantener algunas figuras muy próximas a aquel en los sectores de la construcción y de la ciencia. En el sector artístico, ordenado por el RD 1435/1985, se ha producido un fenómeno parecido. Sobre temporalidad y permanencia en los contratos de artistas trata este Estudio, si bien centrado en determinado personal del Instituto Nacional de Artes Escénicas y de la Música, así como en quienes trabajan en los espectáculos de Parques de Atracciones. El análisis de un sector tan amplio ha requerido una acotación importante ante el peligro de dispersión y de múltiples conclusiones de poco provecho.

En 2020 la jurisprudencia había sancionado la aplicación sin especialidades del art. 15 ET a los bailarines y profesores de música del INAEM, impulsando así el contrato indefinido y cuestionando el contrato temporal. Por otro lado, el contrato fijo-discontinuo venía encontrando no pocas dificultades para establecerse con naturalidad en el trabajo artístico de Parques de Atracciones, pese a mostrar con suficiente solvencia su carácter de cíclico o periódico. Estas situaciones paradójicas son las que sirven para reflexionar, una vez más, sobre el principio de causalidad en los contratos temporales y la dificultad para alcanzar una regulación clara y que ofrezca seguridad jurídica.

ABSTRACT

Key words: Artists, temporary contracts, permanent contract, fijo-discontinuo contract, dismissal

Despite the replacement of the contract for specific work and services by the 'fijo-discontinuo' (a full or part time contract for an indefinite period), the legislator has had to retain some forms that are closely related to the former in the construction and science sectors. A similar phenomenon has occurred in the artistic sector, regulated by RD 1435/1985. This study deals with temporariness and permanence in artists' contracts, although it focuses on certain personnel working for the 'Instituto Nacional de Artes Escénicas y de la Música', as well as those working in entertainment shows in amusement parks. The analysis of such a wide-ranging sector has required an important delimitation in view of the risk of fragmentation and the drawing of multiple conclusions of little benefit.

In 2020, case law approved the application without specificity of art.15 ET to INAEM dancers and music teachers, thus promoting the permanent contract and questioning the usefulness of temporary contracts. On the other hand, the 'fijo-discontinuo' contract had been encountering many difficulties in establishing a natural presence in the artistic work of amusement parks, despite showing with sufficient solvency its cyclical or periodic nature. These paradoxical situations are those that serve to reflect, once again, on the principle of causality in temporary contracts and the difficulty in achieving a clear regulation that offers legal certainty.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. DE LA TEMPORALIDAD SIN LÍMITES A SU CUESTIONAMIENTO
 - 2.1. Un régimen configurado a partir de la relación de complementariedad entre norma legal y convenio pero con dudas respecto de la conexión con el ET
 - 2.2. El fraude de ley en la contratación temporal de artistas
 - 2.2.1. Personal artístico del Ballet y de la Compañía Nacional de Danza dependientes del INAEM
 - 2.2.2. Espectáculos en Parques de Atracciones
3. OTRA ASIGNATURA PENDIENTE DE LA JURISPRUDENCIA: EL ARTISTA CON CONTRATO POR TEMPORADA VERSUS EL FIJO-DISCONTINUO
4. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO TEMPORAL DE ARTISTAS
5. A MODO DE CONCLUSIÓN: VALORACIÓN CRÍTICA FINAL EN EL MARCO DE LA REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 15-16 ET Y 5 Y 10 RDA

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la regulación de la duración de los contratos, el nuevo art. 5 Real Decreto 1435/1985, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos (en adelante: RDA)¹, ofrece un contenido mucho más extenso que su predecesor y, de alguna forma, constituye la plasmación de la jurisprudencia relativamente reciente al respecto; en especial, la surgida en relación con artistas contratados por el Ballet Nacional de Danza –en definitiva, por el Instituto Nacional de Artes Escénicas y de la Música (en adelante: INAEM)– que reclamaban su calificación como trabajadores indefinidos de este Organismo autónomo, a raíz de la reiterada contratación temporal.

El TS decide respaldar la tesis propuesta por el TSJ de Madrid, que llevaba haciendo frente, en solitario, a esta cuestión concreta desde bastante tiempo atrás, al corresponderle, como órgano competente territorialmente, las demandas judiciales interpuestas por los artistas frente al INAEM. Si bien, en una primera etapa, y siguiendo la jurisprudencia, la Sala madrileña había optado por la aceptación flexibilísima de la temporalidad, en un segundo momento, a partir del establecimiento del tope en la posibilidad de encadenamiento de los contratos temporales –que se establece en el art. 15.5 ET– e invocando la aplicación general

¹ De 1-8. En algunos casos añadiré el año (RDA-85 o RDA-22) para distinguir entre la versión original o la resultante de la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector.

de la Directiva en materia de contratación temporal², decide limitar la autonomía de la temporalidad artística y equipararla con la de los trabajadores comunes.

Este Estudio no pretende ofrecer una solución al régimen jurídico de la contratación de artistas. Se trata de un objetivo que se considera imposible, por lo que se dirige más bien a demostrar que las dificultades en la distinción entre contrato indefinido, tanto común como fijo–discontinuo, y temporal, ha tenido en los artistas un colectivo especialmente afectado; que la regulación originaria de 1985 era claramente deficiente –y hasta contradictoria– a la hora de orientar al profano sobre el contrato a utilizar para estos peculiares trabajos; que esto se traslada igualmente a la jurisprudencia y doctrina judicial; y que, finalmente, tras la reforma laboral de 2021, el legislador se ha visto obligado a mantener el contrato para obra y servicio determinado en relación con los artistas³.

Antes de iniciar el análisis de las cuestiones indicadas, es preciso llevar a cabo un acotamiento del ámbito subjetivo. Y ello porque los artistas constituyen un grupo de trabajadores que, si bien comparten la dedicación a una actividad cultural y/o de entretenimiento, participan o realizan espectáculos muy variados: en solitario o en grupo, de música, danza o baile, teatro, animación, etc. Cada uno de los cuales cuenta con sus propias reglas, tradiciones y costumbres, con una gran variedad de categorías o grupos profesionales, una mayor o menor contratación por parte de la Administración Pública, o implicación de esta en la condición de empresario, así como con una permanencia mayor o menor en una misma localidad. Es decir, el ámbito es tan amplio, que resulta enormemente difícil –y esto es otra conclusión anticipada que ofrece este Estudio– fijar o determinar una regulación jurídica con carácter de mínimo común. Esto se percibe desde antes de la aprobación del RDA, se mantiene una vez aprobado el régimen jurídico especial, y sigue persistiendo en nuestros días, con la nueva incorporación –además– del personal técnico y auxiliar de los espectáculos y la eliminación de la condición pública de la actuación.

El tratamiento conjunto de las condiciones laborales de un personal tan vario solo lleva a perder la capacidad de ordenación de la norma. Si se consultan la doctrina y la jurisprudencia, se observa que, unas veces, se piensa que el RDA se dirige al artista principal, pero otras, a todos aquellos que no lo son (en algunos

² 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.

³ 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 considero que la reforma del régimen artístico haya dado lugar a un nuevo contrato artístico de carácter temporal al mantener los mismos subtipos que ya existían. Sí utiliza esos términos Alzaga Ruiz, I., “La Reforma de la Relación Laboral especial de los artistas en espectáculos públicos”, *Brief* de fecha 25-3-2022, AEDTSS (<https://www.aedtss.com/la-reforma-de-la-relacion-laboral-de-artistas/>).

textos se utiliza la expresión “artistas menores” para estos segundos)⁴. Y aunque una distinción como la señalada podría, inicialmente, justificar la diversa duración del contrato, sin embargo, no hay forma ni manera de que tal principio no sucumba pronto. Si se entiende que la temporalidad es más propia de los artistas principales en tanto que la permanencia caracterizaría a los conjuntos secundarios que los acompañan, pronto se constata que la separación no es viable porque suele ser habitual que unos y otros actúen simultánea y armónicamente; lo que tampoco ha de ser necesariamente una señal de permanencia contractual, pues el público (factor circunstancial claramente “subjetivo”) termina demandando cambios y novedades, sin que sea fácil determinar con precisión matemática cuándo la temporalidad ha de devenir en permanencia o en duración sin término.

Pues bien, en esta investigación, sin perjuicio de que en ocasiones se hagan comentarios de carácter general, he decidido poner el foco en los artistas de ballets y orquestas –los ligados a los conflictos judiciales en los que el INAEM y otras Orquestas autonómicas/locales han estado implicados– y en los participantes en espectáculos desarrollados dentro de la oferta de Parques de Atracciones y Temáticos, donde la distinción entre lo coyuntural y lo estructural (sinónimos, respectivamente, de lo temporal y de lo indefinido) ha utilizado el complejo criterio de la “actividad habitual”.

2. DE LA TEMPORALIDAD SIN LÍMITES A SU CUESTIONAMIENTO

2.1. Un régimen configurado a partir de la relación de complementariedad entre norma legal y convenio pero con dudas respecto de la conexión con el ET

En materia de elección entre el contrato indefinido o el temporal, el planteamiento clásico del ET, como es bien sabido, opta por una permisividad restringida del contrato de duración determinada, señalando una serie de situaciones concretas en las que el empresario debe encontrarse para poder efectuar un contrato de tal cariz. No es una cuestión ni mucho menos fácil. Se ha escrito y juzgado mucho sobre cuándo procedía el contrato para obra o servicio (autónomo respecto de la actividad empresarial principal) o eventual (para un acontecimiento imprevisto y ocasional) o, incluso, de interinidad. Lo mismo ha sucedido cuando se ha procurado establecer la causa de los contratos “fijo-discontinuo” y “parcial”, con la consiguiente distinción respecto de aquellos. A los numerosos estudios y pronunciamientos judiciales me remito.

⁴ Esto se pone de manifiesto en los vaivenes históricos del ámbito subjetivo de esta relación. Cfr. Dolz Lago, M.-J., “La relación Laboral de carácter especial de los artistas de espectáculos públicos”, *Revista de Derecho Privado*, febrero 1983, pp. 122 y ss.

El planteamiento que el RDA-85 hace es “rompedor” con ese régimen clásico propio del ET al ofrecer una mayor variedad de opciones de temporalidad y ser absolutamente parco en la procedencia de uno u otro. Así, “el contrato de duración determinada podrá ser para una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel. Podrán acordarse prórrogas sucesivas de los contratos de duración determinada, salvo que se incurriese en fraude de ley”⁵. Al no limitarse ni concretarse el uso de estos contratos coyunturales ni tampoco el posible fraude de ley a que el precepto se refería en su final, la temporalidad –que históricamente había caracterizado este sector⁶– es la que termina, de algún modo, imponiéndose. Aunque, junto al contrato indefinido común, el precepto de la relación especial mencionaba el contrato fijo-discontinuo y las “modalidades del contrato de trabajo” (de grupo, parcial...), la opción del contrato temporal tenía expedito el camino.

Parece que el legislador especial contaba con una participación activa de los convenios colectivos a la hora de organizar con más detalle, y atendiendo a los diversos colectivos de artistas, el recurso a dicha temporalidad, así como el posible paso al contrato permanente o indefinido⁷. Pero, ciertamente, era una cuestión espinosa, por las variables circunstancias que afectaban a esta actividad: básicamente, la incertidumbre sobre la reacción inicial del público ante determinado espectáculo o la necesidad de cambiar este, tras cierto tiempo, para evitar el hastío de aquel⁸. Junto a esto, el diverso tratamiento que requeriría, de nuevo en cuanto a la necesidad de variación, una orquesta o un ballet, donde los artistas principales se encuentran más “diluidos” en la obra musical o de danza o coreografía, en relación con una obra teatral, en la que los personajes principales son absolutamente esenciales. Y todo ello junto al hecho de que cuando se aprueba el RDA-85 todavía se mantiene la vigencia de determinadas Ordenanzas de colectivos del ramo⁹.

⁵ Art. 5.

⁶ González Pérez, F., *El Estatuto del artista de espectáculos públicos*, Edit. Servicio de Publicaciones. Universidad de Extremadura, Cáceres 1981, p. 130.

⁷ En sentido similar: Alzaga Ruiz, I., Martín López, J., “Capítulo 15. El contrato laboral de artistas”, en VVAA (Yzquierdo Tolsada, M.; Almudí Cid, J. M.; Martínez Lago, M. A., Coordres.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Vol. 15, Edit. Aranzadi-Thomson Reuters, 2014, p. 890.

⁸ Como dice Ruiz de la Cuesta Fernández: “Al margen de que un espectáculo concreto pueda recibir mayor o menor acogida, lo cierto es que se sabe que en algún momento el interés del público decaerá y, llegado ese momento, la continuidad de la prestación carece de sentido. Esta incertidumbre respecto de cuándo se producirá tal desinterés es paralela a la certidumbre absoluta de que el mismo tendrá lugar en algún momento, lo que parece investir a la prestación, en estos casos, de una naturaleza incontestablemente temporal” (*El contrato laboral del artista*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia 2007, p. 232).

⁹ Art. 12.

Pues bien, esa intervención de ordenanzas y normas paccionadas presenta algunas regulaciones emblemáticas, como la Ordenanza de los Profesionales de la Música, que determinaba que el contrato del artista sería indefinido si las partes no habían “estipulado expresamente su duración” o, “en todo caso,...cuando la actuación del profesional al servicio de una misma Empresa rebase el periodo de un año” (con o sin prórrogas)¹⁰; o la correspondiente a Teatro, Circo, Variedades y Folklores, que igualmente exige que en el contrato figuren, de forma clara y concreta, los extremos relativos a su duración¹¹. Mucho más recientemente, encontramos el Convenio Colectivo de Actores de Teatro de Madrid, que transforma o adapta bastante el elenco de contratos temporales del art. 5 RDA-85, al definir el tipo como aquel “en que (sic) las partes han previsto el tiempo de contratación a partir de un hecho y que constará en el contrato”; a continuación, distinguir dos subtipos: el contrato de duración determinada “por tiempo cierto”, definido como “aquel que se formaliza con fechas ciertas de inicio y finalización”, y el contrato “por obra”, entendido como “aquel en que (sic) la fecha de finalización es incierta, toda vez que su duración estará determinada por el tiempo de permanencia en “cartel” de la obra a representar¹²; y, finalmente, añadir un tercer tipo contractual, diverso del “de duración determinada”, denominado “contrato por temporada”, que es el adecuado a celebrar “cuando las actuaciones tengan lugar durante un periodo mínimo continuado de veintiún días naturales en la misma plaza”¹³.

En el ámbito de convenios de empresa, destaca el de “Port Aventura, S.A.”, que remite el régimen de los artistas al RDA-85 y al contrato individual de trabajo, así como, supletoriamente, a lo establecido en convenio (curiosa alteración de prelación de fuentes si atendemos al art. 3 ET), para, mucho más avanzado el texto, señalar –sin matizaciones para dicho colectivo– que: a) “El personal contratado para prestar sus servicios durante el período de apertura del Parque, cubriendo las necesidades habituales derivadas de su normal funcionamiento, estará vinculado a la empresa, con carácter general, a través de un contrato fijo-discontinuo”; b) “cuando la contratación se produzca como consecuencia de incrementos temporales de actividad durante un período no superior a 6 meses, se utilizará el contrato eventual por circunstancias de la producción”; y c) “los trabajadores que presten sus servicios durante un período igual o superior a 10 meses y medio en un año

¹⁰ Arts. 17.6 y 21, pfo. 2º Orden 2-5-1977, por la que se modifica la Ordenanza Laboral para la actividad de Profesionales de la Música (BOE núm. 124, 25-5-1977). La Ordenanza anterior, aprobada por O. 25-6-1963, no indicaba ningún límite máximo a la concatenación de contratos temporales, tal como observa la STCT 15-12-1981, Ar. 7461, Cdo. 3º.

¹¹ Art. 9.2º) Orden 26-7-1972 (BOE núm. 194, 14-8-1972).

¹² Ambos dos se corresponderían con los contratos “por un tiempo cierto” o “por el tiempo que una obra permanezca en cartel”, respectivamente.

¹³ Art. 12 Res. Dirección General de Trabajo de la Comunidad Autónoma de Madrid (BO Comunidad de Madrid, nº 244, 13-10-2008).

natural, sin computar el período de vacaciones, accederán a la condición de fijos a tiempo completo”¹⁴.

En el caso del INAEM, al tratarse de un Organismo autónomo de la Administración Pública, los artistas se incluirán progresivamente en el Convenio Colectivo único para el Personal Laboral al servicio de la Administración General del Estado, lo que va a suponer una homogenización con otros trabajadores de oficios muy distintos, el impacto del principio de temporalidad ligada a la actividad ocasional al margen de los puestos estructurales de dicho Organismo (filosofía por lo demás subyacente al art. 15 ET), y la sustitución de las menciones transformación de los contratos temporales en indefinidos por el más genérico término de “consolidación”, al buscarse, de algún modo, el ofrecer una solución a la problemática de la “eternización” en puestos temporales¹⁵.

Y es que la cuestión de la prelación de fuentes en la regulación de los contratos de artistas no ha sido una cuestión pacífica desde mucho tiempo atrás. No resulta posible hacer ahora un estudio detenido y preciso, pero, esencialmente, considero que hay que tener en cuenta dos elementos principales: por un lado, que el ET como norma postconstitucional y democrática aparece cuando todavía rigen Reglamentaciones de Trabajo (RNT) y Ordenanzas laborales; y, por otro, que el RDA-85 determina que la Norma estatutaria “y las demás normas laborales de general aplicación” van a afectar también a los artistas “en cuanto sean compatibles con la naturaleza especial” de dicha relación. Al mismo tiempo, da entrada a los convenios de los distintos colectivos que se aprueben para sustituir a las RNT y Ordenanzas, dejando vigentes una serie de estos el ínterin.

¹⁴ Arts. 2 y 29, apdos. 3, 4 y 6 Res. TRI/3795/2005, 29-12, por la que se dispone el registro y la publicación del Convenio colectivo de trabajo de la empresa Port Aventura, S.A., para los años 2004-2006.

¹⁵ Res. Dirección General de Trabajo 24-11-1998 (BOE núm. 287, 1-12-1998). Su art. 1.2 señalaba que los “trabajadores incluidos en el Convenio Colectivo del Personal Técnico, Administrativo y de Servicios adscrito a los Teatros que dependen del INAEM, en el Convenio del Ballet Nacional de España y de la Compañía Nacional de Danza, en el Convenio del Coro Titular del Teatro de la Zarzuela y el personal laboral adscrito al INAEM perteneciente al Convenio Colectivo único del extinguido Ministerio de Cultura”, quedaban incluidos en el Convenio Colectivo único, pero mientras la CIVEA (Órgano Paritario de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación de dicho Convenio) no aprobara el encuadramiento profesional de aquel personal en el Sistema de Clasificación Profesional del Convenio Único, no les resultaría de aplicación el Convenio en lo relativo a las siguientes materias: clasificación profesional, modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional y geográfica, provisión de vacantes y promoción, jornada, horarios y estructura salarial, siéndoles de aplicación en dichas materias “las normas de su Convenio de origen...”. Dicho encuadramiento tendría lugar por Acuerdo del Pleno de la CIVEA de 2 de febrero de 2001, publicado en el BOE mediante Resolución de 20 de marzo de 2001, de la Dirección General de Trabajo (BOE nº 86, 10-4-2001). Sobre este proceso, con sus luces y sombras, si bien con una valoración positiva del resultado: Sala Franco, T., Blasco Pellicer, A., y Altés Tárrega, J. A., *La negociación colectiva en el empleo público*, MTAS, Madrid 2001, en especial pp. 24 y 213-214.

El problema fundamental, que va a constituir una cantinela de fondo de los pronunciamientos judiciales desde el TCT hasta nuestros días, es el encaje entre el art. 15 ET y el 5 RDA. Si, en principio, la filosofía del segundo parece claramente diversa de la del primero, la referencia a la posibilidad de que también en la relación artística se pueda dar el fraude de ley establece un vínculo de compatibilidad entre ambos. A vueltas en torno a esta afirmación que se acaba de hacer, y terminando por implicar a la Directiva comunitaria, va a situarse la jurisprudencia española de finales de los ochenta hasta ahora. Y, particularmente, en relación con los artistas vinculados al INAEM.

2.2. El fraude de ley en la contratación temporal de artistas

Si seguimos el Estudio publicado por López-Tarruella Martínez en 1987, se observa la perplejidad manifestada por este autor a la hora de casar el fraude de ley con las prórrogas de los contratos temporales de los artistas; perplejidad manifestada al afirmar –siguiendo a Durán López– que “tampoco los contratos sucesivos a uno inicial, o sus prórrogas, pueden incurrir en fraude, ya que el resultado de tal contratación sucesiva, esto es, la permanente duración determinada del contrato no se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico, ya que no existe preferencia alguna por la contratación indefinida”¹⁶. Y lo explica mediante el siguiente recorrido histórico:

- a) La doctrina jurisprudencial anterior a la aplicación de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (en adelante: LRL) defendió, más o menos explícitamente, la tesis de la naturaleza temporal de los servicios artísticos, ligada a la intervención de orquestas en hoteles durante la temporada turística y no tener así carácter de permanencia o fijeza:

“Que, si bien es cierto que esta Sala ha declarado reiteradamente... que constituye abuso de derecho o fraude de ley, prohibido por el art. 76 LCT-44, el hecho de suscribirse sucesivos contratos temporales, con lo que los operarios por ellos vinculados no llegan a adquirir la condición de fijos, ello es así cuando tienen por objeto funciones de carácter fijo o continuado, *pero no cuando se trata de actividades de temporada, pues en tal caso la contratación por el tiempo de duración de ésta, no implica fraude de ley ni constituye abuso de derecho, sino que lógicamente ha de reputarse lícita; y, por ello, con relación a las orquestas que actúan en*

¹⁶ “Relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos”, en VVAA (Borrajo Dacruz, E., Dir.), *El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo II, vol. 1º, Edit. EDERSA, Madrid 1987, p. 205. Sobre esta misma idea, posteriormente, Alzaga Ruiz: “al reputar el RD 1435/1985 tan posible y legítima la contratación indefinida como la de duración determinada, la no concurrencia de una causa objetiva acreditativa de la temporalidad del vínculo no permite entender que, al amparo de la normativa legal vigente, se haya pretendido eludir el cumplimiento de la norma aplicable en recta interpretación” (*La Relación laboral de los Artistas*, Edit. CES, Madrid 2001, p. 201).

hoteles de zonas turísticas..., en que normalmente la afluencia de público es más abundante en determinadas temporadas, no puede reputarse, sin más, abusivo ni contrario a derecho el hecho de que aquéllas sean contratadas temporalmente y sus contratos vayan siendo renovados de acuerdo con las necesidades de su actuación, siempre y cuando se respeten los límites o periodos previstos en la Reglamentación Nacional de Trabajo de Profesionales de la Música de 25 junio 1963 y los establecidos en la O. de 4 febrero 1970, que en el recurso no se alega se hayan vulnerado; en consecuencia, el contrato suscrito entre la empresa hotelera demandada y los actores como componentes de un grupo orquestal, en 30 enero 1972, estipulándose que la relación laboral entre las mismas duraría hasta el 30 de abril del propio año, ha de estimarse válido y eficaz..., y la circunstancia de que los componentes de tal grupo vinieran actuando para la demandada desde varios años con contratos unas veces concertados expresamente y otras prorrogados tácitamente, no supone nada en contra de la validez de tal contrato, por las razones dichas¹⁷.

Completa la anterior, por un lado, un pronunciamiento que destaca que el contrato que “regula la actividad de Profesionales de la Música, al servicio del empresario de una Sala de Fiestas”, tiene carácter “especial por razón de su objeto”, y a él “no se hace referencia en la LCT, que regula la prestación de servicios a un empresario mediante percibo de un salario, para que el empresario, a su vez, los ofrezca al público mediante un precio del que obtiene un beneficio o pérdida, lo que quiere decir que asume el riesgo de la empresa”; y, por otro lado, otro, que subraya la prevalencia de la regulación prevista en la RNT de los Profesionales de la Música de 1963 sobre la LCT¹⁸.

En cambio, el TCT parece más flexible, o menos preciso, en la causa de dicha temporalidad¹⁹.

b) Tras la promulgación de la LRL, la jurisprudencia adoptó una doble posición según el sector artístico: si se trataba de uno diverso del de la música, se mantuvo

¹⁷ STS de 30 de noviembre de 1973 (Ar. 4653).

¹⁸ SSTs de 17 de marzo de 1977 (Ar. 1919), Cdo. 4º; y de 31 de enero de 1978 (Ar. 219), Cdo. 2º, respectivamente. Esta última señala expresamente que el criterio de que “la celebración de sucesivos contratos temporales merece la calificación jurídica de contrato fijo de trabajo” cede cuando el objeto del contrato sean actividades de naturaleza diversa a la permanente y “la Reglamentación de Trabajo regule la contratación por tiempo cierto, expreso o tácito, o para una obra o servicio determinado, porque siendo la Ordenanza de Trabajo una regulación específica referida a una actividad determinada, sus normas, en este sector de trabajo, deben prevalecer sobre las que con carácter de generalidad ordenan el mismo...”.

¹⁹ En relación con la O. 25-6-1963, que aprueba la RNT de Profesionales de la Música y texto de dicha Ordenanza laboral: SSTCT 15-12-1976 (Ar. 6079): “...argumentándose que, aunque el art. 19 de la citada Ordenanza determine que, al finalizar el plazo de trabajos contratados, de no

sin variación²⁰; mientras que si el litigio afectaba a los músicos defendió “la existencia de contrato indefinido cuando la prórroga o prórrogas han supuesto la prestación de servicios por encima del año de duración”²¹. Para López-Tarruella, la aprobación del RDA-85 habría derogado en este punto lo previsto

existir denuncia, se considera prorrogado el contrato, siempre por plazos iguales al inicialmente convenido, en el caso concreto que se debate, y en orden a la aplicación del referido art. 21, no se trata sólo de la existencia de las referidas prórrogas automáticas e indefinidas, sino de la existencia por el contrario de sucesivas contrataciones temporales, lo que determina un abuso de derecho, *pero tales alegaciones no pueden merecer favorable acogida, no sólo por la especial naturaleza que siempre ha tenido en el orden laboral la contratación de los artistas, y cuya especialidad se mantiene incluso en la Ley de Relaciones Laborales, en sus arts. 3 y 15...*; y 21-5-1977 (Ar. 2888): “que la sentencia recurrida ha estimado la demanda interpuesta por un pianista contra el hotel en que actuaba como tal, por entender que, al no haberse fijado las condiciones mínimas del contrato, hay que considerarlo celebrado por tiempo indefinido, lo que pugna con el contenido de aquellos preceptos. Con respecto a esta cuestión ha de tenerse en cuenta que, si bien la regla general es la de que los contratos de trabajo son de duración indefinida y la presunción está, por tanto, a favor de ella, *los pactos de esta índole llevados a cabo por profesionales de la música tienen que ser, por su propia naturaleza, de carácter meramente temporal, pues no se concibe la reiteración de un mismo espectáculo en el local donde éste actúe, sin posibilidad alguna de limitación en el tiempo, ya que los gustos del público sobre géneros, modos de interpretación y diferentes maneras de realizarse la actuación artística, son cambiantes y lo que hoy es de su agrado, deja de serlo más adelante (...)*. Por consiguiente, pese a no haberse pactado por escrito la duración de un contrato de esta naturaleza, hay que entender que fue convenida tácitamente la duración señalada...” (cursivas mías).

²⁰ STS de 12 de febrero de 1981 (RJ 1981\703; actor de teatro; O. de Trabajo para los Profesionales de Teatro...de 1972): *carácter de actividad de temporada*. Más flexible (en cuanto al aspecto causal) la STCT 29-3-1983 (prestidigitador; arts. 2 ET-80, 9.2 y 16.4 Ordenanza de Trabajo para los Profesionales de Teatro, Circo, Variedades y Folklore 28-7-1972; LA LEY 7713-JF/0000): “por mandato legal expreso la temporalidad o tiempo cierto es la nota característica del contrato de trabajo del artista por referirse al ejercicio de unas facultades de naturaleza muy especial y que dependen tanto de su objetiva aptitud para desarrollarlas como de la aceptación del público ante quien se realizan y cuyos cambiantes gustos son la única razón de su aceptación o rechazo sin poderse acudir a los clásicos conceptos de productividad o rendimiento típicos de la normal relación de trabajo”. Utiliza este mismo argumento la STCT 9-1-1986 (artista componente de un ballet como Jefe de grupo; LA LEY 29/1986)

²¹ SSTCT 19-5-1981 (Orquesta en espectáculo de baile y atracciones; Ar. 3344) y 30-12-1982 (Grupo orquestal integrado por tres profesores que actúan en Club social; Ar. 7900). Esta última ofrece el caso del cese del grupo tras cinco años de actuación, alegando el empresario que “sus actuaciones de orquesta están desfasadas con la música actual”: resulta de interés la razón empresarial, pues, aunque como señala el TCT, no es causa de despido y los contratos habían devenidos indefinidos por superar el año de duración, puede servir para mostrar esa temporalidad inherente al contrato de artistas. Por otro lado, es preciso que los contratos sean sucesivos para que se aplique el año como periodo máximo de duración: SSTCT 17-10-1981 (Ar. 5935) y 13-11-1984 (LA LEY 734/1984). Algún pronunciamiento se encuentra en el que parece que se exige que cada contrato de la cadena haya superado el año de duración: STCT 22-6-1984 (Ar. 5584).

por la Ordenanza de los Profesionales de la Música, por aplicación del principio de norma más favorable.

Y concluye de este modo su reflexión: “En conclusión, el fraude de ley en cuanto límite a la posibilidad de sucesivas prórrogas contractuales –sin necesidad, por lo demás, de que se diga expresamente–, sólo tendrá virtualidad cuando en la normativa convencional se desarrolle el artículo 5.1 del R.D.A.E.P., de tal manera que las prórrogas de los contratos por tiempo determinado puedan dar lugar a un resultado no querido por el ordenamiento jurídico, ordenamiento del que forman parte dichas normas convencionales”²².

No obstante, en relación con la LRL, algún pronunciamiento judicial se encuentra que entiende –curiosamente– que los artistas susceptibles de contratación indefinida son el “personal artístico y técnico” citado por art. 15.1.d), en tanto que los artistas de la relación laboral especial del art. 3.1.j) son los que celebran contratos temporales²³. Posteriormente, la jurisprudencia, de modo algo más vidrioso, en el periodo 1980-1985, invoca el carácter temporal de la actividad y la aplicación de la normativa especial (Ordenanzas) para obviar la referencia estatutaria al fraude de ley y la subsiguiente conversión del contrato temporal en indefinido:

“...se denuncia la infracción del art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, al entender la trabajadora recurrente que la sucesiva suscripción de contratos implica el encubrimiento de una relación laboral con carácter indefinido, existiendo fraude de Ley: motivo que no puede tener favorable acogida por cuanto la contratación de la accionante lo fue en base a la Ordenanza de Teatro, Circo y Variedades aprobada por Orden Ministerial de 28 de julio de 1972, en cuyo art. 16.4 permite la contratación temporal y expresamente la suscripción de nuevo contrato en caso de prórroga, vigente al establecerse como relación laboral especial en el art. 2.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, y lo establecido en la disp. adic. 2; y excluyéndose el fraude de ley en virtud de lo establecido en el art. 5.3 del RD de 17 de octubre 1980, dictado para el desarrollo del

²² *Op. cit.*, pp. 205-207.

²³ STCT 23-5-1977 (Ar. 2900): “olvida quien recurre que la citada Ley distingue entre dos grupos diferentes, el de los artistas de espectáculos públicos, a los que se refiere el art. 3.j) de la mencionada Ley, y el del personal artístico y técnico de la producción de espectáculos, citados en el art. 15.1.d), mereciendo los profesores músicos la calificación de artistas, pues por su participación directa en una de las bellas artes...no pueden ser equiparados con quien desempeñe una función técnico-musical, con jornada completa y permanente; esta diferenciación se encuentra ya en la Reglamentación correspondiente, que distingue de manera clara los profesionales músicos de cuantos desarrollen labores de carácter musical, funciones de índole técnico-musical (correctores, autografistas, copistas), pues mientras aquéllos, por imposición de su misma actividad suele ser transitoria o limitada en el tiempo respecto a la vinculación con un establecimiento, por regla general, por el contrario, los segundos, permite la permanencia”.

art. 15 del Estatuto, ya que el referido precepto excluye de la presunción de fraude de ley, cuando de la propia naturaleza de la actividad o de los servicios contratados se deduzca claramente la temporalidad de los mismos...y subsistiendo la normativa sectorial anterior al Estatuto...se regirá la relación debatida por la Ordenanza citada y por las normas de carácter general comprendidas en el propio Estatuto, entre ellas el art. 15.1 que prevé los contratos por duración determinada”²⁴.

La redacción del art. 5 RDA-85 no va a contribuir a ofrecer una mayor claridad sobre si la temporalidad precisa o no de causa. La jurisprudencia posterior a su aprobación parece inclinarse por una postura flexible hacia la temporalidad, si bien, aunque no se exija una causa concreta y determinada, no da por absolutamente desaparecido el principio de causalidad, al señalar que es la variabilidad del gusto del público la que dota al contrato artístico de una preponderancia para atender necesidades temporales²⁵. El hecho de afirmarse que en el contrato artístico no es precisa la motivación de causa sirve para marcar distancia respecto del art. 15 ET, pese a que este, más que exigir la obligación de explicar un motivo, lo que hace es ofrecer unos tipos de contratos temporales más cerrados que los del art. 5.1 RDA-85. Y, en cuanto a la interpretación de la referencia al fraude de ley del art. 5 RDA-85, el mismo pronunciamiento que se comenta no la elimina, pero sí apunta que, si la contratación artística es “naturalmente” para la atención de necesidades coyunturales, va a ser difícil concluir la existencia de aquel, máxime si el número de prórrogas es breve (como sucede en el supuesto de autos)²⁶. El pronunciamiento termina de modo confuso, pues utiliza el principio de prevalencia de la norma específica en relación con la norma general, al relacionar el art. 5 RDA-85 y el 15.7 ET²⁷, cuando antes dicho principio se refería a la vinculación

²⁴ STCT 17-6-1983 (Ar. 5759).

²⁵ STS de 23 de febrero de 1991 (RJ 1991\866), FD 3º.

²⁶ Muy crítico con su contenido, especialmente con los argumentos del Tribunal en *pro* de la temporalidad en el sector artístico, Valdés Dal-Ré, F., “Jurisprudencia en unificación de doctrina y relaciones laborales especiales: Algunos puntos críticos”, *Relaciones Laborales*, II, 1998, consultado *online*: “La «necesaria aptitud» no es un atributo privativo del artista; es un requisito que, lisa y llanamente, forma parte de cualquier prestación debida. Y la «aceptación del público» es un argumento que, expresado en su nuda realidad, atiende descarnadamente a los intereses del empresario artístico y cuya traducción más fiel en el régimen común de trabajo sería «la aceptación del mercado», calificándolos de “poco consistentes”.

²⁷ En la redacción dada por la 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. Para Durán, las prórrogas del contrato temporal de artistas debían producirse sin limitaciones “pues nuevamente la especial naturaleza de la actividad contratada pugna con mayores rigideces al respecto”, señalando en su apoyo que “la jurisprudencia venía, en efecto, admitiendo sin problemas la licitud de la contratación en cadena o sucesiva, al amparo de las normas sectoriales” (con cita de SSTCT 29 de

entre la Ordenanza laboral correspondiente (de Profesionales de la Música o de Teatro, Circo y Variedades, etc.) y la LCT-44.

2.2.1. Personal artístico del Ballet y de la Compañía Nacional de Danza dependientes del INAEM

El INAEM fue creado por la Ley 50/1984, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, como Organismo autónomo de carácter comercial de los comprendidos en el art. 4.1.b) Ley 17/1977, General Presupuestaria, adscrito al Ministerio de Cultura. Si bien por su naturaleza, pese a ser esta pública, podía, tal como señaló la jurisprudencia en las décadas de los ochenta y de los noventa del siglo pasado, contar con trabajadores sometidos al régimen laboral indefinido –siempre que no se tratara de un servicio público y tuviera carácter permanente²⁸–, lo habitual ha sido el inicio profesional como trabajador con un contrato temporal que, posteriormente, se consolida como fijo. Además, en el caso concreto del INAEM, tal proceso ha estado muy ligado a la aplicación del Convenio Colectivo Único al Personal laboral de la Administración General del Estado, que ya ha sido comentado en un apartado anterior, pero sobre el que merece la pena añadir en este momento la gran lentitud en la convocatoria de plazas de personal fijo, al estar absolutamente sometida a las disponibilidades económicas y a la dotación presupuestaria. Junto a esto, a lo largo de su historia, el INAEM ha albergado toda

marzo y 17 junio de 1983); además, critica con claridad la referencia al fraude de ley, que califica de innecesaria y problematizadora (*op. cit.*, consultado *online*).

²⁸ SSTs de 9 de octubre de 1985 (RJ 1985\4697), FD 4º: “Los Organismos Públicos, solamente pueden formalizar contratos de trabajo para la realización de quehaceres que no tengan definida claramente su condición de servicio público, y cabe sean por tiempo indefinido en el caso de que esos quehaceres, de clara naturaleza laboral, tengan carácter permanente”; y de 24 de abril de 1986 (RJ 1986\2244), FD 6º. En los noventa: STS de 18 de marzo de 1991, recud. 1072/1990, FD 3º.2: “tampoco existe prohibición alguna (sino, por el contrario, posibilidad real) de que dichas Administraciones puedan vincularse o resultar vinculadas por un contrato laboral por tiempo indefinido, independientemente y al margen de la relación de empleo, de carácter administrativo, que mantienen o puedan mantener con sus funcionarios”. En la actualidad, este aspecto se menciona en art. 9.2 RDLeg 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP): En todo caso, 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 corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”. Desde una perspectiva general del empleo público, Sala Franco considera que ni este precepto, ni la DA 2ª EBEP, resuelven “el problema de la delimitación de los puestos de trabajo laborales y funcionariales ya que, fuera de estos puestos de exclusiva atribución al personal funcionario, en el resto de puestos rige la regla general de la funcionarización frente a la excepción de la laboralización y habrá leyes autonómicas de función pública más o menos funcionarizantes o laboralizantes” (*El personal laboral del sector público*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia 2022, p. 16).

una serie de variados Entes en su ámbito, tales como teatros, el Ballet Nacional de España y la Compañía Nacional de Danza, el Coro Titular del Teatro de la Zarzuela, y personal muy diverso, tanto técnicos como artistas de muy distinto tipo.

La relación con sus artistas ha estado plagada de numerosas controversias judiciales, pues un buen número de aquellos demandaban el carácter indefinido de sus contratos, tras la reiteración de contratos temporales durante no pocos años o temporadas. Aunque gran parte de los pronunciamientos judiciales se quedan en el nivel autonómico (Sala de lo Social del TSJ Madrid), algunos –pocos, en relación con el conjunto– alcanzan el TS. Pese a todo, no cabe defender una postura plenamente clara en la jurisprudencia, precisamente porque las situaciones analizadas siempre han sido muy similares y no han permitido la ratificación de la doctrina desde más puntos de vista.

Un primer pronunciamiento destacable es de 24 de julio de 1996²⁹, en el que el INAEM recurre la consideración de fijeza de dos bailarines del Cuerpo de Baile del Ballet Nacional, que habían suscrito varios contratos temporales y reclamaban la aplicación del art. 15 ET por contratación sucesiva fraudulenta. En su fallo, se observa una clara defensa de lo pactado *inter partes*, si el contrato artístico utiliza la modalidad temporal de “una o varias actuaciones” o “por un tiempo cierto”, sin que resulte necesario un examen sustancial de la temporalidad. A mi juicio, tal planteamiento se aleja del clásico principio de que la modalidad elegida por los contratantes no evitará la aplicación del tipo de contrato establecido por ley, según las circunstancias concurrentes, y, pese a todo, si en el primer supuesto esa omisión no presenta una especial dificultad –porque el carácter coyuntural se puede considerar implícito–, no ocurre lo mismo cuando se trata del contrato temporal “por un tiempo cierto”. Realmente, hubiera sido necesario que el pronunciamiento se hubiera detenido en la distinción entre este subtipo contractual y el cercano “por una temporada”, algo que igualmente se omite. Finalmente, otro aspecto destacado de este pronunciamiento es su rechazo de que la no mención del RDA-85 por parte del Convenio Colectivo entre el Personal laboral adscrito al Ballet Nacional de España y a la Compañía Nacional de Danza, y el INAEM, no impide su aplicación. Sí sería mencionado a partir del IX Convenio de 1995³⁰.

Resulta adecuado detenerse mínimamente en esta norma paccionada, pues hay algunos elementos que denotan la confusión existente sobre la naturaleza de la relación laboral de artistas. Como se acaba de señalar, aunque el IX Convenio menciona el RDA-85, su art. 10 establece –confusamente– el carácter común e indefinido de la relación laboral de las categorías profesionales que no se consideran “artísticas”: Maestro de Baile, Profesor de Baile, Pianista, Repetidor y las incluidas

²⁹ Recud. 3636/1995, FD 3º.

³⁰ Resolución de 29 de noviembre de 1995 de la Dirección General de Trabajo (BOE 19-1-1996).

en los grupos II (Personal técnico), III (Personal administrativo) y IV (Personal subalterno)³¹, en tanto que las que gozan de aquella naturaleza se reconducen al contrato temporal del RDA-85, salvo que se trate de trabajadores contratados previamente mediante un contrato común indefinido, en cuyo caso mantendrán este y se podrán acoger a un proceso de adecuación de la plaza. En cuanto al grupo de artistas integrado por las categorías de Primer bailarín, Solista, Cuerpo de baile, Guitarrista, Cantor y Profesor de taller, se prevé su ingreso mediante el contrato eventual artístico, sin aclarar si se refiere con esta denominación a alguno de los mencionados como subtipos del contrato temporal por el art. 5 RDA-85, siguiéndose el sistema de admisión de Audición Pública. Además, se establece que la contratación “tendrá una duración máxima...de tres años, pudiendo ser renovada al término de la misma por idéntica duración sin necesidad de participación en nuevas audiciones”³². De nuevo se observa la función complementaria de la negociación colectiva a la hora de limitar la flexibilidad de contratación temporal del tan citado art. 5 RDA-85. Y ello porque, al establecer un máximo de seis años, incluyendo la prórroga, dificulta el abuso hipotético de la temporalidad mediante concatenación por parte del INAEM. Por otro lado, en el ámbito concreto del ballet y de la danza se van a dar dos fenómenos que *a posteriori* resultarán problemáticos: uno, el hecho de que no se contempla para los artistas *stricto sensu* su tránsito desde el contrato temporal artístico al indefinido de la propia relación laboral especial; y el otro, que convivirán los artistas temporales de nuevo ingreso con otros –también artistas como ellos– que estarán vinculados mediante un contrato común indefinido. A esos dos fenómenos indicados habrá que añadir la ya mencionada unificación en el Convenio para el Personal laboral de los Organismos autónomos de la Administración General del Estado.

El segundo pronunciamiento judicial al que conviene atender es la STS de 15 de enero de 2020³³, que sanciona la opción que hasta la fecha venía defendiendo el TSJ Madrid de considerar aplicable el art. 15.5 ET a la relación de artista³⁴.

³¹ El acceso a estas categorías se hará mediante el “sistema selectivo de concurso-oposición, previa la oportuna oferta de empleo público”. No he localizado el VIII Convenio Colectivo, pese a que parece existir. Sí el VII Convenio, registrado por Resolución de 15 de septiembre de 1993 (BOE nº 239, 6-10-1993).

³² Art. 11.

³³ Recud. 2845/2017.

³⁴ Art. 15.5 ET: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro 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 temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos. Lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente.

Constituye una clarificación importante de la eterna duda sobre la relación ET-RDA. Quien interpone el recurso de casación para la unificación de doctrina es el INAEM, el cual pretende rectificar la tesis del TSJ Madrid favorable a dicha aplicación³⁵. La Sentencia casacional hace suyo los argumentos de la de contraste e incorpora alguno nuevo. Básicamente, son estos:

- a) El art. 15.5 ET, que constituye la transposición al Derecho interno de la Directiva 1990/79/CE y cuyo objetivo es impedir abusos y mejorar la calidad de los contratos de duración determinada, no excluye a los artistas de su ámbito de aplicación;
- b) el “contrato temporal de artistas” es una especie del género “contrato temporal” estatutario, por lo que las disposiciones generales sobre temporalidad también le afectan;
- c) la jurisprudencia comunitaria ha manifestado en diversos pronunciamientos que el sector del espectáculo o el de actividad de las Fundaciones líricas y sinfónicas no quedan al margen de lo establecido por la Directiva³⁶; y
- d) la intención, por parte del legislador, de la inclusión de la relación laboral del artista en el ámbito de aplicación del precepto estatutario queda patente cuando, en 2018, establece, por vía de urgencia, el régimen jurídico de los contratos temporales de artistas vinculados a proyectos, ya que esto determina su no afectación por el art. 15.5 ET³⁷.

Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal. Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado”.

³⁵ El recurso se interpone, y se admite a trámite, contra la STSJ Madrid 3-5-2017, rec. 217/2017. La opción de recurso de casación había sido intentada por el INAEM con anterioridad, pero con resultado infructuoso, por falta del requisito de contradicción: V. ATS 30 de marzo de 2017 (recud. 3003/2016). El giro en la Sala madrileña se había producido por Sentencia 18-10-2013, rec. 1457/2013. La Sentencia ha atraído el interés de la doctrina: Martín Vales, P., “El encadenamiento de contratos en la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2020)”, *TyD*, 69/2020, consultado *online*;

³⁶ V. SSTJUE de 26 de febrero de 2015, Asunto C-234/14, Comisión Europea contra Gran Ducado de Luxemburgo; y de 25 de octubre de 2018, Asunto C-331/17, M. S. contra Fondazione Teatro dell’Opera di Roma.

³⁷ DA 5ª RDL 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que

Sin que la Sala recurra a ello, se podría replantear aquí la conocida cuestión de si el hecho de la deslegalización de las relaciones laborales especiales las convierte en reglamentos de desarrollo o modalización de la norma general, es decir, del ET³⁸. En el fondo, la postura del TS se aproxima a esta opinión que se acaba de mencionar.

Además, como argumento sustantivo, se niega la tesis de la “temporalidad sin causa” en el régimen jurídico de artistas y se defiende la presencia de la filosofía ordinaria –la clásica distinción entre contratos indefinidos y temporales del ET– en el RDA:

“lo que se deduce de nuestras sentencias no es, en modo alguno, que pueda suscribirse un contrato temporal sin causa de temporalidad ni que no resulte de aplicación la normativa comunitaria sobre contratación temporal; en concreto la Directiva 1990/79/CE y la transposición de la misma efectuada por nuestro ordenamiento interno. Y es que, en el ámbito de esta relación laboral especial, con independencia de que –atendidas las circunstancias concretas de la actividad objeto del contrato– la temporalidad pueda ser utilizada con normalidad, no cabe ninguna duda de que, cuando el objeto de la actividad contratada sea la realización de labores estructurales y ordinarias de la empleadora la única contratación posible sea la contratación indefinida”³⁹.

La aplicación de la tradicional distinción entre contratación indefinida y temporal conduce al TS a sostener el carácter de fijeza, pues “el objeto de los sucesivos contratos de la demandante no estaba ligado a una actividad coyuntural, determinada o temporal del INAEM, sino para un conjunto de actividades que conformaban la actividad ordinaria y estructural del INAEM (representaciones y ensayos de obras variadas en las que tuviera que intervenir el ballet y que no estaban prefijadas, al menos, en el propio contrato; clases, ensayos y participación en el mantenimiento, preservación y actualización del repertorio tradicional de la danza española)”⁴⁰. Y concluye con contundencia: “No estaba a disposición del INAEM para una obra o función determinada que se alargase en el tiempo o que

se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017. Dicho RDL 2/2018 fue derogado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, la cual no hace ya referencia a la cuestión señalada.

³⁸ Una cuestión tratada *in extenso* por Hurtado González, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social*, Edit. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2006, pp. 72-82.

³⁹ FD 3º.

⁴⁰ La postura del INAEM era bien distinta: “para la recurrente la regulación contenida en el artículo 5 del referido Real Decreto 1435/85 establece un régimen jurídico *propio y especial* que excluye la aplicabilidad del artículo 15 ET” (FD 3º, 1).

estuviera programada para una temporada, sino que estaba a disposición del Ballet Nacional de España y del INAEM para los servicios que resultasen necesarios en la actividad estructural y ordinaria de la Institución”⁴¹.

2.2.2. *Espectáculos en Parques de Atracciones*

El otro ámbito donde se discute la cuestión de la temporalidad/fijeza en la relación artística y en el que se añade con más claridad la cuestión de la utilización como tipo contractual del fijo-discontinuo es el de los grandes Parques de Atracciones. En estos, junto a las instalaciones o máquinas de diversión, se ofrecen al público espectáculos en directo, ya sea en forma de “pasacalles” o en recintos determinados. Los artistas son contratados para actuar durante la temporada de apertura del Parque (que suele extenderse de marzo a noviembre), surgiendo dudas respecto, por un lado, a si su actividad se corresponde con la estructural de la empresa o, en cambio, se trata de algo ocasional o pasajero, y, por otro lado, a si, en el caso de reiteración en la contratación temporal, se puede entender que se trata de contratos “de temporada” o más bien el tipo contractual adecuado es el de “fijos-discontinuos”⁴².

La jurisprudencia va a descartar que lo que proceda sea la “fijeza-discontinua” a través de un argumento desarrollado en tres pasos:

- 1º) El art. 5 RDA-85 constituye un artículo normativo “que modifica sustancialmente el régimen jurídico que los contratos temporales tienen en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores puesto que, frente a la regla general de la contratación por tiempo indefinido que preside la regulación estatutaria, y la consiguiente regulación de la contratación temporal como excepción a aquella regla general, condicionada a la exigencia de causalidad y sometida a una exigencia de tipicidad con sus consiguientes limitaciones, en este precepto del Real Decreto se admite la contratación temporal como regla general”;
- 2º) para conciliar la regla general de temporalidad con los contratos fijos-discontinuos de artistas –una actividad muy cambiante, pero con opción de reiteración cíclica– es preciso que esta última modalidad se acepte con carácter restrictivo;
- 3º) por ello, para que se entienda que un artista debe estar contratado con carácter fijo-discontinuo, es preciso que cada año desempeñe las mismas funciones (el mismo espectáculo), por entenderse simultáneamente que estas tienen el carácter de “habituales” en el Parque, rompiéndose esa identidad si hay necesidad de realizar ensayos⁴³.

⁴¹ FD 5º, 1.

⁴² Apdos. 1 y 2, respectivamente, del art. 5 RDA-85.

⁴³ STS de 15 de julio de 2004, recud. 4443/2003, FD 2º: “si (los artistas) han de ensayar, es porque el espectáculo de animación no es el mismo cada año, sino que cada año se introducen variaciones en el mismo, lo que justifica la contratación temporal anual, y la inviabilidad de declarar

No obstante, casi al año de este pronunciamiento, y en relación con músicos del mismo Parque de Atracciones, la Sala concluye que, aunque haya reiteración en el espectáculo, la fijeza sigue condicionada por el deseo empresarial de mejora del espectáculo, el cual acaece si se encuentra “a un trompetista de mayor nivel que el del demandante”, o si se decide “sustituir la tuba que toca el otro por un contrabajo, consiguiendo con ello la renovación parcial del espectáculo”⁴⁴.

La cuestión no es ni mucho menos simple, como puede verse en un tercer pronunciamiento del TS transcurridos algo más de dos años⁴⁵. Ahora se vuelve al planteamiento flexible de la temporalidad, así como a la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de elegir el subtipo de entre los consignados en el art. 5.1 RDA-85. La aplicación de la fijeza-discontinua se vuelve a restringir a partir de los siguientes argumentos:

- a) En un Parque de Atracciones hay multitud de espectáculos diversos cada temporada, por lo que cabe cuestionar si un espectáculo concreto puede calificarse como “actividad que constituye el objeto esencial de la compañía”, en el sentido de “función habitual del Parque”;
- b) esa pluralidad de espectáculos “pone de manifiesto que...puede dejar de ser representado cuando así lo decida la empresa, según su conveniencia o intereses, y que, por consiguiente, si por la concurrencia de una serie de circunstancias favorables una de esas obras o espectáculos es mantenida varias temporadas seguidas, no por ello tal actividad (la desplegada en esa concreta obra o espectáculo) adquiere la condición de fija discontinua”;
- c) una reiteración del espectáculo durante tres temporadas no es suficiente para cambiar de un contrato temporal a otro fijo-discontinuo; y
- d) si media otro espectáculo diverso, aunque su duración sea de pocos días, se rompe la reiteración.

A continuación, trata de aportar luces para indicar cuándo procede un subtipo de contrato temporal u otro; y señala que el contrato temporal “por una temporada” no impide que este se aplique “a aquellas representaciones artísticas o espectáculos que duren varias temporadas”, pero que la garantía para que el trabajador entienda que se su contrato se va a mantener durante las sucesivas temporadas de dicho

el carácter fijo discontinuo de los mismos”. De acuerdo con la Sentencia, es el Convenio Colectivo de la empresa “Port Aventura, S.A.” la que menciona el contrato fijo-discontinuo vinculado a las funciones habituales. No lo he podido comprobar en la norma paccionada, pero sí en el Convenio para los años 2004-2006 (el trabajador del asunto estuvo contratado entre 2-3-1998 y 30-10-2001) publicado por Resolución TRI/3795/2005, 29-12 (DO Generalitat de Catalunya, nº 4561, 30-1-2006), donde efectivamente así consta.

⁴⁴ STS de 17 de mayo de 2005, recud. 2700/2004, FD 4º.

⁴⁵ De 15 de enero de 2008, recud. 3643/2006.

espectáculo no es la celebración de un contrato fijo-discontinuo, sino de aquel cuya duración viene determinada por el “tiempo que la obra permanezca en cartel”, y que el art. 5.1 RDA-85 menciona en último lugar. Algo más de profundidad sobre esta última figura contractual alcanza un pronunciamiento posterior, en ámbito ajeno al de Parques, al señalar que, habiéndose pactado un contrato de trabajo “de obra” y luego de duración determinada “mientras la obra permanezca en cartel”, no cabe proceder a su extinción cuando concluya la temporada de representación teatral si a los tres meses se vuelve a representar el espectáculo, ya sea en la misma plaza inicial o en otra⁴⁶. Se aclara así que la permanencia en cartel no ha de ser continuada, pudiendo abarcar temporadas distintas.

3. OTRA ASIGNATURA PENDIENTE DE LA JURISPRUDENCIA: EL ARTISTA CON CONTRATO POR TEMPORADA *VERSUS* EL FIJO-DISCONTINUO

A mi juicio, no cabe aceptar que el TS haya cerrado la cuestión de la funcionalidad del contrato fijo-discontinuo en esta relación laboral especial. Y ello porque recurre a argumentos meramente formales –contrarios a su propia doctrina sobre la independencia de la naturaleza de los contratos respecto de la voluntad de las partes⁴⁷– o tautológicos (“si se acepta la temporalidad en actividades continuas, también se debe aceptar en actividades discontinuas”). En su día, la STCT de 15 de enero de 1970 distinguió así el “trabajo de temporada” de los músicos frente a la “actividad de temporada”:

“con una misma palabra *temporada* se entienden dos cosas: una, por la normativa del desempleo (...) referente a la forma de ejercerse una actividad, que ha de durar más de cuatro meses al año, y cuya duración se fija anualmente de oficio o a instancia de trabajadores y empresarios por la autoridad laboral, y que puede estar establecida reglamentariamente también por disposición del Ministerio de Trabajo (...), y otra por las Reglamentaciones de Trabajo, que emplean la expresión de personal temporal, temporero, de temporada o análogo, pero que en definitiva vienen a hablar de contrato de trabajo por tiempo cierto (...)”⁴⁸.

Se trata de una diferenciación que no es operativa ya hoy día, pues la autoridad laboral no fija temporada alguna, lo que hace que la aproximación e identificación

⁴⁶ STS de 26 de noviembre de 2012, recud. 4114/2011, FD 2º.

⁴⁷ STS de 21 de septiembre de 1993, recud. 129/1993, FD 2º.

⁴⁸ Tomo la cita de Dolz Lago, M.-J., *op. cit.*, p. 160. *Cursiva mía*. Efectivamente, el primer uso al que se refiere la STCT pervive en el art. 17.d) Ley 51/1980, 8-10, Básica de Empleo, ley hoy día derogada. No se utiliza actualmente ni en la LGSS ni en el RD 625/1985, 2-4, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo. Sobre el término

entre ambas figuras se produzca. La doctrina judicial más reciente ha ofrecido algún otro intento de distinción, si bien, a la postre, también ineficaz por adolecer de “relativo”. Así, cabe identificar los siguientes:

- 1º) El contrato temporal va a tener preferencia de paso, respecto del fijo-discontinuo, si hay otros indicios que inviten a poderlo aceptar, aunque estos procedan de alguna cláusula contractual: así, por ejemplo, ante un contrato de grupo con músicos prima la temporalidad porque la falta de uno de ellos permitía al empresario la resolución del contrato, no pudiéndose optar por su sustitución salvo autorización de aquel (la relevancia del artista es considerada por la Sala como indicio del carácter temporal y no permanente de su prestación de servicios)⁴⁹; o el hecho de que la prestación de servicios no abarque toda la temporada sino solo una parte de ella, junto a la aquiescencia de la trabajadora a firmar el finiquito al término de cada contrato y percibir la correspondiente indemnización⁵⁰; o bien que los contratos se extiendan de fecha a fecha, sin hacer una referencia genérica⁵¹;
- 2º) si el convenio colectivo determina la oportunidad del contrato fijo-discontinuo a este deberá de estarse⁵²;

“temporada”, su carácter de periodo sobre el que situar los distintos contratos artísticos de duración determinada, así como su diversa inteligencia en función del género artístico de que se trate: González Pérez, F., *op. cit.*, pp. 130-131. Este autor la distingue, además, del denominado “bolo” (entiéndase que su análisis llega hasta 1981): “módulo que se diferencia de la temporada en su menor duración temporal, que se fija de acuerdo con la tipología del artista profesional. Si es un trabajador de la música, actuará en “bolos” cuando participe en una sola representación, si se trata de ópera o baile sifónico; o en dos por lo que respecta a cualquier otro género” (*op. cit.*, p. 131).

⁴⁹ STSJ Baleares núm. 444/1992, 22-12-1992 (AS 1992\6145).

⁵⁰ STSJ Andalucía 839/1996, 21-6-1996 (AS 1996\1764).

⁵¹ STSJ Asturias 20-6-2020, rec. 145/2020 (Profesor instrumentista de Viola, con la categoría profesional de *Tutti*, de la Orquesta Sinfónica del Principado de Asturias). Se trata de un pronunciamiento claramente discutible.

⁵² Así sucede con el art. 28.3 Convenio Colectivo “Port Aventura, S.A.” cuando señala que “el personal contratado para prestar sus servicios durante el periodo de apertura del Parque, cubriendo las necesidades habituales derivadas de su normal funcionamiento, estará vinculado a la Empresa, con carácter general, a través de un contrato fijo-discontinuo”: v. SSTSJ Cataluña 16-3-2001, rec. 7350/2000; 20-10-2003, rec. 4750/2003; y 4-4-2005, rec. 9593/2004. No obstante, algún pronunciamiento de la misma Sala opta por solución contraria, exigiendo el pacto de las partes para que el contrato fijo-discontinuo pueda ser de aplicación: STSJ Cataluña 2101/2005, 8-3-2005 (JUR 2005\116620). Esta tesis de la fijeza-discontinua es seguida para otros Parques de Atracciones, como el valenciano “Terra Mítica”: STSJ C. Valenciana 12-2-2004, rec. 3704/2003.

- 3º) la extensa continuidad en la prestación de servicios inclina la balanza hacia el fijo-discontinuo, permitiendo desechar hasta los indicios de temporalidad: así, un periodo de dieciséis años o superior⁵³;
- 4º) para que el fijo-discontinuo pueda prevalecer sobre el temporal, los llamamientos deben hacerse por el mismo tiempo y en los mismos meses y en las mismas temporadas⁵⁴;
- 5º) (vidriosamente) el fijo-discontinuo se impone cuando se supera la actuación “por una temporada” y, simultáneamente, cabe sostener que existe una relación de servicios estable y permanente⁵⁵; y

⁵³ SSTSJ Islas Baleares 11-10-2007, rec. 437/2007; y 17-12-2007, rec. 553/2007. Así, en ambas sentencias, FFDD 2º y 5º *in fine*, respectivamente: “Ha de notarse, igualmente, que la auténtica naturaleza jurídica de una relación de trabajo concreta no depende de la forma en que se instrumente sino de las características reales de su contenido obligatorio. El hecho de que las repetidas contrataciones de la actora no cumplieran las formalidades externas propias del contrato para trabajos fijos discontinuos resulta, pues, irrelevante. Lo son asimismo los *finiquitos* suscritos por la actora en el momento de finalizar cada temporada, pues la extinción del contrato fijo discontinuo no opera cuando la temporada llega a su fin sino cuando la empresa prescinde de los servicios del trabajador al inicio de la siguiente. La alegación de que *el interés del público* por las actuaciones del dúo musical ha disminuido está, por último, falta de toda probanza, y nada afirma al respecto la resultancia fáctica”. *Cursivas mías*. No considera extensión suficiente para el contrato fijo-discontinuo la de tres temporadas, aparte de que las partes no siguieron este tipo contractual: STSJ Cataluña 9-2-2009, rec. 7971/2008. Posteriormente, aceptando 10 años y 11 temporadas para declarar a la trabajadora “indefinida no fija discontinua”, al tratarse del Ente Público RTVE: STSJ Madrid 28-3-2018, rec. 508/2017, FD 6º *in fine*.

⁵⁴ SSTSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife 16-10-2018, rec. 225/2018, FD 3º; y 20-6-2019, rec. 269/2019. Esta última afirma en su FD 4º *in fine*: “El impugnante señala que la contratación de la actora era por necesidades permanentes, pero tal hecho no puede considerarse probado. El hecho probado primero señala que cada uno de los contratos señalaba el programa objeto de contratación, y las fechas de las contrataciones no permiten hablar de actividad permanente. Para poder apreciar tal circunstancia debió señalar la trabajadora las obras o programas para las que se le contrató a fin de poder valorar si efectivamente eran programas u obras permanentes o temporales, que es la nota general en este tipo de actividad, y en la actividad de la Orquesta Sinfónica. Siendo la nota general en la contratación de artistas para espectáculos públicos, la temporalidad (así lo dice el TS y se deduce del RD), el fraude no se presume y hay que probarlo. De tal manera que no basta una mera alegación por la trabajadora de actividad permanente, sino que debió probar el objeto de cada contratación, según sus anexos, para poder valorar ese carácter de actividad habitual y permanente en la OST (Orquesta Sinfónica de Tenerife) que manifiesta en su impugnación”. Segundo paréntesis mío.

⁵⁵ STSJ Islas Baleares 5-12-2019, rec. 196/2019, FD 3º: “nos encontramos con cuatro personas trabajadoras que integraban un grupo musical denominado (sic) de flamenco y baile clásico español, que año tras año y desde 2006 prestaban sus servicios dentro del espectáculo denominado “concierto español” en diversos hoteles y locales con los que la empleadora contrataba. Los contratos suscritos no lo eran para una o varias actuaciones, ni para el tiempo que el espectáculo permaneciera en cartel, ni por tiempo cierto o una temporada, sino que se trataba de una contratación para las sucesivas temporadas estivales, incluso algunas actuaciones en invierno, para integrarse en

6º) igualmente, imposición del fijo-discontinuo cuando se contrata al artista, por anualidades, para prestar servicios “durante la temporada y no durante una obra concreta”, desempeñando actividades estructurales y no coyunturales⁵⁶.

4. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO TEMPORAL DE ARTISTAS

Como es conocido, resulta muy conveniente cuando se está analizando la duración de un contrato el paralelo análisis de sus causas de extinción. Y ello porque tal cotejo servirá para confirmar las conclusiones que se puedan haber obtenido en uno u otro ámbito.

Pues bien, la redacción del art. 10 RDA, tanto si se considera la previa a la reforma de 2022 como la posterior, ratifica que la temporalidad contractual era prevalente en esta relación especial, por los siguientes motivos:

- a) Su primer apartado –que no ha experimentado modificación alguna– se refiere a tres causas extintivas propias de los contratos temporales: su total cumplimiento (contrato con objeto material identificable y, por tanto, a término); la expiración del tiempo convenido; y, finalmente, aunque incluíble en la anterior, por expiración “de la prórroga o prórrogas acordadas”⁵⁷. El hecho de la calificación del tiempo de duración como “convenido” o de las prórrogas de aquel como “acordadas” remite a la autonomía de la voluntad como factor final o definitivo de dicha precisión, lo que, sin impedir, ciertamente, que sea la ley o el convenio colectivo la fuente que pueda determinar con mayor precisión un tope máximo de duración, ofrece la perspectiva del valor del acuerdo *inter partes*;
- b) el segundo apartado, que sí ha sido modificado, hace referencia a una indemnización por finalización del contrato; algo hoy día propio de los temporales del ET si atendemos a lo previsto por el art. 49.1.c);

el mismo grupo musical y desarrollar la misma actividad en los distintos hoteles y locales que la empresa fuera designado (sic). El presente supuesto es muy similar a los que resolvimos en anteriores sentencias... en las que... si fueron condenadas a las consecuencias del despido otras empresas del grupo para las que también los aquí demandantes prestaron servicios en anteriores temporadas (...). Esta nota de estabilidad y permanencia aparece con mayor claridad en el supuesto que ahora se somete a nuestra consideración”. Con anterioridad, señalando que cuatro temporadas de un espectáculo musical no convierte los contratos en fijos-discontinuos: STSJ Madrid 25-9-2009, rec. 3166/2009.

⁵⁶ STSJ Madrid 13-10-2020, rec. 281/2020, FD 2º.4.

⁵⁷ Para la STSJ Andalucía 24-5-1994, rec. 1488/1993, FD 4º: “Esta doble referencia al total cumplimiento del contrato y a la expiración del tiempo convenido es fiel reflejo de la multiplicidad de tipos de contratos de duración determinada utilizados en este sector. Por su parte, la extinción del contrato estipulado por tiempo indefinido se regirá por lo previsto en el ET, según se desprende del propio RDAEP en su artículo 10.5.”. El pronunciamiento sigue lo indicado en su día por López-Tarruella Martínez, F., op. cit., p. 223.

- c) la previsión del régimen jurídico de la inejecución total del contrato tanto por el artista como por el empresario; y
- d) la remisión, hoy día desaparecida, a otras formas de extinción contempladas por el ET.

La reforma del art. 10 RDA, si bien mantiene sustancialmente la estructura originaria del precepto, lleva a cabo cuatro cambios de gran importancia: el primero, la eliminación de la remisión al ET para otras formas de extinción; el segundo, la desaparición de la exigencia de una duración superior al año para que el contrato temporal dé derecho a una indemnización; el tercero, en la aplicación ahora del principio de norma mínima, en el sentido de que, conservándose como fuente reguladora del importe de aquella indemnización el convenio o el contrato, lo que se disponga en el pacto no podrá resultar inferior a lo previsto por el precepto del RDA-22⁵⁸; y el cuarto, en su importe fijado por la norma reglamentaria, que pasa de estar determinado en “siete días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores” a quedar ahora concretado en “doce días de salario por cada año de servicio”, sin mencionar el prorrateo mensual para los excesos del año, o en “veinte días de salario por cada año de servicio”, si la duración ha superado los 18 meses, incluidas las prórrogas, e, igualmente, sin prorrateo mensual para los excesos del año.

En primer lugar, es cierto que, teniendo en cuenta el carácter supletorio general del ET respecto de la Norma especial, se podría prescindir de su mención en el art. 10.5 RDA; pero parecía oportuno no haberlo hecho así, precisamente por el carácter taxativo que ofrece el primer apartado en relación con las causas de extinción, y por la confusión que se ha venido dando durante muchos años respecto de la existencia y posibilidad de contratos indefinidos en el ámbito artístico (a lo explicado en todo el grueso de este Estudio me remito). Por ello, considero que la omisión actual resulta desacertada o hubiera merecido –al menos– la cita del “despido” como causa de extinción en el primer apartado.

El establecimiento de una relación laboral especial confirma que son abundantes las dudas de su régimen jurídico si no se es suficientemente exhaustivo a la hora de determinarlo. Aunque la jurisprudencia (mayor o menor) al respecto es ciertamente escasa, y la que hay es bastante compleja de interpretar, alguna doctrina judicial considera que la indemnización correspondiente al despido improcedente del artista es la regulada por el art. 10 RDA, en lugar de la prescrita por el art.

⁵⁸ Al art. 10 RDA-85 observaba Roqueta Buj (*El Trabajo de los Artistas*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1995, nota nº 220 a pie de pp. 101-102), siguiendo a Alfonso Mellado (“Indemnizaciones entre empresario y trabajador en la relación laboral individual”, original mecanografiado, Valencia 1993, p. 332): “la indemnización que establece el Real Decreto no es un mínimo de Derecho necesario, sino una norma totalmente dispositiva, y por lo tanto pueden resultar aplicables indemnizaciones más reducidas si así se pacta, lo que, desde luego, sí que constituye una importante matización sobre el régimen ordinario de indemnizaciones laborales”.

56.1 ET (33 días de salario por año de servicio, con su prorrateo y tope), como sí hace otra, lo que me parece más correcto⁵⁹. Incluso se localizan pronunciamientos de carácter mixto, en los que se le da prioridad a la cláusula convencional por encima tanto del art. 10 RDA como del 56 ET, ya sea por entender que en los contratos temporales no se produce un despido improcedente sino una extinción *ante tempus*, indemnizada conforme al precepto especial (o al convencional si lo mejora), ya sea por considerar que sí acaece un despido improcedente, pero que la indemnización extintiva debe ser bien la pactada en convenio, al resultar su cuantía más elevada que la resultante de aplicar el art. 10.2 RDA, bien una en cuantía equivalente a las funciones o representaciones dejadas de realizar⁶⁰. Esto obliga a considerar también en este momento el régimen jurídico de la tutela por despido en aquellos contratos temporales que se hubieran extinguido en el momento de dictar la sentencia.

Si empezamos por esto último, ha de traerse a la consideración del lector la Reforma laboral de 2012, que restringe el abono de los salarios de tramitación a los supuestos en los que el empresario o, si fuera el caso, el representante legal de los trabajadores, opte por la readmisión o por la indemnización de improcedencia⁶¹. A partir de la restricción legal, la jurisprudencia entiende que, en el despido calificado como improcedente, tratándose de un contrato temporal ya extinto, no se debe abonar la indemnización de improcedencia junto a los salarios de tramitación, sino que habrá que optar entre: a) los salarios de tramitación, desde la fecha del despido hasta el día de terminación natural del contrato; o b) la indemnización de improcedencia del art. 56.1 ET⁶². De tratarse de un despido nulo, no habría posibilidad de opción, sino que serían debidos en todo caso los salarios de tramitación, es decir, los correspondientes a los días transcurridos desde la

⁵⁹ SSTSJ Madrid 6-10-2011, rec. 906/2011; Castilla y León, Valladolid, 22-12-2016, rec. 2081/2016; y STSJ País Vasco 20-2-2018, rec. 185/2018, respectivamente.

⁶⁰ Sobre el régimen indemnizatorio del art. 10 RDA: STSJ Madrid 20-6-2008, rec. 1834/2008. Aplica el precepto convencional por entender que mejora el art. 10.2 RDA en supuesto de despido improcedente: STSJ Madrid 12-4-2013, rec. 6830/2012. Con anterioridad, en similar solución, cabe citar la STSJ Madrid 11-10-2000, rec. 3695/2000, en la que se abona la indemnización prevista en convenio colectivo, que se considera aplicable no solo a la resolución del contrato de artistas acaecido el término convenido, sino también -por interpretación de la comisión paritaria- a los despidos improcedentes. Finalmente, calificándose la extinción como despido improcedente en relación temporal artística, y optándose por abonar como indemnización las retribuciones correspondientes a las actuaciones pendientes: STSJ La Rioja 13-4-1999, rec. 80/1999.

⁶¹ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁶² STS de 28 de abril de 2015, recud. 1016/2014, y STSJ País Vasco 20-2-2018, rec. 185/2018. Sobre este aspecto, es oportuna la consulta de Sempere Navarro, A. V., y Cardenal Carro, M., “La indemnización por despido en los contratos temporales. Estudio a partir de la STSJ de Navarra de 17 de noviembre 1992”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. IV/1992, consultado *online*.

fecha del despido hasta el día de terminación natural del contrato⁶³. Estos criterios jurisprudenciales son aplicados al caso de la relación laboral artística. La dificultad mayor se presenta a la hora de la determinación del salario/día del artista, ya que suele ser frecuente que su retribución se fije por días de actuación⁶⁴.

Todas las cuestiones enunciadas pueden combinarse; es decir, cómo se calcularía las cuantías correspondientes a cada una de las opciones, mencionadas en el párrafo anterior, en el supuesto de despido improcedente de un contrato de trabajo temporal extinto antes de dictarse sentencia. Pues bien, un pronunciamiento del TSJ del País Vasco de 2018 ofrece la respuesta al supuesto de una soprano, contratada por cuatro representaciones de ópera, que es despedida tras los dos primeros ensayos⁶⁵. Tras descartarse que se trate de un supuesto de inejecución total del contrato, y en referencia a los salarios de tramitación, la Sala decide que, pese a su retribución salarial concentrada (9.000 € por función), la misma abarca todos los días de contrato y llega a la conclusión que su salario diario asciende a 1.333,33 € ($9.000 \times 4/27$; pues son 27 los días que el contrato hubiera durado de haber seguido una extinción natural u ordinaria). De este modo, los salarios de tramitación –en caso de la opción por la readmisión– ascienden a 34.666,67 € ($1.333,33 \times 26$ días). Por su parte, para el cálculo de la indemnización por improcedencia como obligación alternativa, vuelve a utilizar el salario regulador diario que acaba de calcular. Como solo ha trabajado un día debe utilizarse el mínimo de indemnización que se calcula en su importe mensual –serían 2,75 días de salario ($33/12 = 2,75$)–, y

⁶³ STS de 28 de abril de 2010, recud. 1113/2009. Sigue –tras la Reforma laboral de 2012– este criterio, si bien en asunto ajeno a la contratación de artistas, la STSJ Madrid 18-2-2020, rec. 695/2019. Es algo que se había defendido desde tiempo atrás por Roqueta Buj, si bien la jurisprudencia que cita no menciona el RDA (STCT 15-12-1982, RTCT 1982\7369, y STS de 11 de octubre de 1989, RJ 1989\7165); si lo hace la STSJ Andalucía 24-5-1994, rec. 1488/1993, citada igualmente por aquella autora (*op. cit.*, nota nº 201 a pie de pp. 94-95).

⁶⁴ Un ejemplo anterior a la Reforma de 2012 en STSJ Madrid 9-10-2006, rec. 3129/2006, en la que, si bien para la indemnización de improcedencia, se utiliza el periodo de duración del contrato, los salarios de tramitación siguen los días de trabajo efectivo hasta la fecha del despido. Por otro lado, también la cotización del artista sigue un sistema ajustado a la retribución diaria percibida por aquel, si bien la cuota se abona mensualmente. Dicha cotización presenta un carácter provisional, ya que, al finalizar el año, se regulariza por defecto o por exceso. V. arts. 11 Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2022; y 32.5 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social. En la doctrina, una explicación de cómo se desarrollaba esta cotización a fecha 2006: Hurtado González, L., *op. cit.*, pp. 591-605. Sobre este mismo aspecto, más recientemente: Trillo García, A. R., *Cotización, liquidación y recaudación de cuotas de la Seguridad Social*, Edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2018, pp. 131-134.

⁶⁵ De 20-2-2018, cit.

que luego ha de multiplicarse por el salario/día tal como se había ya calculado. De este modo, la indemnización por improcedencia asciende a un total de 3.666,66 €.

La cuestión que queda abierta es si, en el caso de que hubiera trabajado más de un mes, se computarían solo los días de efectiva prestación de servicios –incluyendo los días correspondientes a ensayos, aunque no hubiera representación o función–, o toda la duración del contrato. Si atendemos al régimen establecido para el contrato fijo-discontinuo⁶⁶, solo deberían considerarse los días efectivamente trabajados. Sigue este criterio cierta doctrina judicial⁶⁷, lo que ocasiona una discordancia importante con lo señalado por la Sala vasca en relación con los salarios de tramitación. Es decir, se sigue en el caso de la indemnización de improcedencia el total de los días de efectiva prestación de servicios, en tanto que, para los salarios de tramitación, se atiende al periodo restante de duración, con independencia de que tales días se trabaje o no⁶⁸.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: VALORACIÓN CRÍTICA FINAL EN EL MARCO DE LA REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 15-16 ET Y 5 Y 10 RDA

La reforma del art. 15 ET ha eliminado, con carácter general, el contrato para obra y servicio determinado y ha suprimido toda referencia al fraude de ley en materia de contratación temporal. Por su parte, el Gobierno ha debido apresurarse a confirmar la pervivencia de los contratos temporales propios de los artistas, que, precisamente por aquella reforma previa, quedaba un tanto cuestionada. Mediante el RDL 5/2022 se reiteran los ya conocidos y se añade el subtipo temporal “por el tiempo que duren las distintas fases de producción”. Esta respuesta legislativa de urgencia confirma el encuadre del art. 5 RDA en el ámbito superior del 15 ET, o “modalización” del último en el primero, en palabras de Valdés Dal-Ré⁶⁹. También ha desaparecido toda referencia al fraude en el art. 5 RDA, que ofrece ahora una mención de la naturaleza de la actividad como determinante para recurrir a la vía del contrato indefinido o a la del temporal. Sí se cita expresamente en

⁶⁶ STS de 30 de julio de 2020, recud. 324/2018.

⁶⁷ STSJ Asturias 4-5-2007, rec. 523/2007, FD 6º: “El salario que ha de servir de base para fijar las consecuencias económicas del despido, ante la falta de otras precisiones por las partes, vendrá dado por el número de representaciones que se celebraron (incluida aquella que no realizó por voluntad de la empresa), multiplicadas por los 90 euros que percibía en cada una y dividido todo ello por el número de días transcurridos entre la primera y la última. El resultado es de 3,24 euros día, arrojando una indemnización de 60,75 euros”.

⁶⁸ Precisamente al revés de lo que hacía la STSJ Madrid 9-10-2006, *cit.* Se decantó por los salarios de tramitación correspondientes “a las actuaciones que la recurrente dejó de realizar en las cinco ocasiones que estaban previstas” la STSJ Madrid 12-4-2013, *cit.*, FD 10º *in fine*.

⁶⁹ *Op. cit.*, consultado *online*.

dicho precepto la aplicación de la regla limitativa del posible encadenamiento de contratos temporales del art. 15.5 ET, aunque estos respondan a causas justificadas. La jurisprudencia de 2020 ha quedado así legislativamente consagrada.

Sin embargo, no queda resuelto con carácter definitivo el engarce entre lo temporal y la fijeza-discontinua. Puede que esta vaya a ser una problemática cuya intensidad se agudice en los próximos años, a raíz de la función destacada que la reforma otorga al contrato de dicho nombre, y cuya prueba más palpable es la redacción, y ampliación, del art. 16 ET. Resulta, cuanto menos, sorprendente, la omisión de la mención de esta modalidad contractual en el art. 5 RDA-22, sobre todo ante la clara opción del legislador de la Reforma laboral de 2021 por este contrato como medio de alcanzar la tan anhelada estabilidad en el empleo y como vía para la reducción de la temporalidad.

El ámbito de la relación artística constituye un laboratorio o campo de pruebas adecuado para el conflicto anunciado. La intensa presencia que la “temporada” tiene en esta actividad choca, sin duda, con la reiteración cíclica del contrato fijo-discontinuo. Si, tal como queda claro y diáfano, el RDA-22 tiene por sujetos a todos los trabajadores que participan en espectáculos artísticos, la única forma de diferenciación estribaría en limitar el llamado “contrato por una temporada” a la *temporada única*⁷⁰. De lo contrario, la distinción con la reiteración cíclica del fijo-discontinuo deviene imposible. No se trata de una cuestión nueva. Ya en los años setenta la doctrina trató de distinguir entre “temporada” y “campana” con relativo poco éxito⁷¹. Realmente, el carácter determinado de la actividad artística

⁷⁰ En contra: STS de 15 de enero de 2008, FD 4º, 2.5. Mi planteamiento permitiría la distinción con el contrato temporal llamado “mientras la obra permanezca en cartel”, que sí sería hábil para más de una temporada. No me queda clara si esta es también la postura de Altés Tárrega y García Testal cuando, en el repaso por los contratos temporales del RDA-85, se refieren al “contrato por una temporada”, señalando que “se caracteriza por tener fijada la duración en función de la temporada artística propia de cada actividad” y añadiendo que “también, como los anteriores, admite su prórroga” (“La aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores a la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núms. 449-450/2020, p. 71).

⁷¹ Interesante el estudio de Ojeda Avilés, A., *Los Trabajadores Temporales (Problemas jurídicos de eventuales, interinos y temporeros en Derecho Español)*, Edit. Universidad de Sevilla, Sevilla 1973, pp. 49 y ss., quien señala que “la «temporada» hace referencia al tiempo dentro del cual puede realizarse una determinada actividad, mientras que «campana» indica más bien el tiempo durante el cual efectivamente se desarrolla la actividad en cuestión”. Y lo acompaña del siguiente claro ejemplo, que, además, alude a la actividad de artistas musicales: “La temporada de ópera, o de teatro, pongamos por caso, no significa bajo el punto de vista gramatical que la actividad musical o dramática se mantenga día por día, sino únicamente el paréntesis temporal en donde viene a quedar encerrado todos los años, acostumbradamente, el trabajo de escenarios. Junto a ello, la campana arrocera, la campana resinera, la del corcho, etc., indican mejor los días o meses a lo largo de los cuales es necesario asolarse en la marisma, o internarse en los pinares o encinares, pues sólo en esos días podrá obtenerse el fruto esperado”. Pero de seguido observa que “las fronteras

se consideraba un aspecto claro y no cuestionable, algo que ha ido desapareciendo paulatinamente⁷². El problema es, precisamente, la reiteración. Y ello porque la periodicidad y el carácter cíclico no exigen que los meses de reiteración sean siempre los mismos, resultando posible diferenciar entre una temporalidad “cierta” y otra “variable”.

En conclusión, la reforma del art. 5 RDA, si bien permite una mayor seguridad jurídica, no consigue resolver el problema de origen de la actividad artística: un trabajo muy variado, difícil de aglutinar en una norma de imperatividad general, que exige no pocas excepciones según las circunstancias y que, por tanto, en mi opinión, va a seguir planteando problemas, particularmente en la relación entre los contratos temporales “por tiempo cierto” o “por una temporada” y los fijos-discontinuos. Además, hubiera merecido una plasmación más detenida de la filosofía subyacente en el art. 5 RDA en otros preceptos de la misma Norma, muy especialmente en el art. 10 RDA, absolutamente vinculado con el primero.

entre una y otra se difuminan a la hora de calificar ciertas actividades: si tomamos, por ejemplo, la actividad hotelera, se ajusta más a su sentido la concepción de «campana», en vez de temporada, como se la denomina normalmente”. Para Ruiz de la Cuesta Fernández, “la temporada, a diferencia de lo que sucede con la «campana», suele revestir carácter periódico y es característica de la misma su fidelidad a una época determinada del año, ofreciendo, por lo tanto, una cierta seguridad en cuanto a las fechas en que tendrá lugar año tras año” (*op. cit.*, p. 250), en tanto la «campana» sería “un conjunto de actos o esfuerzos que se aplican a un fin determinado, formando un conjunto que puede sufrir interrupciones” (nota nº 341 al pie de p. 250). Y ello sin entrar en la distinción con la actividad estacional. Todo lo anterior, ante el incremento del turismo, ha alcanzado la superación de todo límite, particularmente en la hostelería, que, en Sevilla (mi ciudad natal y de residencia), incluye el turismo o “temporada de primavera” o “de Semana Santa y Feria”. Habrá que atender a la idiosincrasia de cada sector y de cada localidad. Por otro lado, en los Parques de Atracciones, como se ha dicho, la actividad va desde la primavera hasta el otoño (y ello sin una coincidencia exacta con el inicio y final de dichas estaciones).

⁷² El propio Ojeda, con cita de doctrina alemana (Molitor, “Saisonarbeit”, en *Arbeitsrecht-Blattei*, Stuttgart 1953, I, 1) y Fernández López, M^a. F., “Sobre la situación laboral de los profesores integrantes de una orquesta (Informe)”, *Relaciones Laborales*, 1987, vol. II, p. 1290.

HUELGA Y TRABAJO AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE EN LA ACTUALIDAD*

JOSÉ ENRIQUE RUIZ SAURA

*Investigador Contratado Predoctoral-FPU de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

EXTRACTO

Palabras Clave: Huelga, trabajador autónomo, libertad de competencia, derechos colectivos

La actual regulación del derecho de huelga data del año 1977. Esto supone que, en el momento de configurar legalmente el ejercicio de este derecho fundamental, se atendieron a unas realidades sociolaborales muy diferentes a las existentes actualmente. Sin embargo, décadas más tarde, nos encontramos con determinados roles laborales que se han consolidado después y que tienen presencia una cotidiana en el escenario económico de nuestros días. Entre ellos, el caso de las personas trabajadoras autónomas económicamente dependientes es destacable. Consecuentemente, en aras a la seguridad jurídica de las relaciones laborales de nuestro tiempo, se hace necesario analizar esta figura laboral con rigor y, tras una reflexión finalista y lógica del espíritu que llevó al legislador a regular la huelga, determinar el mejor encaje posible del trabajo autónomo económicamente dependiente como titular de este derecho fundamental.

ABSTRACT

Key Words: Strike, self-employed worker, freedom of competition, collective rights

The current regulation of the right to strike dates back to 1977. This means that, at the time of legally configuring the exercise of this fundamental right, social and labor realities were taken into account that were very different from those that currently exist. However, decades later, we find certain job roles that have been consolidated later and that have a daily presence in the economic scenario of our days. Among them, the case of economically dependent self-employed workers is noteworthy. Consequently, for the sake of the legal certainty of labor relations in our time, it is necessary to rigorously analyze this labor figure and, after a finalist and logical reflection of the spirit that led the legislator to regulate the strike, determine the best possible fit of the self-employed economically dependent as holder of this fundamental right.

*El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación: “La actividad sindical y derechos colectivos en las relaciones laborales del siglo XXI”, realizado en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia con la financiación del Ministerio de Universidades (FPU 19/02487).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. POSICIONAMIENTO DOCTRINAL MAYORITARIO: ILCITUD DE LA HUELGA DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES
 - 2.1. La libertad de competencia como límite a las medidas de presión colectivas por parte de los trabajadores autónomos
 - 2.2. Referencia a la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19/10/2018
3. PRONUNCIAMIENTOS DOCTRINALES FAVORABLES A LA LICITUD DE LA HUELGA DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS DEPENDIENTES
 - 3.1. Extensión al TRADE del carácter tuitivo del derecho del trabajo
 - 3.2. Principales argumentos de este sector doctrinal
 - 3.2.1. La debilidad contractual característica en el caso del TRADE
 - 3.2.2. Intereses laborales compartidos entre el TRADE y el trabajador por cuenta ajena
 - 3.2.3. Contraparte empresarial destinataria de la huelga del TRADE
 - 3.2.4. La situación del TRADE es equiparable a la del personal funcionario
4. EL DERECHO DE HUELGA DE TRABAJADORES NO ASALARIADOS EN LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES
5. CONCLUSIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

La huelga es una medida de lucha que cuenta con un extensísimo arraigo en el ámbito laboral. Tanto es así que se remonta prácticamente a los orígenes del movimiento obrero. No obstante, existe la tendencia de que el concepto de huelga sea cada vez más utilizada en otros contextos sociales y económicos como instrumento de presión colectivo frente a diversos destinatarios de la medida, como es el caso de las huelgas estudiantiles o la huelga feminista convocada en los últimos años para el 8 de marzo, Día Internacional de la Mujer¹.

Esta tendencia de nueva utilización de la huelga se produce también en el ámbito de las actividades productivas desempeñadas por profesionales en régimen de autonomía. Estos supuestos de cesación de actividad llevados a cabo por trabajadores por cuenta propia, son medidas de protesta dirigidas a empresas clientes que aglutinan gran parte de sus servicios (generalmente, más grandes y con mayor poder negociador), o bien, dirigidas a las Administraciones Públicas. Como ejemplos de todo ello, puede aludirse a los paros acometidos en los últimos tiempos por sectores como agricultores, ganaderos, camioneros, taxistas, abogados, etc. En casos como los referidos, puede llegar a articularse verdaderos grupos de presión cuando el conjunto de profesionales autónomos organizados son significativos, ya sea por albergar un número elevado de componentes o por ocuparse de una actividad socialmente importante. En casos como éstos, incluso, sucede que la

¹ Sepúlveda Gómez, M., “Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados”, *Temas laborales*, núm. 8, 2005, pág. 202.

Administración Pública competente se puede ver en la obligación de intervenir mediando con los promotores del cese en la actividad para alcanzar una solución que no se demore en el tiempo. Estos escenarios se han dado recientemente en las huelgas llevadas a cabo en el sector del taxi en ciudades importantes como Madrid o Barcelona. Todo ello, como medida de presión para hacer frente al incremento de la concesión de licencias a vehículos con conductor correspondientes al sector del alquiler de vehículos de turismo con conductor (en adelante, VTC), o en el caso de los transportistas de mercancías, en la navidad de finales del año 2021 y, muy recientemente, a finales del primer trimestre de 2022, ante el malestar surgido a raíz de la subida del precio de determinados elementos necesarios para el desarrollo de su actividad económica, fundamentalmente, del combustible.

El objeto de este estudio es un sector muy concreto del conjunto de personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas, el trabajador autónomo económicamente dependiente (en adelante, TRADE). Se trata de un colectivo que, por su idiosincrasia, merece un análisis específico. No en vano, por definición, se trata de personas trabajadoras que, pese a no haber suscrito un contrato de trabajo al uso, una amplísima proporción de las rentas de su actividad profesional emanan de los servicios que prestan a un único destinatario, generalmente, una empresa de tamaño significativamente superior. Por tanto, en la reivindicación de unas condiciones de trabajo, se da una serie de paralelismos entre los grupos de trabajadores asalariados y los de TRADEs. Y todo ello, sin olvidar que la figura del TRADE, en no pocos casos, está asociada a la del “falso autónomo”. De tal forma que, su situación jurídica, tan solo responde a estrategias empresariales encaminadas a precarizar condiciones de trabajo y generar economía sumergida e infracotización².

A menudo, las personas prestadoras de servicios en la economía de plataformas virtuales (en adelante, EPV) y, más concretamente, en las plataformas de reparto, se han visto y continúan viéndose envueltas en situaciones equiparables a las indicadas en el párrafo anterior con respecto al TRADE y, sobre todo, a los “falsos autónomos”. No en vano, ha venido siendo habitual que, a efector formales, se les haya atribuido la condición de meros proveedores de servicios no asalariados. El malestar generado por ello y por unas deficientes condiciones de trabajo ha propiciado que se hayan dado “parones” organizados del servicio por parte de estas personas trabajadoras y colapsos temporales del reparto de comida desde algunas de estas plataformas. Ello ha hecho que, para canalizar una salida adecuada a esta coyuntura, existan voces doctrinales abriendo un debate para abogar por la extensión de la titularidad del derecho de huelga a estos colectivos en términos

² Disponible en: La Inspección de Trabajo detecta 50.000 falsos autónomos y ataja un fraude de 300 millones de euros a la Seguridad Social (publico.es) <https://www.publico.es/economia/inspeccion-detecta-50000-falsos-autonomos-ataja-fraude-300-millones-euros-seguridad-social.html> (última revisión en fecha de 4 de abril de 2022).

idénticos a los del trabajador industrial clásico. La argumentación jurídica, tanto en una línea como en la contraria, alberga numerosas aristas que se tratan aclarar en las líneas siguientes.

2. POSICIONAMIENTO DOCTRINAL MAYORITARIO: ILICITUD DE LA HUELGA DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

2.1. La libertad de competencia como límite a las medidas de presión colectivas por parte de los trabajadores autónomos

En casos como los señalados en los párrafos precedentes, la paralización de su actividad por las personas prestadoras de un servicio no se trata de una medida que pueda ser considerada una huelga al uso, ni que esté dentro de los márgenes establecidos por el *Real Decreto-ley 17/1977*, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (en adelante, RDL 17/1977)³ u otra normativa aplicable. De hecho, en muchas ocasiones, ni siquiera existe el reconocimiento previo de relación laboral por parte de la empresa, lo cual supone que los prestadores de servicios que participan en la protesta quedan en una situación de inseguridad jurídica, puesto que la STC nº 11/1981, de 8 de abril, determinó que la titularidad del derecho de huelga está vedada a los trabajadores que tengan la condición de asalariados. En este sentido, un repartidor de Glovo que formó parte del antedicho paro de Zaragoza en 2018, hacía la siguiente lectura sobre el contexto en que fue desarrollada la protesta:

“Como autónomos que somos, tenemos la libertad de no seleccionar esas horas. Que colapse el servicio es problema de la empresa, no nuestro. Otra propuesta era coger los pedidos y reasignarlos todos, pero entonces sí hubiera habido represalias, porque habríamos incumplido nuestro trabajo”⁴.

En esencia, puede afirmarse que, para estos repartidores, lo que tradicionalmente se ha considerado como una huelga, en su terminología gremial, es ahora referida como “desconexión”. También es destacable que, la valoración que realiza este repartidor durante el transcurso la acción de protesta, es plenamente coincidente con la fundamentación llevada a cabo por el TC en el FJ 12º de su STC nº 11/1981, de 8 de abril:

³ BOE nº 58 de 9 de marzo de 1977.

⁴ Disponible en: Repartidores de Glovo en Zaragoza ingenian una ‘huelga colaborativa’ y colapsan la ‘app’ (elconfidencial.com) https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2018-09-10/glovo-paralizan-zaragoza-riders-precariedad_1613740/ (última revisión en 29/10/2021).

“La cesación de la actividad de este tipo de personas, si la actividad empresarial o profesional es libre, se podrá realizar sin que ninguna norma les conceda ningún derecho, aunque sin perjuicio de las consecuencias que haya de arrostrar por las perturbaciones que se produzcan”.

Además de la fundamentación efectuada por el TC en una sentencia tan sumamente trascendente como la referida del año 1981, hay otra cuestión que no debe pasar desapercibida para comprender el alcance de la titularidad del derecho de huelga. Nos referimos al criterio mantenido por el legislador, una vez entrada la década de 1990, en el posterior intento de regulación de este derecho que tuvo lugar en la cuarta legislatura tras la reinstauración de la democracia en España. Concretamente, a lo largo de los primeros meses de 1993, durante la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1992 (PLOH) en el Congreso de los Diputados primero, y en el Senado después (cabe recordar que, finalmente, el proyecto legislativo no entró en vigor, debido a la disolución de las Cortes Generales en el año 1993), el borrador del texto manifestó lo siguiente en el apartado II de su exposición de motivos⁵:

“En la regulación de la huelga con carácter general la Ley contempla los distintos aspectos que configuran el régimen jurídico de este derecho, y así, significadamente, se regulan: la definición y el ámbito subjetivo del derecho individual de huelga, que incluye a trabajadores por cuenta ajena y funcionarios públicos (...)”.

Por tanto, queda patente que, pese a transcurrir doce años desde la antedicha sentencia del TC que había interpretado que la titularidad del derecho de huelga quedaba vedada a trabajadores autónomos, la posición mayoritaria del legislador (sin perjuicio de la enmienda puntual para la “Extensión del derecho de huelga” presentada por el entonces senador de UCD, Alberto Manuel Dorrego González) no era ampliar ese derecho fundamental al reseñado colectivo. Algo que sí quiso poner de manifiesto con respecto al personal funcionario, al cual señala expresamente en su redacción para eliminar cualquier atisbo de duda.

Consecuentemente, en supuestos como el analizado, la paralización de su actividad por parte del trabajador por cuenta propia, no estará amparada por el derecho fundamental de huelga (art. 28.2 CE), sino por el de libertad de empresa (art. 38 CE)⁶. Y esto es debido a que, entre las facultades que componen esa libertad empresarial, está la decisión del autónomo de dar comienzo, dar término o dejar en suspenso su actividad económica.

⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 29/03/1993. PROYECTO DE LEY 621/000109 Orgánica de Huelga.

⁶ Sepúlveda Gómez, M., “Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados”, *Temas laborales*, núm. 8, 2005, pág. 202.

Se trata de un planteamiento doctrinal respaldado por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) nº 1516/2018, de 19 de octubre⁷, la cual será puesta de relieve más adelante. En este sentido, el Alto Tribunal viene a recordar nuevamente que, la condición de titulares del derecho de huelga, recae exclusivamente sobre quienes ejercen una actividad laboral en régimen de asalariados y, por tanto, cuando el derecho se lleva a cabo mediante el cese de su prestación de servicios. Al excluir a la persona trabajadora autónoma de la titularidad del derecho de huelga, el TS omite cualquier diferenciación entre el trabajo autónomo ordinario y la figura del TRADE, eludiendo abordar la dependencia económica existente entre este último y una empresa cliente principal durante el desarrollo del vínculo contractual que une a ambos. Además, precisa que la finalidad del referido derecho fundamental es la de que los trabajadores por cuenta ajena “puedan desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales”. Finalmente, llega a la siguiente conclusión:

“Aquí radica una muy importante diferencia que separa la huelga constitucionalmente protegida por el artículo 28 y lo que en algún momento se ha podido llamar huelga de trabajadores independientes, de autopatrones o de profesionales, que, aunque en un sentido amplio sean trabajadores, no son trabajadores por cuenta ajena ligados por un contrato de trabajo retribuido. La cesación en la actividad de este tipo de personas, si la actividad empresarial o profesional es libre, se podrá realizar sin necesidad de que ninguna norma les conceda ningún derecho, aunque sin perjuicio de las consecuencias que haya que arrostrar por las perturbaciones que se introduzcan”.

Partiendo de lo anterior, se ha señalado que, un cese de la actividad coordinado por parte de un grupo de “falsos autónomos” en la EPV (*v.gr.*: repartidores de comida a domicilio atendiendo pedidos efectuados desde una *app*), aunque tendría la consideración de medida de conflicto colectivo, no sería admitida como manifestación del derecho de huelga, y por tanto, no dispondría de las garantías legales ni de la protección jurídica propia de este derecho fundamental⁸. Incluso, al referirse a “las consecuencias que haya que arrostrar por las perturbaciones que se introduzcan”, el TS deja entrever el riesgo de que este tipo de parones pueda acabar siendo considerado un acto atentatorio contra el derecho a la competencia.

⁷ Rec. 4389/2017.

⁸ Valle Muñoz, F.A. *Los derechos colectivos en las nuevas formas de trabajo tecnológico*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2021, pág. 80; Ferradans Carames, C., “Los derechos colectivos de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas”, en AA.VV., Gómez Muñoz, J. M., (Dir.) *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2021, pág. 356; Cordero Gordillo, V., “Ejercicio de huelga en el contexto de descentralización productiva”, en AA.VV., *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT*, MTMSS, Madrid, 2019, pág. 1329.

Anteriormente, un sector significativo de la doctrina ya venía interpretando que, la posibilidad de ejercer una huelga en los términos previstos por el art. 28.2 CE para los trabajadores por cuenta ajena, estaba excluida para el TRADE⁹ (sin que ello se hubiera visto revertido por la entrada en vigor de la LETA¹⁰). En este sentido, Desdentado Bonete fue taxativo con respecto a la no incidencia que esta nueva ley tenía sobre la no inclusión del TRADE en la titularidad del derecho de huelga, señalando que “la mera referencia evasiva a la tutela colectiva no es suficiente para sostener la aplicación del derecho de huelga a los trabajadores autónomos”¹¹. De tal forma que, cualquier paralización de la actividad de un TRADE estaría al margen del supuesto de hecho comprendido para la huelga lícita, pues ésta es considerada una institución estrechamente vinculada al trabajo asalariado¹². Incluso, se ha sostenido que la garantía propia de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, contenida para el caso de la huelga en el art. 28.2 CE, tampoco es extensible para el TRADE “ni siquiera cuando sea un sindicato, y no una asociación profesional, el órgano convocante” de dicho parón¹³.

Con posterioridad a la antedicha sentencia del Alto Tribunal, la doctrina también ha venido a remarcar de manera muy concreta esta incompatibilidad legal entre trabajo autónomo y ejercicio de una huelga lícita¹⁴. Podría decirse que, tanto estos últimos pronunciamientos doctrinales más recientes como los anteriores, van en la línea de la idea señalada en un principio por Montoya Melgar al abordar esta cuestión, esto es, que la huelga es con carácter primario un derecho propio de las personas trabajadoras por cuenta ajena, en base a su sujeción a un contrato de trabajo y a estar regidas plenamente por el Derecho del Trabajo¹⁵.

En consecuencia, se señala que, en el supuesto de que una serie de trabajadores por cuenta propia lleven a cabo una actuación directa sobre el mercado de bienes

⁹ Roqueta Buj, R., “Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional”, *Temas Laborales*, núm. 114, 2012, pág. 27.

¹⁰ Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (BOE nº 166, de 12 de julio de 2007).

¹¹ Desdentado Bonete, A., “El traje nuevo del emperador”. Sobre la legislación simbólica n el Estatuto del trabajo autónomo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 44, 2008, págs. 13-35.

¹² García Murcia, J., “Los derechos colectivos del trabajador autónomo”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2009, pág. 1.

¹³ Sánchez Torres, E., “Los derechos colectivos del trabajador autónomo”, en AA.VV., Gala Durán, C., Conde Viñuelas, F., (Coords.) *Comentarios al Estatuto del trabajo autónomo*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 230.

¹⁴ Göerlich Pesset, J.M., “Digitalización y derecho de huelga”, *Temas laborales*, núm. 115, 2020, pág. 96. Todo ello, sin olvidar el reciente estudio que Valle Muñoz circunscrito al ámbito de las plataformas virtuales, en el cual no se vuelve a incidir para evitar reiteraciones indebidas.

¹⁵ Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, 42ª Ed., Madrid, 2021, pág. 786.

y servicios para reclamar determinadas de trabajo, la organización de esa actividad conjunta sería encuadrable dentro de las conductas colusorias expresamente prohibidas en el ordenamiento jurídico, tanto el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC)¹⁶ como por el art. 101 TFUE¹⁷.

Y tras todo ello, también ha de traerse a colación que, en el ordenamiento vigente, es difícil encontrar fórmulas para que los TRADEs o, incluso, “falsos autónomos” como los que han proliferado años atrás en torno a las plataformas de reparto, puedan desarrollar una huelga que cumpla escrupulosamente con todos los trámites administrativos y legales previstos para las personas trabajadoras por cuenta ajena. No en vano, se trata de grupos de trabajadores que suelen carecer de una representación legal de acuerdo con lo dispuesto en el ET¹⁸ y en la LOLS¹⁹, y que se sirven de redes sociales y canales similares para la organización y difusión de estas protestas. De tal forma, que no se dispone de fórmulas relativamente sencillas para que, quienes lideren el parón de la actividad, acometan un preaviso formal a la empresa, una mediación previa a su inicio, la constitución de un comité de huelga, etc.

2.2. Referencia a la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19/10/2018

Esta resolución del Alto Tribunal merece especial atención porque amplía y concreta el criterio doctrinal expuesto en el apartado anterior. Y lo hace en el sentido de abordar exhaustivamente la vulneración del derecho a la libre competencia que puede tener lugar en los casos en que un colectivo de trabajadores autónomos, pese a su carácter económicamente dependiente con respecto al empresario cliente, decidan acordar una paralización de su actividad o huelga de forma coordinada.

Los hechos relevantes que recoge la propia sentencia hacen alusión a que, un grupo de trabajadores bilbaínos por cuenta propia dedicado a servicios de transporte horizontal en el puerto de la ciudad, se integraban en la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del puerto de Bilbao (en adelante, ATAP). Esta asociación anunció en fecha de 24 de junio de 2014 su decisión de cesar en la prestación de servicios a aquellos buques que estuvieran gestionados por la naviera Maersk Lines. A consecuencia de ello, en resolución de 14 de enero de 2016, la

¹⁶ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE nº 159, de 4 de julio de 2007).

¹⁷ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada en DOUE de 26 de octubre de 2012).

¹⁸ 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 nº 255, de 24 de octubre de 2015).

¹⁹ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE nº 189, de 8 de agosto de 1985)

Autoridad Vasca de la Competencia sancionó a ATAP con una multa de 800.000 euros por entender que había cometido una infracción del art. 1.1 LDC.

Sin embargo, esta asociación se opuso frontalmente a la sanción planteando, entre otros argumentos, que la medida anunciada no lo fue desde el rol de un agente económico que actúa en el sector portuario, sino en calidad de organización sindical que alberga a trabajadores autónomos sin empleados a cargo y que, por tanto, pueden agruparse sindicalmente como titulares del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE). Así mismo, se remitieron a lo dispuesto en sus estatutos, donde se especifica que su fin es la defensa de los intereses profesionales de los trabajadores del transporte (no define a sus miembros como empresarios, sino como trabajadores sindicados), para incidir en la naturaleza sindical de esta asociación.

Cabe señalar que los argumentos de ATAP, en un primer momento, fueron considerados como parcialmente acertados por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Justicia del País Vasco, quien en su sentencia de 17 de mayo de 2017²⁰, determinó que la actuación de la asociación no era contraria a derecho por estar respaldada por el ejercicio legítimo de un fundamental (en este caso, el derecho de asociación). Por tanto, el TSJ del País Vasco vino admitir que la acción de ATAP supusiera el mero ejercicio de un derecho colectivo del cual no podían desprenderse consecuencias desfavorables para sus titulares²¹.

Y así llegamos a la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n° 1516/2018, de 19 de octubre²², que despoja por completo de validez a los argumentos de ATAP y, por ende, al criterio plasmado por el TSJ del País Vasco en su sentencia anterior. Para el TS, el paro promovido desde ATAP constituyó un boicot al libre ejercicio de la actividad empresarial, lo cual supone una conducta antijurídica por parte de los promotores y de los transportistas participantes en la misma, sin que se admita la salvaguarda del ejercicio del derecho de asociación, como señala en su FJ 2° y su FJ 3°²³. Para terminar, el TS fija una premisa general para situaciones como la

²⁰ Rec. 78/2016.

²¹ “La convocatoria en cuestión, lejos del propósito de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado de referencia, no ha tenido otra finalidad, objetivamente justificada, que la defensa de los intereses de los transportistas integrados en ATAP y por esa razón, cualquiera que fuera su incidencia potencial o real en aquel ámbito no puede entenderse contraria a las prohibiciones del artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio sin desconocer el derecho constitucional de asociación (artículo 22 de la Constitución) y sus manifestaciones más naturales, ya no decimos el derecho de libertad sindical en vertientes distintas a la asociativa (artículo 28.1 de la Constitución y artículo 2 de la Ley Orgánica 11/1985) dada la condición de trabajadores autónomos de los asociados a la entidad sancionada”.

²² Rec. 4389/2017.

²³ “(...) cabe entender que la protección dispensada por el derecho de asociación (art. 22 CE) no abarca las conductas o recomendaciones colectivas de las asociaciones, incluso las adoptadas en defensa de los intereses profesionales de sus asociados, cuando por su contenido, por quien la

que tuvo lugar, en la que una asociación de trabajadores autónomos (entiéndase, “una asociación profesional específica de trabajadores autónomos” en los términos señalados en el art. 19.1.b LETA) hizo un llamamiento a sus integrantes para cesar en sus servicios frente a un cliente con mayor peso económico: la mera recomendación a los asociados para que adopten una acción que dañe la libre competencia constituye un ilícito, por tanto, está prohibida y puede suponer la asunción de responsabilidades derivada de la misma, tal como indica en su FJ 4^o²⁴. De hecho, la resolución determina taxativamente que, la forma de proceder de ATAP:

“(…) no puede quedar amparada por el derecho de asociación ni implica el ejercicio de una acción sindical colectiva en defensa de las condiciones laborales de los trabajadores, pues la recomendación, en este caso, no está dirigida a unos trabajadores por cuenta ajena en defensa de sus condiciones laborales, sino a unos trabajadores autónomos, que en cuanto titulares de sus propios medios de producción y actuando en el mercado por cuenta propia son, en principio, competidores entre sí, dirigida a ejercer un boicot a una empresa concreta que podría haber sido potencial cliente de cualquiera de ellos”.

Como valoración final de esa sentencia, ha señalarse que, en la resolución del supuesto de hecho analizado, no tiene una posición prevalente ni el derecho fundamental de huelga, ni el reconocimiento de las medidas de conflicto colectivo en la LETA, ni lo dispuesto en los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificados por España en esta materia, ni en definitiva, cualquier otra consideración referente a la defensa de derechos colectivos por parte de quienes desarrollan una actividad productiva por cuenta propia en un contexto de conflictividad laboral. Por su parte, sí es tenido en cuenta el derecho fundamental de asociación en la fundamentación de esta sentencia, aunque sólo desde una perspectiva limitada y excluyente²⁵.

efectúa y por su difusión, tienen por objeto propiciar una pauta común de comportamiento por parte de los asociados que pueda considerarse contrario a la competencia”.

²⁴ “(…) la conducta desplegada por la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del puerto de Bilbao (ATAP) se trata de una recomendación, adoptada por una acuerdo unánime de sus asociados, que tenía como finalidad no prestar el servicio de transporte horizontal a los buques gestionados por la naviera Maersk Lines con carácter indefinido y a partir del día 4/7/14, y que, por tanto, pretendía armonizar el comportamiento y las conductas de los destinatarios en ese conflicto en detrimento de la independencia de comportamiento y de la libertad y autonomía de actuación de estos, con el fin de impedir la libre prestación de un servicio de estiba en el puerto a una empresa concreta”.

²⁵ Sánchez Trigueros, C., “Vulneración de las normas sobre competencia por parte de una asociación de autónomos que incita al boicot. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de octubre de 2018 (recurso de casación núm. 4389/2017), *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2019, págs. 1-9”

Consecuentemente, este pronunciamiento del Alto Tribunal unido a los distintos criterios doctrinales expuestos anteriormente, nos lleva a concluir que la doctrina mayoritaria aboga claramente por que la paralización voluntaria de la actividad productiva parte de trabajadores encuadrados en el régimen de autónomos quede enmarcada como una manifestación de la libre iniciativa económica y, en todo caso, ajena al ejercicio lícito del derecho de huelga. Y este criterio es extensivo y abarca cualquier situación en la que el cese en su actividad sea efectuado por una persona que ostente la condición de TRADE.

3. PRONUNCIAMIENTOS DOCTRINALES FAVORABLES A LA LICITUD DE LA HUELGA DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS DEPENDIENTES

3.1. Extensión al TRADE del carácter tuitivo del derecho del trabajo

Al margen de lo señalado en el apartado anterior, también podemos encontrar visiones doctrinales favorables a que las relaciones jurídicas entre una empresa y un tipo de trabajadores autónomos, los TRADEs, admitan el ejercicio legítimo del derecho de huelga al amparo del RDL 17/1977. Dentro de este posicionamiento, se ha considerado como anomalía o “restricción ilegítima” de derechos que, el TRADE, sea apartado del ámbito de la titularidad del derecho fundamental a la huelga en el ordenamiento jurídico actual²⁶. Y ello, por entrar en contradicción con la voluntad que movió al legislador a circunscribir el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo al trabajador subordinado o por cuenta ajena, esto es, el objetivo de establecer un ordenamiento protector de la parte débil del contrato de trabajo. No en vano, se entiende que esa misma finalidad requiere hacer extensiva su aplicación al caso del TRADE.

En lo referente a las resoluciones de órganos administrativos, el propio Tribunal de Defensa de la Competencia, al contrario de lo expresado por el TS, ha llegado a considerar que una huelga de pequeños autónomos llevada a cabo frente a un cliente de un tamaño desmedidamente mayor, se considera esencialmente una acción de naturaleza sindical.

Así viene recogido en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de febrero de 1999²⁷. En dicho pronunciamiento, el antedicho tribunal determinó que no era sancionable la conducta de la Asociación de Vendedores de Prensa y Revistas Segovianos (AVEPRES), quien convocó una

²⁶ Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñero Royo, M., “El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2000, pág. 85.

²⁷ Expediente 434/98, Prensa Segovia.

reunión de sus miembros fechada en 20 de junio de 1996. En la misma, según consta en los antecedentes de la resolución, se acordó “dejar de vender prensa, revistas, fascículos, etc., los días 25 y 26 de junio de 1996”. Todo ello, con la finalidad de ejercer presión sobre la empresa que efectuaba la distribución de prensa a sus establecimientos para una posterior venta al por menor, siendo ésta la distribuidora dominante en el mercado. Además, el grupo de autónomos que secundó la protesta, para dar difusión a la misma, decidió “distribuir entre todos los asociados unos carteles informativos para que sean expuestos en los puntos de venta, así como unas octavillas con los principales motivos que nos llevan a esta acción para distribuir entre nuestros clientes”.

En lo concerniente a sus fundamentos de derecho, el Tribunal de Defensa de la Competencia eludió considerar como antijurídica la forma de proceder de AVEPRES. No en vano, en lugar de atribuirle un carácter colusorio con el derecho a la competencia, consideró que tenía más sentido equipararla con una actuación sindical. Para ello, hizo alusión a la posición de dominio que, dentro del mercado de distribución de prensa, ostentaba la empresa supuestamente perjudicada por el desarrollo del conflicto, negándose el tribunal a considerar un considerar “verosímil” que pueda alterarse la competencia por el hecho de cesar la venta de periódicos durante dos días como medio de presión en una coyuntura de negociación entre las partes²⁸.

Posteriormente, una vez agotada la vía administrativa, este asunto fue llevado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, quien en su sentencia de 8 de junio de 2002²⁹ corroboró el encaje legal de la medida de protesta llevada a cabo por los vendedores de prensa y revistas segovianos. Para ello, no dudó en refrendar el criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia al remarcar que “El comportamiento descrito lo es de carácter sindical pues, aunque los vendedores de prensa sean formalmente empresarios, lo cierto es que son trabajadores autónomos”. Así mismo, tampoco pasó por alto que la protesta se llevó a cabo frente a un cliente con un poder económico manifiestamente superior (situación comparable a las protestas efectuadas por los *riders* en los últimos años ante las plataformas virtuales de reparto): “La recurrente es la única distribuidora

²⁸ “Es lógico, por otra parte, que este acuerdo de los vendedores de periódicos de Segovia que se enjuicia caiga fuera de la órbita de la Ley de Defensa de la Competencia. Los titulares de los kioscos de periódicos formalmente son empresarios (...). Por ello, un acuerdo como el que hoy se trata tiene más parecido con una manifestación sindical, de las que pueden legalmente llevar a cabo los trabajadores de una empresa como medio de manifestar públicamente una protesta, que de un acuerdo entre empresarios apto para perjudicar la competencia que son los que la LDC prohíbe. (...) tampoco es verosímil que pueda alterar la competencia el que, como medio de presión para llevar a cabo una negociación que evite el trágala, los vendedores decidieran dejar de vender periódicos un par de días seguidos”.

²⁹ Rec. n° 393/1999.

de prensa en Segovia, y por ello ocupa posición de dominio”. Finalmente, concluyó con la valoración siguiente:

“No podemos afirmar que el cierre que dio origen al presente recurso tendiese objetivamente a restringir falsear o eliminar la libre competencia, pues en realidad, de las circunstancias concurrentes (negociación en curso, reparto de octavillas y fijación de carteles explicando las razones del cierre), se desprende que la relevancia normativa de la conducta lo es una manifestación de conflicto laboral o sindical (no se olvide la posición de dominio de la actora), por las discrepancias en el seno de una negociación. Es, objetivamente, un medio de defensa de los propios intereses utilizando medios legales en conflictos laborales (...)”.

3.2. Principales argumentos de este sector doctrinal

Además de las referidas resoluciones de órganos administrativos y judiciales, también es destacable que, en los últimos años, desde la doctrina científica se ha expuesto una serie de argumentos que respaldan la conveniencia de que, el colectivo de pequeños trabajadores autónomos dependientes sin empleados a su cargo, sea incluido normativamente entre los titulares del derecho de huelga. Como veremos a continuación, estos planteamientos doctrinales pueden sintetizarse en los cuatro argumentos siguientes³⁰:

3.2.1. La debilidad contractual característica en el caso del TRADE

El derecho de huelga se asienta sobre el fundamento constitucional de “la necesidad de equilibrar la debilidad contractual del trabajador frente al poder económico de la contraparte empresarial”. Pues bien, esta circunstancia es plenamente coincidente en el caso del trabajador autónomo dependiente, pues la debilidad de la relación comercial que mantiene con un cliente económicamente más potente, es uno de sus rasgos característicos. No en vano, este colectivo de personas trabajadoras tiene una particularidad en los ingresos de su actividad profesional, esto es, que al menos el 75% de ellos provienen de un único cliente, lo que les coloca en una situación clara de desigualdad y subalternidad frente a quien les contrata³¹.

Consecuentemente, al concurrir en el TRADE las mismas razones de subprotección, debilidad económica y desigualdad contractual individual que justifican el uso de la presión por los trabajadores por cuenta ajena a través de la

³⁰ Sepúlveda Gómez, M., “Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados”, *Temas laborales*, cit., págs. 204 y 205.

³¹ Trillo Párraga, F., “Derechos colectivos del trabajador autónomo económicamente dependiente”, *Documentación Laboral*, núm. 85, 2009, págs. 34 y 35.

forma de autotutela que es la huelga, se aboga por la admisibilidad de acciones conflictivas o huelguísticas más allá del trabajo subordinado³².

3.2.2. *Intereses laborales compartidos entre el TRADE y el trabajador por cuenta ajena*

Como señala el FJ 10º de la STC 11/1981, “la huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones de económicas, o, en general, en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos”. Pues bien, las pretensiones u objetivos laborales que se pueden reivindicar con el ejercicio de la huelga (salariales, de jornada, beneficios sociales, etc.), pueden ser coincidentes en el colectivo de trabajadores por cuenta ajena y en el de autónomos económicamente dependientes.

Este posicionamiento ha traído consigo algunas matizaciones. En primer lugar, que la exclusión de la titularidad del derecho de huelga, no alcanza a los trabajadores autónomos sin asalariados a su cargo, como tampoco a los trabajadores autónomos económicamente dependientes³³. Y por ello, los referidos colectivos de autónomos podrían secundar las huelgas promovidas por la representación de los trabajadores asalariados, puesto que en ambos casos compartirían con ellos las mismas motivaciones para ello, ya sea de forma íntegra o parcial.

Incluso, llegando aún más lejos, se admite la posibilidad de que, el propio colectivo de trabajadores autónomos económicamente dependientes, puedan acordar la convocatoria de una huelga. De tal forma que ésta es considerada como una alternativa plenamente válida, bajo la consideración de que “nada impide que el legislador, o la negociación colectiva, reconozcan este derecho, o cualquier otro, a los trabajadores autónomos”³⁴. Como ejemplo de ello, se pone de relieve la existencia de acuerdos de interés profesional que, además de regular cuestiones como jornada o retribución, también recogen expresamente el derecho del TRADE a “ejercer libremente el derecho de manifestación pública y huelga”³⁵.

³² Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñero Royo, M., “El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, cit., pág. 85.

³³ Martínez Abascal, V.A., “Reflexiones en torno a la regulación del ámbito subjetivo del derecho fundamental de huelga”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2010, pág. 43.

³⁴ Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñero Royo, M., “El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, cit., pág. 85.

³⁵ Art.54.e del Acuerdo de Interés Profesional suscrito por la empresa Lozano Transportes, SAU, y la Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC), en fecha 28 de julio de 2010.

3.2.3. *Contraparte empresarial destinataria de la huelga del TRADE*

En la STC 11/1981, concretamente en su FJ 9º, se niega la titularidad del derecho de huelga a los trabajadores autónomos por entender que, frente a los mismos, no existe una contraparte empresarial que fuera la destinataria de este medio de presión. No obstante, el TC se refiere en esa ocasión a trabajadores autónomos en un contexto muy concreto, esto es, remitiéndose al concepto clásico de trabajo autónomo. El TC, a la hora de llegar a su conclusión, únicamente pensó en la figura de un autónomo con una teórica independencia jurídica y económica, obviándose por completo la nueva forma de empleo “laboral” que supone el estatus de trabajador autónomo económicamente dependiente.

Sin embargo, el TRADE no es equiparable a otros profesionales autónomos que actúan con libertad e igualdad en un determinado mercado. Y ello es debido a que, el hecho de concentrar un mínimo de tres cuartas partes de su facturación en una sola empresa cliente, es un elemento claramente definitorio de quién sería la contraparte contra la que dirigir el ejercicio de la huelga³⁶. Es por ello que se entiende que, el criterio restrictivo del TC, no puede hacerse extensivo a los supuestos de los trabajadores autónomos con dependencia económica.

3.2.4. *La situación del TRADE es equiparable a la del personal funcionario*

Para el último de sus argumentos, ha de hacerse una remisión a la literalidad del art. 3.1 LOLS y, más concretamente, al derecho a la libertad sindical contenido en el mismo en términos absolutos³⁷. A partir de ahí, se plantea la necesidad de redefinir el concepto de “trabajador” para dar cabida en él al TRADE y, de esta forma, hacer posible que éste ejercite un derecho a la libertad sindical en toda su amplitud.

De hecho, éste fue el criterio seguido por el TS cuando admitió como ajustada a derecho la huelga del personal funcionario, antes de su reconocimiento expreso en la STC 11/1981, el cual vino a raíz de que los mismos fueran incluidos dentro de la catalogación de “trabajadores” referida en el art. 28.2 CE. Consecuentemente, se aboga por que, esa interpretación extensiva del concepto de trabajador en el caso de que el derecho de huelga de los funcionarios, también alcance a los TRADE. En

³⁶ Trillo Párraga, F., “Derechos colectivos del trabajador autónomo económicamente dependiente”, *Documentación Laboral*, cit., págs. 34 y 35.

³⁷ “Los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio (...), podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo expuesto en la presente Ley”. Así mismo, Sepúlveda señala que el derecho de sindicalización “debe conllevar la posibilidad de ejercicio de los derechos de actividad, entre el que se encuentra el derecho de huelga”.

caso contrario, a juicio de este autor, no sería “lógica una interpretación restrictiva en el caso que nos ocupa”³⁸.

En vista de ello, la ausencia de una norma expresa que habilite a los funcionarios para ejercer la huelga, no les impidió acceder a la titularidad de este derecho fundamental a partir de su reconocimiento jurisprudencial. Por ello, se sostiene que, al margen de no contar con un marco normativo específico, el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, tendría cabida en el vigente RDL 17/1977, lo que abriría la posibilidad de que el cese de la actividad no fuese considerada un incumplimiento de contractual, además de ofrecer seguridad jurídica en cuanto al mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad³⁹.

Con la entrada en vigor de la LETA, un sector doctrinal entendió consolidado el derecho del TRADE al ejercicio lícito de la huelga. En ese sentido, se señaló que, dentro del marco normativo existente tras la entrada en vigor de la referida normativa (particularmente, sus arts. 19.1.c y 19.2.c), ya se dan los argumentos necesarios para considerar que el TRADE ostenta legitimidad para secundar legalmente paros reivindicativos. No obstante, se precisa estos paros habrían de ser convocados por asociaciones específicas de trabajadores autónomos legalmente constituidas o por sindicatos⁴⁰.

4. EL DERECHO DE HUELGA DE TRABAJADORES NO ASALARIADOS EN LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

En lo tocante a los primeros pronunciamientos judiciales que han entrado a conocer en España las huelgas llevadas a cabo por *riders* vinculados como “falsos autónomos” a empresas de la EPV, cabe resaltar que estas sentencias vienen inicialmente respaldando el encaje legal de estas medidas de conflicto colectivo. Concretamente, podemos destacar en primer término la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid nº 53/2019, de 11 de febrero, resolución que se analizó la actuación de uno de los impulsores de la referida huelga de Glovo en Madrid en septiembre de 2018. Este trabajador hubo de enfrentarse a un despido encubierto que la empresa motivó de la siguiente forma⁴¹:

³⁸ Ojeda Avilés, A., “La sinéresis de lo colectivo como rasgo sustancial”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 4, 2009, pág. 13.

³⁹ Sepúlveda Gómez, M., “Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados”, *Temas laborales*, cit., pág. 205.

⁴⁰ Baz Rodríguez, J., “La organización y actuación colectiva de los trabajadores autónomos”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 149, 2011, pág. 86.

⁴¹ Ver Hecho Probado Decimoprimer de la sentencia reseñada.

“(…) en su voluntad de incitación al seguimiento de huelga que no podría tildarse más que de ilegal en las actuales condiciones Vd. se manifiesta respecto de sus compañeros amenazándoles de si “si no siguen la huelga”, otros colapsaran los slots” y harán muchos pedidos para desentenderlos y colapsar el funcionamiento de la aplicación.

.../...

Los hechos descritos, pues ponen de manifiesto una conducta que va más allá de los derechos colectivos y sindicales que pudieran corresponder a un trabajador autónomo económicamente dependiente y, por tanto, como le decíamos en el encabezamiento de este escrito motivan la resolución del contrato que nos une con VD. con efectos de mañana 21 de septiembre”.

A la vista de ello, la sentencia determina la nulidad del despido efectuado. Y para ello, fundamenta dicha decisión en el derecho del trabajador a promover y participar este tipo de parones o huelgas, aun cuando las mismas no sean estrictamente lícitas⁴². Este criterio fue posteriormente refrendado por la STSJ de Madrid nº 1223/2019, de 18 de diciembre⁴³.

Posteriormente, la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona nº 193/2019, de 11 de junio, analizó la huelga de los repartidores autónomos de Deliveroo que tuvo lugar en esta ciudad el 2 de julio de 1999. Ha de resaltarse que, en esta ocasión, llegaron incluso a constituir un comité de huelga con la intención de negociar colectivamente con la mercantil, algo a lo que ésta hizo caso omiso.

Pues bien, nuevamente, el juzgador de instancia declara nula la decisión de la empresa de prescindir varios de los promotores de esta protesta y miembros del comité de huelga. El juzgador entendió que, el paro y las denuncias públicas efectuadas en el contexto de ella, se enmarcaban en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga de estos repartidores. Y ese criterio, fue igualmente corroborada por la instancia superior. En este caso, por el

⁴² “El único dato fáctico en que tales imputaciones se apoyan es el mensaje de voz colgado por el actor en una cuenta whatsapp denominada “Paro glovomadrid” (...). La lectura de dicho mensaje sólo evidencia la opinión del demandante en relación con dicho paro volcada en una cuenta colectiva de whatsapp sin que pueda interpretarse como una medida de incitación a secundar la huelga ni de coacción a otros repartidores. Sus palabras entran dentro del ejercicio de su libertad de expresión. No pueden por ello ser causa de despido y además al haberse reaccionado así se atenta contra el ejercicio de ese derecho fundamental lo que arrastra la tacha de nulidad del despido por esta causa realizado. Reconoce el actor su participación en los paros previstos el 16-9-2018 entre las 21 y 23 horas. Sabido es que la mera participación en una huelga, aun incluso ilícita, no justifica el despido”.

⁴³ Rec. 714/2019.

TSJ de Cataluña en su sentencia nº 2557/2020, de 16 de junio⁴⁴, que en el segundo párrafo de su FJ 8º, tachó de “ilícita” la conducta empresarial. De tal forma que la misma fue considerada una reacción a “la actividad sindical desplegada en defensa de los derechos *laborales* reconocidos a los reclamantes”, incluyéndose dentro de la referida actuación sindical, la llevada a cabo por los *riders* demandantes en calidad de miembros de un comité de huelga⁴⁵.

Indudablemente, estos pronunciamientos de los tribunales españoles suponen un espaldarazo importante para las acciones colectivas de *riders* y otros trabajadores de la EPV que, pese a la entrada en vigor de la llamada *Ley Rider*⁴⁶ el pasado 12 de agosto de 2021, aún no han visto regularizada su situación contractual. No en vano, pese a que esta nueva normativa establece la presunción de laboralidad del trabajo desempeñado por el personal de reparto “mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”⁴⁷, empresas como Glovo aún siguen valiéndose de importantes bolsas de personas trabajadoras formalmente consideradas “autónomas”⁴⁸. Muestra de ello es que, en su reclutamiento de *riders*, esta mercantil continúa utilizando contratos de adhesión

⁴⁴ Rec. 5997/2019.

⁴⁵ “Las extinciones respondieron al conflicto previo, sin que concurra ningún motivo objetivo ajeno al mismo, ya que en realidad incluso la justificación empresarial (el cambio de contratos) era a su vez consecuencia del mismo conflicto. Y es este el contexto en el que debe analizarse la decisión de quien rechaza renovar la relación (que los demandantes consideraban laboral y así judicialmente se declara en firme por la sentencia recurrida) al negarse a someter la misma a un vínculo ajeno al que ahora se reconoce. Ilícita actuación empresarial que (en aplicación al caso de la doctrina expuesta sobre el particular) sólo como despido nulo puede ser legalmente calificada al ser ésta reactiva a unas reclamaciones cursadas en el contexto de la conflictividad laboral subyacente en la actividad sindical desplegada en defensa de los derechos “laborales” reconocidos a los reclamantes (FJ 5º); concurriendo, además, en la Sra. Joaquina su condición de miembro del Comité de huelga”.

⁴⁶ Inicialmente, 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 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales (BOE nº 113, de 12 de mayo de 2021). Posteriormente, la norma anterior fue tramitada como proyecto de ley, aprobándose finalmente la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la 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 (BOE nº 233, de 29/09/2021).

⁴⁷ Disposición Adicional Vigésimotercera. Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.

⁴⁸ Disponible en: Las plataformas obstaculizan la Ley Rider en España | ctxt.es <https://ctxt.es/es/20210901/Politica/37172/ley-rider-deliveroo-glovo-precariedad-repartidores-ane-aranguiz.htm> (última revisión en fecha de 4 de abril de 2022).

con un título que es en sí mismo toda una declaración de intenciones: “Términos y condiciones del uso de la plataforma de Glovo para los repartidores autónomos”⁴⁹.

5. CONCLUSIONES FINALES

Extraer un análisis de la regulación actual del derecho de huelga en nuestro ordenamiento jurídico implica necesariamente hacer una reflexión sobre lo exiguos que son los preceptos normativos referidos a esta materia. De hecho, este derecho es el único que, a pesar de estar entre los considerados fundamentales por la vigente Constitución de 1978 (Título I, Capítulo II, Sección 1ª), no ha sido desarrollado mediante ley orgánica en los más de cuarenta años transcurridos desde la aprobación de la actual carta magna. Por consiguiente, el único texto normativo que regula con una cierta concreción el ejercicio de este derecho, el RDL 17/77, es de naturaleza preconstitucional.

Una consecuencia clara de todo ello es que contamos con un derecho fundamental cuyo ejercicio no está regulado atendiendo a la realidad sociolaboral de nuestro tiempo. Buena muestra de ello es que sigue siendo preciso modular la frontera para el acceso al mismo a personas trabajadoras que, aun no siendo identificadas como un trabajador asalariado en el sentido más clásico del término, reúnen una serie de condiciones en el devenir de su actividad profesional que las asemejan a éste en gran medida.

Algunas de estas deficiencias se han ido abordando por medio de numerosas resoluciones del TS y del TC en las últimas décadas, como es el caso del ejercicio de este derecho por parte del personal funcionario. No obstante, otros supuestos controvertidos no han encontrado una solución acorde a las garantías que corresponde desplegar un derecho fundamental como éste. Es el caso de la proliferación de “falsos autónomos” en ciertos sectores de actividad, así como de las subcontrataciones fraudulentas que disfrazan cesiones ilegales de mano de obra. Ambos escenarios se han producido con frecuencia en el ámbito de la EPV, que ha aprovechado los vacíos normativos generados por los novedosos procesos de digitalización de la actividad productiva, para intentar rehuir por completo la aplicación del Derecho del Trabajo y, por tanto, el ejercicio de uno de los derechos de naturaleza más eminentemente laboral como es la huelga.

Por tanto, sigue siendo una tarea pendiente de nuestro legislador la de trabajar en una ley orgánica de huelga que genere una regulación tuitiva más intensa con la parte más débil del sistema de relaciones laborales que existe actualmente en nuestro país: la persona trabajadora, especialmente, en contextos de alta precarización

⁴⁹ Puede verse en la página web de la empresa Glovo: <https://glovoapp.com> (última revisión en fecha de 29/03/2022).

como los descritos en el párrafo anterior. Y ello, asumiendo la necesidad de evitar que la progresiva flexibilización de las formas de prestar servicios, pueda suponer un obstáculo para llevar a cabo una medida de presión como la huelga, que es plenamente lícita y reconocida en la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Todo ello, fundamenta abogar por una regulación que, de forma clara y expresa, incorpore como titular *uti singuli* del derecho de huelga al TRADE, habilitando que pueda adoptar esta medida frente a la principal empresa destinataria de sus servicios y de la cual depende la viabilidad económica de su actividad. Y siguiendo este razonamiento, podríamos aplicar un criterio similar para las personas trabajadoras de subcontratas que consideren oportuno reivindicar por esta vía sus derechos también frente a la empresa principal, aunque esto supondría entrar en una cuestión que requiere otro estudio más específico.

BIBLIOGRAFÍA

BAZ RODRÍGUEZ, J., “La organización y la actuación colectiva de los trabajadores autónomos”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 149, 2011, págs. 59-100.

BOGONI, M., “Economía digital y reconocimiento del derecho de huelga y libertad sindical. Nuevos desafíos para el constitucionalismo multinivel”, *Temas laborales*, núm. 151, 2020, págs. 293-310.

CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2000, págs. 73-90.

CORDERO GORDILLO, V., “Ejercicio de huelga en el contexto de descentralización productiva”, en AA.VV., *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT*, MTMSS, Madrid, 2019, págs. 1329-1348.

DESDENTADO BONETE, A., “El traje nuevo del emperador”. Sobre la legislación simbólica en el Estatuto del trabajo autónomo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 44, 2008, págs. 13-35.

GARCÍA MURCIA, J., “Los derechos colectivos del trabajador autónomo”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2009.

GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., *Titularidad del derecho de huelga. En especial en la función pública: perspectivas jurídico-críticas*. Editorial Comares, Granada, 1999.

GÖERLICH PESET, J. M., “Digitalización y derecho de huelga”, *Temas laborales*, núm. 115, 2020, págs. 93-107.

GUERRERO VICENTE, E., La regulación jurídica del trabajo autónomo dependiente: concepto, fuentes, relación individual y colectiva de la prestación de servicios, 2011. [Tesis doctoral, Universidad Rovira i Virgili]. Disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/51764#page=1>

MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “Reflexiones en torno a la regulación del ámbito subjetivo del derecho fundamental de huelga”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2010, págs. 421-460.

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, 42ª Ed., Madrid, 2021, págs. 781-800.

OJEDA AVILÉS, A., “La sinéresis de lo colectivo como rasgo sustancial”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 4, 2009, págs. 11-35.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., “Sindicalismo y negociación colectiva 4.0”, *Temas Laborales*, núm. 144, 2018, págs. 27-41.

ROQUETA BUJ, R., “Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional”, *Temas Laborales*, núm. 114, 2012, págs. 11-30.

RUIZ SAURA, J. E., “El esquirolaje en la empresa del siglo XXI. Repaso jurisprudencial al caso español”, *DELOS: Desarrollo Local Sostenible*, núm. 1, 2021, págs. 35-51.

SÁNCHEZ TORRES, E., “Los derechos colectivos del trabajador autónomo”, en AA.VV., GALA DURÁN, C., CONDE VIÑUELAS, F., (Coords.) *Comentarios al Estatuto del trabajo autónomo*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 230.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Vulneración de las normas sobre competencia por parte de una asociación de autónomos que incita al boicot. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de octubre de 2018 (recurso de casación núm. 4389/2017)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2019, págs. 1-9.

SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., “Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados”, *Temas laborales*, núm. 8, 2005, págs. 202-205.

TRILLO PÁRRAGA, F., “Derechos colectivos del trabajador autónomo económicamente dependiente”, *Documentación Laboral*, núm. 85, 2009, págs. 30-36.

VALLE MUÑOZ, F.A. *Los derechos colectivos en las nuevas formas de trabajo tecnológico*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2021.

Mercado de Trabajo

EFFECTOS DE LA PANDEMIA SOBRE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN ESPAÑA: ANÁLISIS DE LAS DIFERENCIAS RESPECTO AL INICIO DE LA CRISIS DE 2008

JOAN ANTONI ALUJAS RUIZ
Profesor Colaborador Permanente Doctor de Economía Aplicada
Universidad de Barcelona

EXTRACTO

Palabras clave: colocaciones, vacantes, cuota de mercado, tasa de registro, tasa de éxito

Nuestro estudio se centra en el análisis de la intermediación laboral en España comparando el inicio de la crisis financiera de 2008 y la crisis derivada de la pandemia. El objetivo es evaluar el rendimiento de los servicios públicos de empleo (SPE) en relación a las empresas de trabajo temporal (ETT) como intermediarios en el mercado de trabajo, señalando las diferencias por género, edad y nivel educativo, tanto al inicio de la crisis de 2008 como en la crisis de 2020 y la posterior recuperación en 2021. La conclusión más evidente que se deriva del análisis de los resultados a nivel nacional en los dos periodos analizados es la escasa incidencia del SPE como intermediario en el mercado de trabajo y su distancia respecto a los resultados registrados por las ETT. No obstante, el efecto sobre la intermediación laboral no es idéntico en ambas crisis. La relevancia del tema se refleja en el proyecto de Ley de Empleo de junio de 2022, que contempla la transformación del Servicio Público de Empleo Estatal en la Agencia Española de Empleo, con un mayor margen de colaboración con las agencias privadas para la búsqueda de ofertas de trabajo. En este sentido, se pretende establecer un gran portal de información en el que se centralicen todas las vacantes de empleo y que permita conocer así todos los puestos de trabajo disponibles.

ABSTRACT

Keywords: job placements, vacancies, market share, registration rate, success rate

Our study focuses on the analysis of labour intermediation in Spain comparing the beginning of the financial crisis in 2008 and the crisis derived from the pandemic. The objective is to evaluate the performance of the public employment services (PES) in relation to temporary work agencies (TWAs) as intermediaries in the labour market, pointing out the differences by gender, age and educational level, both at the beginning of the 2008 crisis and in the 2020 crisis and the subsequent recovery in 2021. The most obvious conclusion to be derived from the analysis of the results at the national level in the two periods analysed is the low incidence of the PES as an intermediary in the labour market and its distance from the results registered by TWAs. However, the effect on labour intermediation is not identical in both crises. The relevance of the issue is reflected in the draft of the Employment Law of June 2022, which contemplates the transformation of the State Public Employment Service into the Spanish Employment Agency, with a greater margin of collaboration with private agencies to search for offers of work. In this sense, it is intended to establish a large information portal in which all job vacancies are centralized and thus allow all available jobs to be known.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EVOLUCIÓN Y TRANSFORMACIÓN DEL MARCO REGULATORIO
3. RESULTADOS DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La intermediación laboral es un instrumento básico de la política de empleo y se fundamenta, por un lado, en la existencia de un problema de información asimétrica sobre los diferentes puestos de trabajo ofertados, así como de los candidatos a cubrir dichas vacantes (Alva Chávez *et al.*, 2017). Por otro lado, el hecho de que la información no es gratuita, justifica la existencia de ciertos mecanismos o instituciones que proporcionen un servicio equitativo (Lindley, 1988). Por consiguiente, es esencial un buen funcionamiento de los servicios de intermediación laboral con el objeto de reducir los costes de búsqueda de empleo y la duración de las vacantes, mejorando así el ajuste entre oferta y demanda de trabajo (Mortensen, 1986).

En este contexto se puede enmarcar al servicio público de empleo (SPE) en su papel de intermediario en el mercado de trabajo. Su principal cometido es reunir y clasificar la información disponible sobre ofertas y demandas de trabajo, con el fin de casar adecuadamente el perfil de los trabajadores con las demandas de los empresarios.

En su labor de intermediación laboral el SPE persigue los siguientes objetivos: 1) conseguir que un mayor número de empresarios utilice el SPE como método para cubrir sus vacantes, 2) proporcionar unos candidatos adecuados a las demandas de los empresarios e 3) incrementar de forma sostenida las tasas de intermediación laboral.

Los indicadores que permiten evaluar el rendimiento de las actividades de intermediación en base a la consecución de los objetivos mencionados son tres (Walwei, 1996):

- a) la tasa de registro, representada por el cociente entre las vacantes que los empresarios ofrecen al SPE para su gestión y las colocaciones totales¹.
- b) la tasa de éxito, que se define por la relación entre las colocaciones gestionadas por el SPE y los puestos ofrecidos para gestión por parte de los empresarios.

¹ La variable idónea sería el número de vacantes totales, pero como en la mayoría de los casos no se dispone del dato, se aproxima mediante el total de colocaciones registradas en el mercado de trabajo.

Este indicador señala el grado de ajuste entre oferta y demanda de trabajo conseguido por el SPE.

- c) la tasa de penetración o cuota de mercado, que se mide por el cociente entre el número de colocaciones en las que intervienen las oficinas del SPE y el número total de colocaciones en el mercado laboral.

El SPE ha tenido que enfrentarse a rápidos cambios demográficos, sociales y tecnológicos que han alterado de forma sustancial la oferta y la demanda de trabajo, causando transiciones frecuentes, más rápidas y más complejas entre diferentes empleos, ocupaciones y sectores. En este sentido, la falta de agilidad de los SPE para afrontar el incremento del empleo temporal y a tiempo parcial, la demanda de servicios de colocación especializados y el avance en las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) ha generado un mercado para las agencias de empleo privadas. Estas pueden actuar como agencias de colocación (intermediación), empresas de trabajo temporal (ETT), empresas de selección de personal y agencias de recolocación según lo establecido en el convenio 181 de la OIT, que fija estrictos controles en beneficio de los demandantes de empleo (Serrano Falcón, 2009). Por tanto, los SPE necesitan cada vez más trabajar en asociación con un “ecosistema de servicios de empleo” para brindar a los demandantes de empleo, los ocupados y los empleadores el apoyo que necesitan, demostrando adaptabilidad y flexibilidad para responder a las necesidades del mercado laboral (European Commission, 2021).

La coexistencia de los dos tipos de servicios de colocación también puede ocasionar problemas específicos para los servicios públicos de empleo, como su aparente ineficacia generalizada, ya que estos han de intermediar entre los trabajadores más difíciles de colocar y las vacantes más difíciles de cubrir (Malo Ocaña, 2018). No obstante, la intermediación privada no tiene por qué ofrecer mejor calidad que la pública, de orientación universal y gratuita.

El nuevo modelo de SPE basado en la cooperación público-privada refuerza el principio competitivo, pero la experiencia comparada demuestra que es posible conciliar los servicios privados y públicos de empleo bajo el principio de cooperación, asumiendo los privados una función social y restando así dramatismo a la tensión público-privado. En teoría, la centralidad de los SPE respecto a las agencias privadas debería quedar asegurada por la exigencia de una autorización administrativa, la configuración como entidades colaboradoras en virtud de la suscripción de convenios de colaboración y la sujeción al control e inspección por parte de los SPE (Molina Navarrete, 2011).

Los servicios públicos de empleo han de ser ágiles para adaptarse rápidamente a la nueva situación derivada de la pandemia y responder de forma flexible a los acontecimientos impredecibles. En plena crisis, los SPE se enfrentaron a una afluencia sin precedentes de nuevos demandantes de empleo con la imposibilidad

de atención presencial debido a las restricciones del confinamiento. Por otro lado, el número de ofertas de empleo disminuyó radicalmente en muchos sectores, dejando a los servicios de empleo con un menor número de vacantes que ofrecer, quedando a salvo solo algunos sectores relacionados con la cobertura de necesidades esenciales (Vallecillo Gámez, 2021). En este sentido, los SPE que habían invertido en tecnología para la prestación de servicios antes de la crisis del COVID-19 y aquellos con una clara estrategia de transformación digital, pudieron garantizar la continuidad del servicio durante el confinamiento total o parcial, proporcionando información y alentando a los demandantes de empleo a mantenerse activos (International Labour Organization, 2020).

Los usuarios de los SPE se sienten ahora más cómodos con las herramientas digitales, se han acostumbrado a ellas y es probable sean más demandadas en el futuro. Esto no significa que todo se vaya a digitalizar, ya que hay contactos presenciales que no pueden sustituirse, sino que habrá que encontrar un equilibrio. Además, la digitalización es un elemento crucial para hacer frente a la elevada carga de trabajo del personal de los SPE y para responder a las demandas de mayor eficiencia y reducción de costes. La inversión en la digitalización de los SPE es fundamental para una tramitación eficiente de las prestaciones y también para ofrecer servicios más personalizados y eficaces (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2020).

Con el objetivo de analizar los resultados de la intermediación laboral realizada por los SPE en España, la estructura que presenta este trabajo es la siguiente. Después de repasar la evolución del marco regulatorio de la intermediación laboral, se analizan los resultados tanto globalmente como por género, edad y nivel educativo (comparándolos con los registrados por las ETT), con especial énfasis en las diferencias entre el inicio de la crisis financiera de 2008 y la crisis derivada de la pandemia en 2020 y la posterior recuperación en 2021. Los datos proceden de la Estadística de Empleo y de la Estadística de Empresas de Trabajo Temporal. Finalmente, se extraen una serie de conclusiones y se ofrecen algunas recomendaciones para mejorar la eficacia del SPE.

2 EVOLUCIÓN Y TRANSFORMACIÓN DEL MARCO REGULATIVO

El modelo de SPE se caracterizó hasta la reforma de 1994 por ser un monopolio estatal. En el contexto de la reforma laboral de 1994 se produce el primer gran cambio del SPE, que supone la supresión del monopolio de la colocación del INEM. En este nuevo marco se pueden distinguir tres actores: las ETT, las agencias de colocación sin fines lucrativos y los Servicios Integrados para el Empleo (Rodríguez-Piñero Royo, 1994).

La segunda gran transformación del SPE consiste en el proceso de descentralización desde el INEM hacia las Comunidades Autónomas (CC.AA.), iniciado con los traspasos de la gestión de la formación ocupacional a partir de 1992 y que se completa con el traspaso de la ejecución de la totalidad de las políticas activas de mercado de trabajo entre 1998 y 2003. Dicho proceso supone una redefinición del SPE que establece un modelo único y estatal de carácter gratuito, descentralizado y gestionado por las CC.AA. en el ámbito de la intermediación laboral y de las políticas activas, mientras que el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) mantiene la gestión de la protección por desempleo.

La Ley 56/2003 de Empleo crea el Sistema Nacional de Empleo con representación de las CC.AA. y de los interlocutores sociales. Los fines de dicho sistema referentes a la intermediación laboral (que reemplaza al concepto de política de colocación)² son, por un lado, ofrecer un servicio de empleo público y gratuito a trabajadores y empresarios y por otro, proporcionar la información necesaria que permita a los demandantes de empleo encontrar un trabajo y a los empleadores contratar los trabajadores adecuados a sus necesidades.

En 2005 y dentro del Programa de modernización de los SPE, se pone en marcha el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE), que debía permitir al SEPE y a los servicios públicos de empleo autonómicos compartir una información básica y coordinada sobre políticas activas de empleo y prestaciones por desempleo. El fin último de dicho instrumento era asegurar que los demandantes de empleo pudieran seguir accediendo a ofertas de trabajo de todo el país (Calvo Gallego y Rodríguez-Piñero Royo, 2011).

La reforma laboral de 2010 favorece la colaboración público-privada en el ámbito de la intermediación laboral regulando las agencias de colocación con ánimo de lucro, pudiendo autorizar los SPE la existencia de dichas agencias según las condiciones que establece la ley, siguiendo las normas y criterios de la OIT (convenio 181) y la línea de modernización de los SPE promovida por la Estrategia Europea de Empleo. También cabe destacar la eliminación de las restricciones que las ETT tenían para operar en sectores considerados de riesgo (construcción y sanitario) y en la Administración Pública.

El Real Decreto 1796/2010 desarrolla las actividades de las agencias de colocación en el ámbito de la intermediación laboral, ampliando las funciones que pueden desempeñar a la orientación e información profesional, la selección de personal y las actividades de recolocación de trabajadores e iniciando también la

² Tras la promulgación de la Ley de Empleo de 2003 el régimen de la política de colocación cambia de forma considerable, empezando por la aplicación de una denominación diferente, puesto que ya no se alude a la política de colocación como tal, sino a la “intermediación laboral”, aunque definida en los mismos términos (Sobrino González, 2006).

apertura a la colaboración público-privada³. Las agencias privadas podrán actuar en colaboración con el SPE o de forma autónoma. En el primer caso, los SPE podrán suscribir convenios con las agencias que hayan sido autorizadas para operar en su ámbito territorial y que se plasmará en el Acuerdo Marco de colaboración de 2013⁴. En la práctica, la colaboración público-privada supone un paso de la externalización a la “contractualización” alineando la forma de gestión del SPE con la New Public Governance (Calvo Gallego, 2021).

La reforma laboral de 2012 implica un paso más en la línea anterior al abrir la puerta a las agencias globales de empleo, las cuales pueden desarrollar todas y cada una de las políticas activas de empleo. Además, se permite a las empresas de trabajo temporal actuar como agencias de colocación si se ajustan a lo establecido respecto de dichas agencias en la Ley 56/2003 y sus disposiciones de desarrollo⁵, incluida la obligación de garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios.

La Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016 establece un servicio de colocación y asesoramiento a empresas para lograr la mejor casación entre ofertas y demandas de empleo. En este sentido, la definitiva puesta en marcha del Portal Único de Empleo pretende agregar toda la oferta de empleo existente en los portales públicos y privados con los objetivos de contribuir a dinamizar la colocación y de conferir una mayor transparencia al mercado de trabajo⁶. Por otro lado, la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020 fija entre sus objetivos clave mejorar la participación de los SPE en la cobertura de vacantes y también mejorar el grado de satisfacción de los empleadores y demandantes de empleo con los servicios prestados. En este sentido, se proporcionan

³ La intermediación laboral puede desarrollarse por completo de forma digital, al presumirse la existencia de entidades que casan ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos. Sin embargo, no hay una auténtica gratuidad en la utilización de los intermediarios laborales digitales, pues ya sea mediante la oferta de servicios adicionales que mejoran la posición competitiva del candidato, o bien mediante la recepción (en muchos casos obligada) de anuncios publicitarios selectivos, el trabajador “paga” por la utilización del servicio de intermediación (Fernández García y Guerrero Vizueté, 2020).

⁴ El proceso de selección de las agencias de colocación colaboradoras concluyó casi un año después de la aprobación del Acuerdo Marco, en junio de 2014. No obstante, no será hasta mayo de 2015 que se aprueba el primer contrato de colaboración (Catalá Pérez y Del Pino Matute, 2018).

⁵ Molina Navarrete (2012) afirma que las reformas laborales de 2010 y 2012 han puesto de relieve su desconfianza en los servicios públicos y su preferencia por la intervención de los agentes privados en la intermediación laboral, alterando el equilibrio entre lo público y lo privado precedente.

⁶ El Portal Único de Empleo promoverá su compatibilidad e interoperabilidad con los canales más habituales de búsqueda de información como redes sociales, blogs, foros, etc. (Sánchez-Rodas Navarro, 2014).

recomendaciones concretas sobre cómo prestar la atención a las personas y a las empresas, como es la implantación de una metodología de perfilado y diagnóstico.

Finalmente, cabe señalar que en el proyecto de Ley de Empleo aprobado en junio de 2022 se pretende sustituir al actual SEPE (Servicio Público de Empleo Estatal) por la Agencia Española de Empleo, con más presupuesto, funciones añadidas y mayor margen de colaboración con las agencias privadas para la búsqueda de ofertas de trabajo. Se fija como objetivo una intermediación laboral eficiente que facilite la recolocación, para lo que se compromete a ofrecer una oferta adecuada a cada desempleado en un plazo máximo de un año. La oferta adecuada es la que corresponde con la profesión habitual del trabajador o la que se adapta a sus aptitudes físicas y normativas. Se prestará una atención individualizada en todo el itinerario formativo y profesional diseñado para mejorar la empleabilidad. Por otro lado, se pretende establecer un gran portal de información en el que se centralicen todas las vacantes de empleo pudiendo conocer así los puestos de trabajo disponibles, tanto públicos como privados.

3. RESULTADOS DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

El análisis de la intermediación laboral del SPE se realiza en base a los indicadores definidos en la introducción (tasa de registro, tasa de éxito y cuota de mercado) a partir los datos de la Estadística de Empleo elaborada por el SEPE⁷. Pero antes nos centraremos en la evolución del número de puestos ofrecidos para gestión por parte de las empresas, de las colocaciones que son objeto de gestión por los SPE⁸, así como de las colocaciones totales. La cuota de mercado se analiza de forma desagregada por género, grupos de edad y nivel educativo con el propósito de saber cuál es la incidencia que sobre diversos colectivos tiene la actividad de intermediación del SPE. Por otro lado, se compara la distribución en las colocaciones que son objeto de gestión por el SPE, por género, edad y nivel educativo, con su distribución en el total de colocaciones para ver si existe algún efecto diferencial a favor de los colectivos con más dificultades a la hora de encontrar un empleo.

⁷ La limitación de la información disponible solo nos permite hacer una evaluación de rendimiento y no de impacto.

⁸ La cuota de mercado se obtiene del cociente entre las colocaciones de demandas activas con oferta previa y el total de colocaciones. El motivo de utilizar exclusivamente el concepto de demanda activa con oferta previa se basa en que es el único tipo de colocación en la que el SPE interviene activamente en el emparejamiento entre oferta y demanda de trabajo. El resto de colocaciones del mercado laboral provienen de demandas activas que encuentran empleo sin la intermediación del SPE, es decir, sin una oferta previa gestionada por este organismo y de otras colocaciones (Suárez Cano y Mayor Fernández, 2012).

Finalmente, se analiza la evolución del peso de las mujeres en las colocaciones gestionadas comparándolo con su proporción en las colocaciones totales.

El análisis de las actividades de intermediación laboral del SPE para el conjunto de España pretende comparar el inicio de la crisis financiera de 2008 con la crisis de 2020 y la recuperación posterior en 2021, aunque también se tienen en cuenta la situación precedente a la pandemia para comprobar en qué medida ésta ha modificado la tendencia previa de los principales indicadores de la intermediación pública.

La evolución de los puestos ofrecidos para gestión muestra una estabilidad entre 2017 y 2019, mientras que se evidencia una reducción en el número de colocaciones gestionadas por el SPE. En 2020 caen un 22,6% y un 15,5% respectivamente debido a los efectos de la pandemia, aunque se recuperan rápidamente en 2021 con alzas del 18,6% y del 21,1% respectivamente. Sin embargo, al inicio de la crisis de 2008 las colocaciones gestionadas aun aumentaron (8,9%) mientras que los puestos ofrecidos para gestión disminuyeron un 9,7% (tabla 1). Pero también cabe resaltar que, con independencia del ciclo económico, las cifras son significativamente pequeñas si las comparamos con el número total de colocaciones, lo que revela una desconfianza hacia el SPE como un intermediario eficaz.

Las magnitudes de la tasa de registro y de la cuota de mercado señalan la escasa incidencia en el ámbito de la colocación tiene el SPE en nuestro país. La primera no llega a alcanzar el 3% en los últimos años, mientras que la segunda no supera el 2%, en ambas tasas con un nivel inferior al registrado al inicio de la crisis de 2008 (tabla 1). El balance es aún más negativo si consideramos que una media del 48% de los parados entre 2017 y 2021 utiliza los SPE como método de búsqueda de empleo según la Encuesta de Población Activa. No obstante, la tasa de registro y la cuota de mercado aumentan tanto en la crisis de 2020 como al inicio de la crisis de 2008. En 2020 se debe a que la caída en los puestos ofrecidos para gestión y en las colocaciones gestionadas es inferior a la reducción en las colocaciones totales. Entre 2008 y 2009, el aumento en la cuota de mercado fue mayor que el de la tasa de registro porque las colocaciones gestionadas aumentaron mientras disminuía el número de colocaciones totales. En 2021 ambas tasas se mantienen en relación a 2020, debido a que el aumento en los puestos ofrecidos para gestión y en las colocaciones gestionadas es similar al registrado en las colocaciones totales.

La tasa de éxito medida como la proporción entre colocaciones gestionadas por el SPE y los puestos de trabajo ofrecidos para gestión disminuye levemente entre 2017 y 2019 para aumentar de forma notable en 2020, pasando del 65,4% al 71,2%. Al inicio de la crisis de 2008 también se registró un incremento de la tasa de éxito (tabla 1). El aumento de la tasa de éxito en la crisis de 2020 no se debe a una mayor cobertura de los puestos vacantes, sino a la mayor caída registrada en las vacantes registradas en el SPE en relación a las colocaciones gestionadas. Por el contrario, entre 2008 y 2009 la tasa de éxito aumenta porque se incrementa

el número de vacantes cubiertas debido a que las colocaciones gestionadas aún siguen creciendo. En 2021 la tasa de éxito aumenta en 1,6 puntos respecto a 2020, como consecuencia de un mayor aumento en las colocaciones gestionadas que en los puestos ofrecidos para gestión.

A la hora de analizar el rendimiento de los SPE resulta útil compararlo con la labor de intermediación de las ETT, utilizando el único indicador que nos permite hacer una valoración del rendimiento de las actividades de intermediación, es decir, la cuota de mercado. La desagregación por género, grupos de edad y nivel educativo nos servirá para conocer cuál es la incidencia que sobre diversos colectivos tiene la actividad de intermediación privada. Los datos analizados proceden de la Estadística de Empresas de Trabajo Temporal elaborada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

La evolución de las colocaciones intermediadas por las ETT muestra un aumento superior al registrado en las colocaciones totales entre 2017 y 2019 (12,5% frente al 4,3%), si bien se reducen en 2020 como consecuencia de la pandemia y en un porcentaje superior al registrado en las colocaciones gestionadas por los SPE (-21,6% frente al -15,5%), aunque menor que el anotado en el total de colocaciones (-28,5%). En 2021 las colocaciones a través de las ETT repuntan, pero sin alcanzar aun el nivel de 2019. Sin embargo, al inicio de la crisis de 2008 la caída de las colocaciones a través de las ETT fue claramente superior a la registrada en las colocaciones totales (-25,9% frente al -14,2%), mientras las colocaciones gestionadas por el SPE aun crecían (tabla 2).

La cuota de mercado de las ETT aumenta entre 2017 y 2019 en 1,4 puntos, a diferencia de lo que sucede con los SPE donde se mantiene prácticamente sin variación. En 2020 la cuota de las ETT sube 1,8 puntos hasta alcanzar el 20,3%, debido a que la caída en las colocaciones a través de las ETT fue inferior al descenso registrado en las colocaciones totales. En cambio, entre 2008 y 2009 sucedió todo lo contrario, registrándose una caída de la cuota de mercado en 1,9 puntos. En 2021 la cuota de mercado de las ETT disminuye levemente como resultado de un menor aumento en relación al experimentado por las colocaciones totales (tabla 2). La cuota de las ETT es en 2021 diez veces mayor que su homónima de las oficinas públicas de empleo, lo que refleja las diferencias en el rendimiento de su actividad como intermediarios en el mercado laboral. Esta disparidad es mucho mayor que la registrada en 2009 cuando la ratio de colocaciones de las ETT respecto a los SPE se situó en 4,4. En ambas crisis dicha ratio disminuye debido a una mayor caída en la actividad de las ETT, especialmente al inicio de la crisis financiera donde se redujo en 2,1 puntos (tabla 2).

La ratio de colocaciones ETT/SPE es mayor en el caso de los hombres y las diferencias respecto a las mujeres se han ampliado hasta alcanzar los 8 puntos en 2020, aunque se reducen de forma ligera en 2021. Dicha ratio se reduce más en los hombres que en las mujeres al inicio de la crisis de 2008 debido a la

mayor destrucción de empleo en sectores con una gran concentración de empleo masculino, como es el caso de la construcción. Por el contrario, en la crisis de 2020 la ratio ETT/SPE se mantiene prácticamente igual en los hombres, mientras que disminuye en las mujeres a causa de su mayor presencia en los sectores más afectados por la pandemia. En 2021 las diferencias se reducen debido tanto al aumento de la ratio en el caso de las mujeres como a la disminución en el caso de los hombres (tabla 3).

La ratio más elevada se registra en los jóvenes y con diferencia, siendo mayor en los hombres en todas las franjas de edad con la excepción de los mayores de 45 años al inicio de la crisis de 2008. Por otro lado, la reducción de la ratio es menor en la crisis de 2020 e incluso aumenta en el caso de los menores de 25 años. Por nivel de estudios, la ratio ETT/SPE más elevada y con gran diferencia se registra en los que no tienen estudios, aunque en términos absolutos su número es relativamente pequeño. Dicha ratio es mayor en los hombres que en las mujeres y además las diferencias han aumentado en todos los niveles educativos y de forma más acusada en la crisis de 2020. La reducción de la ratio ETT/SPE es mayor al inicio de la crisis de 2008 que en la crisis derivada de la pandemia, especialmente en los que no tienen estudios (tabla 3).

No obstante, cabe señalar que debido a que las colocaciones intermediadas a través de las ETT corresponden casi exclusivamente a contratos temporales, el número de trabajadores realmente contratados es mucho menor, lo que relativizaría el alcance de la labor de intermediación de las ETT. Si consideramos la ratio entre el número de colocaciones y los trabajadores contratados se puede apreciar un valor más elevado entre 2017 y 2021 que al inicio de la crisis de 2008 (tabla 2). La explicación reside en la duración media de todos los contratos temporales, que se sitúa alrededor de 53 días en los últimos años, siendo esta cifra sensiblemente inferior a la registrada al inicio de la crisis financiera (en torno a 78 días en 2008/2009). Estos datos reflejan claramente el aumento de la precariedad el mercado de trabajo español. Por otro lado, la diferencia en la variación de la ratio entre el inicio de la crisis financiera (positiva) y la crisis de 2020 (negativa) se debe a que en la primera disminuye en un mayor porcentaje los trabajadores contratados que el número de colocaciones, mientras que en la segunda sucede todo lo contrario.

Tabla 1. Principales indicadores de la labor de intermediación laboral del SPE

	2008	2009	2017	2019	2020	2021
Colocaciones totales (miles)	16.297	13.977	21.525	22.444	16.034	19.262
Puestos ofrecidos para gestión (miles)	659	595	580	584	452	536
Colocaciones gestionadas (miles)	350	381	397	381	322	390
Hombres	150	186	198	183	150	178
Mujeres	200	195	199	198	172	212
Tasa de registro (%)	4,0	4,2	2,7	2,6	2,8	2,8
Cuota de mercado (%)	2,1	2,7	1,8	1,7	2,0	2,0
Masculina	1,7	2,5	1,7	1,5	1,7	1,7
Femenina	2,6	2,9	2,1	1,9	2,5	2,4
Tasa de éxito (%)	53,1	64,0	68,5	65,4	71,2	72,8

Fuente: SEPE. Estadística de Empleo y elaboración propia.

Tabla 2. Principales indicadores de la labor de intermediación laboral de las ETT

	2008	2009	2017	2019	2020	2021
Colocaciones gestionadas (miles)	2.264	1.678	3.692	4.152	3.254	3.895
Hombres	1.267	942	2.431	2.621	2.155	2.501
Mujeres	996	736	1.260	1.530	1.099	1.394
Cuota de mercado (%)	13,9	12,0	17,1	18,5	20,3	20,2
Masculina	14,8	12,7	20,2	21,4	23,8	23,7
Femenina	12,9	11,1	13,2	15,0	15,7	16,0
Ratio de colocaciones ETT/SPE	6,5	4,4	9,3	10,9	10,1	10,0
Trabajadores contratados ETT (miles)	658,7	428,5	708,6	779,1	665,6	776,7
Ratio de colocaciones ETT/ Trabajadores contratados ETT	3,4	3,9	5,2	5,3	4,9	5,0

Fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social. Estadística de Empresas de Trabajo Temporal y elaboración propia.

Tabla 3. Ratio de colocaciones ETT/SPE

	2008			2009			2017		
	Total	Hom	Muj	Total	Hom	Muj	Total	Hom	Muj
Edad									
< 25 años	14,5	17,1	11,7	9,4	10,0	8,6	18,2	21,4	14,0
25-44 años	6,9	9,7	5,0	4,9	6,0	3,9	12,6	18,0	8,0
> 45 años	2,1	2,0	2,2	1,6	1,4	1,8	4,1	5,0	3,0
Nivel educativo									
Sin estudios	85,5	125,0	50,2	63,2	85,7	38,4	128,2	207,5	52,6
Estudios Primarios	2,3	2,4	2,2	1,6	1,6	1,6	11,2	14,4	7,3
Estudios Secundarios	6,5	8,2	5,2	4,4	4,7	4,0	7,9	9,6	6,0
Universitarios	5,6	9,3	4,2	3,9	6,3	3,0	6,8	10,4	4,8
TOTAL	6,6	8,7	5,0	4,4	5,1	3,8	9,3	12,2	6,3

	2019			2020			2021		
	Total	Hom	Muj	Total	Hom	Muj	Total	Hom	Muj
Edad									
< 25 años	26,1	30,1	20,8	27,2	33,1	19,4	26,5	32,2	19,5
25-44 años	15,1	21,2	10,1	14,5	21,4	8,9	14,2	21,0	9,0
> 45 años	4,7	5,9	3,6	4,2	5,8	2,8	4,3	5,8	3,0
Nivel educativo									
Sin estudios	115,9	187,4	50,0	113,1	192,6	42,3	111,36	190,4	43,9
Estudios Primarios	12,0	14,9	8,4	11,1	14,9	6,9	11,0	14,8	7,0
Estudios Secundarios	9,7	11,8	7,6	8,8	11,6	6,1	9,0	11,8	6,6
Universitarios	7,4	11,5	5,3	7,4	12,5	4,9	6,4	10,1	4,5
TOTAL	10,9	14,3	7,8	10,1	14,4	6,4	10,0	14,0	6,6

Fuente: SEPE. Estadística de Empleo y Ministerio de Trabajo y Economía Social. Estadística de Empresas de Trabajo Temporal y elaboración propia.

En cuanto al análisis desagregado a nivel nacional sobre la actividad de los SPE se puede comprobar que la cuota de mercado por segmentos de edad es inferior a la media en los menores de 25 años y superior a la media en los mayores de 45 años y con una diferencia notable. Al inicio de la crisis de 2008 la cuota de mercado registra un mayor aumento que en la crisis de 2020, especialmente en los mayores de 45 años (tabla 4). La explicación reside que las colocaciones gestionadas aún seguían creciendo mientras descendía el número de colocaciones totales. Por otro lado, la proporción de menores de 25 años en las colocaciones intermediadas por el SPE es muy inferior a su peso en las colocaciones totales, reduciéndose durante los años analizados con independencia del ciclo económico, hasta alcanzar solo el 7,8% en 2021. Por el contrario, en los mayores de 45 años la

relación es la inversa, aumentando su peso de forma constante hasta llegar en 2021 al 52,3% frente al 27,9% en el total de colocaciones (tabla 5). El envejecimiento de la población activa junto con una mayor utilización de otros métodos de búsqueda de empleo por parte de los jóvenes ayudaría a explicar estos resultados.

Por nivel de estudios, la cuota de mercado es en 2021 inferior en comparación a la registrada al inicio de la crisis financiera, especialmente en los que tienen estudios primarios que pasan a tener una cuota un 50% más baja. Al igual que sucedía con las franjas de edad, al inicio de la crisis de 2008 la cuota de mercado registra un mayor aumento que en la crisis de 2020 (tabla 4). Aunque en el primero de los períodos analizados la intermediación del SPE beneficiaba más en términos relativos a los que poseen estudios primarios, dicha tendencia se revierte en los últimos años beneficiando más a los que tienen estudios secundarios. Esto se refleja en que su proporción en las colocaciones intermediadas por el SPE es superior a su peso en las colocaciones totales, con un 63,9% y un 56,7% respectivamente en 2021 (tabla 5).

Respecto a la desagregación por género cabe destacar que la cuota de mercado de las mujeres supera claramente a la de los hombres en todos los años analizados y con independencia del ciclo económico. No obstante, las diferencias se reducen al inicio de la crisis de 2008, mientras que aumentan en la crisis de 2020 (tabla 1). La razón estriba en que las colocaciones totales cayeron mucho más entre los hombres en 2009 y en cambio, la caída fue mayor entre las mujeres en 2020. En consecuencia, la cuota de mercado aumenta más entre los hombres al inicio de la crisis financiera, mientras que crece más entre las mujeres durante la crisis derivada de la pandemia. En 2021 la cuota de mercado no registra apenas variaciones respecto a 2020. La cuota de mercado femenina es superior a la masculina en las franjas de edad entre 25 y 44 años y en los mayores de 45 años, aumentando en esta última de forma notable las diferencias en la crisis de 2020. Por contra, en los menores de 25 años las diferencias entre hombres y mujeres son casi inexistentes (tabla 4). Por nivel educativo, la cuota de mercado femenina es superior a la masculina en todos los niveles. Cabe señalar que al igual que sucede con las franjas de edad, las diferencias entre hombres y mujeres aumentan en la crisis de 2020, mientras se reducen al inicio de la crisis de 2008 (tabla 4).

La distribución de las mujeres en las colocaciones intermediadas por el SPE en relación a la distribución de los hombres muestra un peso claramente superior de las primeras en el segmento de edad entre 25 y 44 años y un peso inferior en las mayores de 45 años y en las jóvenes, aunque se reducen las diferencias durante los años analizados en todas las franjas de edad. Por nivel de estudios, la proporción de las mujeres en las colocaciones intermediadas en relación a los hombres es muy superior en el nivel de estudios universitarios, con una diferencia de más de 8 puntos en 2021. Por contra, la proporción es claramente inferior tanto en los niveles de estudios primarios y secundarios (tabla 5).

Las diferencias en la distribución entre colocaciones intermediadas y las colocaciones totales son positivas y relevantes tanto en los mayores de 45 años como en los que tienen estudios secundarios (en estos últimos excepto en las mujeres al inicio de la crisis de 2008). Los hombres registran en ambos casos una mayor diferencia respecto a las mujeres en el peso de las colocaciones intermediadas en relación a las colocaciones totales. Por el contrario, en los jóvenes las diferencias en la proporción entre ambos tipos de colocaciones son más negativas para las mujeres, mientras que en la franja de entre 25 y 44 años, en los que no tienen estudios o bien estudios primarios, las diferencias resultan más negativas para los hombres (tabla 5).

Finalmente, cabe señalar que la proporción de mujeres en las colocaciones intermediadas por el SPE ha experimentado un alza entre 2017 y 2021 llegando a alcanzar el 54,3%. Sin embargo, este nivel es inferior al registrado en 2008, si bien se produjo una fuerte caída al inicio de la crisis financiera. Esta reducción se registró en todas las franjas de edad y niveles educativos. Por el contrario, entre 2019 y 2020 la proporción de mujeres aumenta de forma generalizada excepto en las jóvenes. En 2021 prosigue la tendencia al alza, ahora también en las menores de 25 años, aunque con la excepción de las universitarias (tabla 6). La proporción de mujeres en las colocaciones intermediadas por el SPE es superior a su proporción en las colocaciones totales en todos los niveles educativos y en todas las franjas de edad, excepto en las menores de 25 años. Las diferencias se reducen al inicio de la crisis de 2008 a excepción también de las jóvenes y de la franja de entre 25 y 44 años. En cambio, las diferencias entre la proporción de mujeres en las colocaciones en las que interviene el SPE y su proporción en el total de colocaciones aumentan entre 2017 y 2021, con la excepción de nuevo de las menores de 25 años (tabla 6).

Por tanto, a raíz de los datos analizados se puede concluir que la actividad de intermediación del SPE en España registra unos mejores resultados y por tanto beneficia más, a las mujeres, a los mayores de 45 años y a los que tienen estudios secundarios y con independencia del ciclo económico.

La comparación con la actividad de las ETT resulta oportuna a la hora de situar mejor el alcance de la intermediación laboral por parte de los SPE. En este sentido, el comportamiento de la cuota de mercado de las ETT por franjas de edad es totalmente distinto al que se registra en los SPE. En los mayores de 45 años dicha cuota es inferior a la media, reduciéndose al inicio de la crisis de 2008 y aumentando entre 2017 y 2021. La explicación reside en que la caída en las colocaciones a través de las ETT entre 2008 y 2009 fue superior a la registrada en las colocaciones totales, mientras que en la crisis de 2020 y en la posterior recuperación de 2021 sucede todo lo contrario. En términos comparativos el rendimiento de las ETT es mayor en los jóvenes y en la franja de edad 25-44 años, aunque los primeros registran una caída de la cuota de mercado en 2021 (tabla 4). Por otro lado, a diferencia de los SPE, la proporción de los que tienen entre 25 y 44 años en las colocaciones intermediadas por las ETT es superior a su peso en las

colocaciones totales en todos los años analizados, alcanzando el 58,4% en 2020 y con una mayor diferencia que al inicio de la crisis de 2008. Por contra, en los mayores de 45 años la relación es la inversa llegando en 2021 al 22,5% frente al 27,9% en el total de colocaciones, si bien las diferencias son ahora menores que en 2008 (tabla 5).

El análisis por nivel de estudios nos muestra que, en el caso de las ETT, la cuota de mercado de los que no tienen estudios es muy superior a la media y ha crecido tanto al inicio de la crisis de 2008 como entre 2017 y 2021. En cambio, en la primera etapa, la cuota de mercado disminuye en el resto de niveles educativos, mientras que, en la segunda aumenta especialmente en 2020 y en los que tienen estudios secundarios, llegando al 19,9% (tabla 4). En términos relativos, los que no tienen estudios son el colectivo más beneficiado, ya que su proporción en las colocaciones gestionadas por las ETT es superior a su peso en las colocaciones totales y para todos los años analizados, lo que no sucede en el resto de niveles educativos (tabla 5).

Del análisis por género se desprende la cuota de mercado masculina en las ETT es superior a la femenina tanto al inicio de la crisis de 2008 como entre 2017 y 2021 y con un aumento de las diferencias. Por otro lado, mientras la caída de la cuota de mercado entre 2008 y 2009 es similar en hombres y en mujeres, en la crisis de 2020 el aumento registrado es claramente mayor en los hombres (tabla 2). Este comportamiento se explica porque la caída de las colocaciones intermediadas por las ETT en relación con el descenso de las colocaciones totales es mucho menor en los hombres en 2020. En cambio, en 2021 la cuota de mercado femenina aumenta debido a que las colocaciones a través de las ETT crecen más que el total de colocaciones. La cuota de mercado de las mujeres en las ETT es inferior a la de los hombres en todos los segmentos de edad y con unas diferencias muy superiores en los jóvenes en todos los años analizados. La excepción son las mayores de 45 años al inicio de la crisis de 2008. Por nivel educativo, la cuota de mercado femenina es inferior a la masculina en todos los niveles, especialmente en los que no tienen estudios. La excepción son las que tienen estudios primarios, también al inicio de la crisis financiera (tabla 4). Al inicio de la crisis de 2008 la cuota de mercado decrece en ambos sexos, tanto por franjas de edad como por nivel de estudios, a excepción de los hombres sin estudios. Por el contrario, en la crisis de 2020 crece tanto la cuota de mercado masculina como la femenina, excepto en las universitarias. No obstante, el crecimiento es notablemente mayor en el caso de los hombres. En 2021 la cuota de mercado aumenta solo en el colectivo sin estudios y en los que tienen estudios secundarios, tanto en las mujeres como en los hombres (tabla 4).

La distribución de las mujeres en las colocaciones intermediadas por las ETT en relación con la distribución de los hombres solo registra un peso superior de forma general en las mayores de 45 años, aunque se han reducido las diferencias si comparamos el inicio de la crisis de 2008 con la crisis derivada de la pandemia y

la recuperación posterior. Por nivel de estudios, la proporción de las mujeres en las colocaciones intermediadas en relación a los hombres es superior en los niveles de estudios secundarios y universitarios entre 2017 y 2021, a diferencia del inicio de la crisis financiera, donde la proporción de mujeres era mayor en todos los niveles excepto en las que no tienen estudios (tabla 5).

Las diferencias en la distribución entre colocaciones intermediadas por las ETT y las colocaciones totales en los jóvenes son positivas, especialmente en el caso de los hombres, aunque no así en las mujeres entre 2017 y 2021. En cambio, las mujeres mayores de 45 años registran menores diferencias negativas en relación a las colocaciones totales que los hombres. En la franja de entre 25 y 44 años la proporción de colocaciones intermediadas es superior a la registrada en las colocaciones totales, tanto en los hombres como en las mujeres. Por otra parte, entre los que no tienen estudios el peso en las colocaciones intermediadas es superior al total de colocaciones y con mayor diferencia en el caso de los hombres. En el nivel de estudios secundarios el peso en las colocaciones intermediadas es superior al de las colocaciones totales solo en las mujeres. En los niveles de estudios primarios y universitarios la proporción en las colocaciones a través de las ETT es inferior a la del total de colocaciones en ambos sexos (tabla 5).

Finalmente, cabe remarcar que la proporción de mujeres en las colocaciones intermediadas por las ETT es en 2021 muy inferior a la registrada en 2008. Además, mientras al inicio de la crisis financiera se mantuvo constante, en la crisis de 2020 se reduce alrededor de 3 puntos, aunque recupera en 2021 gran parte de la caída. En todos los años analizados dicha proporción se sitúa claramente por debajo de la proporción registrada en los SPE. La misma tendencia se registra en todas las franjas de edad y en todos los niveles educativos (tabla 6). Por otro lado, la proporción de mujeres en las colocaciones intermediadas por las ETT es inferior a su proporción en las colocaciones totales en todas las franjas de edad y de forma más acentuada en las jóvenes, siendo mayores las diferencias en 2020 y 2021 que al inicio de la crisis de 2008. Por nivel educativo, la proporción de las mujeres en las colocaciones gestionadas por las ETT es inferior a su peso en las colocaciones totales en todos los niveles de estudios, especialmente en las que tienen estudios universitarios. Las diferencias son también mayores en 2020 y 2021 al igual que en las franjas de edad (tabla 6).

En consecuencia, en base al análisis realizado se puede afirmar que el rendimiento de las ETT en la intermediación laboral es superior al del SPE. A nivel desagregado los mejores resultados se registran en los hombres, la franja de edad entre 25 y 44 años y en los que no tienen estudios. No obstante, las mujeres mayores de 45 años registran una mayor proporción en las colocaciones intermediadas en relación a los hombres de dicha franja de edad y con independencia del ciclo económico.

Tabla 4. Cuota de mercado o tasa de intermediación (%)

	2008		2009		2017		2019		2020		2021	
	SPE	ETT										
EDAD												
< 25 años	1,2	17,3	1,5	14,5	0,9	17,2	0,7	18,7	0,8	22,8	0,8	21,2
25-44 años	2,0	14,2	2,6	12,6	1,5	18,7	1,3	20,1	1,5	22,1	1,5	21,9
> 45 años	3,8	8,0	4,5	7,2	3,3	13,5	3,2	15,2	3,6	15,4	3,8	16,3
Hombres												
< 25 años	1,2	20,2	1,7	17,1	1,0	21,4	0,8	22,8	0,8	27,6	0,8	25,5
25-44 años	1,5	14,8	2,2	13,2	1,2	21,9	1,1	23,0	1,2	25,7	1,2	25,6
> 45 años	3,4	6,7	4,5	6,1	3,1	15,4	2,9	17,0	3,1	17,8	3,2	18,7
Mujeres												
< 25 años	1,2	14,0	1,3	11,7	0,9	12,3	0,7	14,0	0,8	16,3	0,8	15,8
25-44 años	2,7	13,4	3,0	11,8	1,8	14,5	1,6	16,4	2,0	17,4	1,9	17,5
> 45 años	4,3	9,3	4,5	8,3	3,7	9,6	3,6	13,0	4,4	12,3	4,5	13,4
NIVEL EDUCATIVO												
Sin estudios	0,3	30,8	0,5	32,1	0,4	48,0	0,4	47,5	0,4	50,8	0,5	51,3
E. Primarios	3,0	7,1	3,5	5,7	1,5	17,4	1,4	16,6	1,7	18,9	1,6	18,0
E. Secundarios	2,1	13,8	2,7	11,9	2,0	15,8	1,9	18,2	2,3	19,9	2,3	20,6
Universitarios	2,3	13,0	2,8	11,0	2,0	13,6	1,9	14,2	2,0	14,6	2,1	13,5
Hombres												
Sin estudios	0,2	32,4	0,4	35,9	0,2	54,4	0,3	53,0	0,3	56,6	0,3	57,6
E. Primarios	2,5	6,0	3,1	5,1	1,3	19,5	1,2	18,3	1,4	20,9	1,4	20,2
E. Secundarios	1,7	14,6	2,6	12,2	1,8	17,8	1,7	20,2	1,9	22,5	2,0	23,2
Universitarios	1,7	15,9	2,1	13,6	1,7	18,1	1,6	18,3	1,6	19,7	1,7	17,2
Mujeres												
Sin estudios	0,5	27,9	0,6	25,5	0,6	33,3	0,7	34,9	0,8	35,8	0,8	36,5
E. Primarios	3,9	8,9	4,2	6,7	1,9	13,8	1,6	13,8	2,3	15,6	2,1	14,5
E. Secundarios	2,4	12,9	2,8	11,4	2,2	13,2	2,1	15,8	2,7	16,6	2,7	17,5
Universitarios	2,7	11,3	3,1	9,4	2,2	10,6	2,1	11,3	2,2	11,0	2,4	10,9

Fuente: SEPE. Estadística de Empleo y Ministerio de Trabajo y Economía Social. Estadística de Empresas de Trabajo Temporal y elaboración propia.

Tabla 5. Distribución de las colocaciones por edad y nivel educativo

	2008			2009			2017		
	SPE	ETT	TOTAL	SPE	ETT	TOTAL	SPE	ETT	TOTAL
EDAD									
< 25 años	13,8	31,0	24,9	12,5	26,7	22,0	9,5	18,7	18,6
25-44 años	55,8	59,3	58,0	56,4	62,1	59,3	45,3	61,5	56,4
> 45 años	30,4	9,8	17,1	31,1	11,2	18,7	45,2	19,7	24,9
HOMBRES									
< 25 años	16,5	33,5	24,4	14,6	28,7	21,3	10,9	19,1	18,0
25-44 años	51,3	59,0	59,0	52,7	62,4	60,4	42,1	61,8	57,0
> 45 años	32,2	7,6	16,6	32,7	8,9	18,3	47,0	19,1	25,1
MUJERES									
< 25 años	11,8	27,8	25,4	10,6	24,1	22,9	8,2	18,1	19,5
25-44 años	59,2	59,6	57,1	59,9	61,7	58,0	48,5	61,1	55,7
> 45 años	29,0	12,6	17,4	29,5	14,2	19,1	43,4	20,8	24,8
NIVEL EDUCATIVO									
Sin estudios	1,0	13,3	6,0	1,0	14,0	5,3	0,9	12,1	4,3
E. Primarios	17,3	6,3	12,3	17,2	6,3	13,1	16,1	19,5	19,2
E. Secundarios	67,9	68,5	69,0	68,1	67,4	68,2	66,3	56,2	61,0
Universitarios	13,8	12,0	12,7	13,7	12,3	13,4	16,6	12,1	15,3
HOMBRES									
Sin estudios	1,1	16,4	7,5	1,0	17,7	6,3	0,8	14,6	5,4
E. Primarios	20,1	5,8	14,4	19,6	6,3	15,6	17,8	21,0	21,7
E. Secundarios	69,7	67,9	68,8	71,1	65,8	68,5	69,5	54,6	61,8
Universitarios	9,1	10,0	9,3	8,3	10,2	9,6	11,7	9,9	11,1
MUJERES									
Sin estudios	1,0	9,3	4,3	1,0	9,2	4,0	0,9	7,5	3,0
E. Primarios	15,3	6,9	10,0	14,9	6,3	10,4	14,5	16,7	16,1
E. Secundarios	66,4	69,3	69,2	65,1	69,5	68,0	63,1	59,5	60,0
Universitarios	17,3	14,5	16,5	19,0	14,9	17,6	21,5	16,3	20,5

	2019			2020			2021		
	SPE	ETT	TOTAL	SPE	ETT	TOTAL	SPE	ETT	TOTAL
EDAD									
< 25 años	8,5	20,4	20,2	7,4	20,0	17,8	7,8	20,8	19,9
25-44 años	41,7	57,9	53,4	40,8	58,4	53,7	39,8	56,7	52,2
> 45 años	49,8	21,7	26,4	51,8	21,6	28,5	52,3	22,5	27,9
HOMBRES									
< 25 años	10,0	21,1	19,9	9,1	20,9	18,1	9,4	21,5	20,0
25-44 años	39,0	57,9	53,7	39,0	58,1	53,9	37,9	56,6	52,4
> 45 años	51,0	21,0	26,4	51,9	21,0	28,1	52,7	21,9	27,6
MUJERES									
< 25 años	7,1	19,2	20,6	6,0	18,2	17,5	6,6	19,5	19,7
25-44 años	44,2	57,9	53,0	42,3	59,0	53,4	41,5	56,9	52,1
> 45 años	48,7	22,9	26,4	51,7	22,8	29,1	52,0	23,6	28,2
NIVEL EDUCATIVO									
Sin estudios	1,1	11,6	4,5	1,1	11,9	4,8	1,0	11,3	4,5
E. Primarios	17,7	19,4	21,7	19,0	20,8	22,3	18,3	20,1	22,6
E. Secundarios	64,5	57,6	58,7	64,7	56,1	57,2	63,9	57,8	56,7
Universitarios	16,8	11,4	14,9	15,2	11,2	15,6	16,8	10,8	16,1
HOMBRES									
Sin estudios	1,1	14,2	5,7	1,1	14,4	6,1	1,0	13,9	5,7
E. Primarios	19,9	20,8	24,3	21,2	22,0	25,1	20,4	21,5	25,2
E. Secundarios	67,2	55,5	58,9	66,9	54,2	57,4	66,2	55,6	56,8
Universitarios	11,9	9,5	11,1	10,8	9,4	11,4	12,4	9,0	12,3
MUJERES									
Sin estudios	1,1	7,0	3,0	1,1	7,0	3,1	1,0	6,7	3,0
E. Primarios	15,6	17,0	18,5	17,0	18,4	18,6	16,4	17,5	19,4
E. Secundarios	62,0	61,3	58,5	62,8	59,9	56,8	62,0	61,8	56,7
Universitarios	21,4	14,6	19,5	19,1	14,7	21,0	20,6	14,0	20,7

Fuente: SEPE. Estadística de Empleo y Ministerio de Trabajo y Economía Social. Estadística de Empresas de Trabajo Temporal y elaboración propia.

Tabla 6. Proporción de mujeres en las colocaciones

	2008			2009			2017		
	SPE	ETT	TOTAL	SPE	ETT	TOTAL	SPE	ETT	TOTAL
EDAD									
< 25 años	48,7	39,5	48,4	43,2	39,6	48,9	43,0	33,0	46,1
25-44 años	60,5	44,3	46,6	54,3	43,6	46,2	53,6	33,9	43,6
> 45 años	54,6	56,8	48,6	48,4	55,6	48,1	48,1	36,1	43,8
NIVEL EDUCATIVO									
Sin estudios	52,7	31,0	34,2	47,6	28,9	36,4	51,2	21,0	30,3
E. Primarios	50,3	48,2	38,4	44,3	44,0	37,3	44,9	29,3	37,0
E. Secundarios	55,9	44,6	47,5	48,9	45,2	47,0	47,7	36,1	43,4
Universitarios	71,8	53,3	61,6	70,5	53,2	62,1	64,7	46,0	59,3
TOTAL	57,1	44,0	47,3	51,0	43,9	47,2	50,1	34,1	44,1

	2019			2020			2021		
	SPE	ETT	TOTAL	SPE	ETT	TOTAL	SPE	ETT	TOTAL
EDAD									
< 25 años	43,5	34,7	46,3	43,0	30,7	42,8	45,4	33,6	44,8
25-44 años	55,0	36,9	45,0	55,4	34,1	43,3	56,5	36,0	44,9
> 45 años	50,7	38,9	45,4	53,3	35,7	44,4	53,9	37,9	45,6
NIVEL EDUCATIVO									
Sin estudios	52,1	22,5	30,6	52,9	19,8	28,1	54,0	21,2	29,9
E. Primarios	45,8	32,3	38,8	47,9	29,9	36,4	48,9	31,1	38,7
E. Secundarios	49,9	39,2	45,2	51,8	36,1	43,3	52,7	38,2	45,1
Universitarios	66,0	47,3	59,3	67,0	44,3	58,7	66,4	46,5	58,0
TOTAL	51,9	36,9	45,4	53,4	33,8	43,6	54,3	35,8	45,1

Fuente: SEPE. Estadística de Empleo y Ministerio de Trabajo y Economía Social. Estadística de Empresas de Trabajo Temporal y elaboración propia.

4. CONCLUSIONES

La primera conclusión que se deriva del análisis de los resultados de la intermediación laboral es que la tasa de registro y la cuota de mercado del SPE aumentan tanto en la crisis de 2020 como al inicio de la crisis de 2008. En la primera, debido a que la caída de los puestos ofrecidos para gestión y de las colocaciones gestionadas es inferior a la reducción de las colocaciones totales. En la segunda, el aumento en la cuota de mercado es mayor porque las colocaciones gestionadas aún aumentan mientras disminuye el número de colocaciones totales. No obstante,

la magnitud de ambos indicadores refleja la escasa incidencia del SPE en la labor de intermediación. Por otro lado, el aumento de la tasa de éxito en la crisis de 2020 no se debe a una mayor cobertura de las vacantes, sino a la mayor caída experimentada en las vacantes registradas en el SPE en relación a las colocaciones gestionadas. Por el contrario, entre 2008 y 2009 la tasa de éxito aumenta porque crece el número de vacantes cubiertas debido a que las colocaciones gestionadas aún siguen creciendo.

En segundo lugar, cabe señalar que la diferencia más significativa entre el inicio de la crisis financiera y la crisis derivada de la pandemia es que esta se limita a 2020, recuperando en 2021 los niveles previos en términos de colocaciones gestionadas por los SPE. Por el contrario, en la crisis de 2008 cayeron de forma más pronunciada entre 2011 y 2012, no recuperando el nivel previo hasta 2015. Después del descenso registrado en 2020, las colocaciones intermediadas por las ETT también repuntan en 2021, pero sin alcanzar aun el nivel de 2019.

Por otro lado, la cuota de mercado de las ETT en 2020 sube 1,8 puntos hasta alcanzar el 20,3%, debido a que la caída en las colocaciones a través de las ETT es inferior a la registrada en las colocaciones totales. En cambio, entre 2008 y 2009 sucedió todo lo contrario, registrándose una caída de 1,9 puntos en dicha cuota. En 2021 la cuota de mercado de las ETT es diez veces mayor que la registrada en el SPE, lo que refleja la disparidad en el rendimiento de su actividad como intermediarios en el mercado laboral. Esta diferencia es mucho mayor que la registrada en 2009 cuando la ratio de colocaciones ETT/SPE fue 4,4. En ambas crisis dicha ratio disminuye debido a una mayor caída en la actividad de las ETT, especialmente al inicio de la crisis financiera.

El análisis por edad y nivel educativo muestra que la intermediación laboral del SPE beneficia más a los mayores de 45 años y los que poseen estudios secundarios, con independencia del ciclo económico. En estos colectivos, la cuota de mercado es superior a la media y la proporción en las colocaciones intermediadas por el SPE es superior a la registrada en las colocaciones totales. Por el contrario, la labor de las ETT beneficia más a la franja de edad entre 25 y 44 años y a los que no tienen estudios, lo que también se refleja en la cuota de mercado y en una mayor proporción de colocaciones intermediadas en relación a su peso en las colocaciones totales.

El análisis por género refleja que en el SPE la cuota de mercado de las mujeres supera claramente a la de los hombres en todos los años analizados y con independencia del ciclo económico. No obstante, las diferencias se reducen al inicio de la crisis de 2008, mientras que aumentan en la crisis de 2020.

La cuota de mercado de femenina es superior a la masculina en todos los segmentos de edad (excepto en los menores de 25 años) y en todos los niveles educativos. Por otro lado, la distribución de las mujeres en las colocaciones intermediadas por el SPE en relación a la distribución de los hombres muestra un

peso claramente superior de las primeras en el segmento de edad entre 25 y 44 años y en el nivel de estudios universitarios. Por contra, en el caso de las ETT el efecto diferencial es favorable a los hombres con una cuota de mercado superior a la femenina en todas las franjas de edad y en todos los niveles educativos, especialmente en los jóvenes y en los que no tienen estudios. Por otra parte, la distribución de las mujeres en las colocaciones intermediadas por las ETT en relación a la distribución de los hombres registra una proporción superior en las mayores de 45 años y en los niveles de estudios secundarios y universitarios para los dos períodos analizados. Además, cabe señalar que la proporción de mujeres en el total de colocaciones intermediadas es mayor en el SPE que en las ETT tanto al inicio de la crisis de 2008 como también entre 2017 y 2021.

Las diferencias persistentes en los resultados de los SPE y de las ETT en la intermediación laboral en España se pueden explicar en gran medida por el escaso uso de las oficinas públicas de empleo por parte de los empresarios a la hora de cubrir una vacante y por la mayor confianza en las ETT debido a una mejor percepción sobre su gestión de la mano de obra y su conocimiento de las necesidades de las empresas.

En consecuencia, una mejora de la intermediación laboral pública requiere generar confianza en las empresas y en los trabajadores. En el primer caso, identificando a los candidatos más adecuados en base a las competencias profesionales demandadas e informando a los empleadores de todos los instrumentos que pueden utilizar a la hora de cubrir sus necesidades. En el segundo, utilizando la inteligencia artificial para facilitar la búsqueda de empleo de manera rápida y precisa para los demandantes de empleo que son potencialmente más fáciles de colocar, reservando la atención y asistencia individualizadas a los grupos más desfavorecidos. Esto puede contribuir a mejorar tanto la eficiencia como la equidad de los SPE.

En este sentido, la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020, siguiendo las recomendaciones tanto de la Comisión Europea como de la OCDE, abordó ya el tema centrándose en reforzar la capacidad de los SPE. Dicha Estrategia contemplaba avanzar en la mejora de la suficiencia de recursos y de las estructuras de los SPE, tanto en lo que se refiere al personal como a los recursos económicos dedicados a la atención personalizada de empresas y demandantes de empleo. Sin embargo, dichas propuestas siguen en su mayoría pendientes y pretenden abordarse en la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 y en la nueva Ley de Empleo que se quiere aprobar en los próximos meses.

En esta línea, la intensificación de la colaboración de los SPE con las agencias de colocación y entidades del tercer sector puede contribuir a una mayor eficacia en la intermediación laboral. No obstante, existe una falta de datos sobre la actividad de intermediación de las agencias privadas de colocación que impide dimensionar y evaluar adecuadamente su tarea. Por tanto, es primordial disponer de una

información estadística detallada y suficiente sobre los perfiles de los demandantes de empleo atendidos, para así poder valorar de forma apropiada la actividad de intermediación en su totalidad.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALVA CHÁVEZ, K. P., ESCOT MANGAS, L., FERNÁNDEZ CORNEJO, J. A. y CÁCERES RUIZ, J. I. (2017). Intermediarios del mercado de trabajo y eficacia de los métodos de búsqueda de empleo durante la crisis económica. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 35(2), 415-442.

CALVO GALLEGO, F. J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2011). *Colocación y servicios de empleo*. Colección Estudios nº228. Madrid. Consejo Económico y Social.

CALVO GALLEGO, F. J. (2021). Las competencias autonómicas en materia de empleo, agencias de colocación y empresas de trabajo temporal: en especial, la experiencia andaluza. *Temas Laborales*, 160, 43-90.

CATALÁ PÉREZ, D. y DEL PINO MATUTE, E. (2018). Reformas de ida y vuelta en la gobernanza horizontal del bienestar: el caso de la colaboración público-privada en la intermediación laboral en la Comunidad Valenciana. *GAPP. Nueva Época*, 19, 107-122.

EUROPEAN COMISION (2021). *PES Network Strategy*. Luxemburgo.

FERNÁNDEZ GARCÍA, A. y GUERRERO VIZUETE, E. (2020). ¿Pagar por buscar empleo? La gratuidad en la intermediación laboral digital. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8(1), 72-95.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (2020). *COVID-19: Public employment services and labour market policy responses*. Ginebra.

LINDLEY, R. M. (1988). Política activa de empleo. En *Relaciones Industriales en Gran Bretaña* (pp. 475-505). Madrid: Ministerio de trabajo y Seguridad Social.

MALO OCAÑA, M. A. (2018). La intermediación laboral como servicio de información. *Economistas*, 156-157, 123-132.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL. *Estadística de Empresas de Trabajo Temporal*. Madrid.

MOLINA NAVARRETE, C. (2011). “Público” y “privado” en el mercado de empleo: hacia una nueva síntesis “cooperativo-competitiva” (claves de un modelo “partenarial” de servicios de empleo). En S. De la Casa y M. R. Vallecillo (Coord.), *Empleo, mercado de trabajo y sistema productivo: el reto de la innovación en políticas de empleo* (pp.19-104). Editorial Bomarzo.

- MOLINA NAVARRETE, C. (2012). Intermediación y políticas activas de empleo: una urgente reforma “que brilla por su ausencia”, *Temas Laborales*, 115, 135-163.
- MORTENSEN, D.T. (1986). Job search and labour market analysis. En O.C. Ashenfelter y R. Layard, (Ed.), *Handbook of Labour Economics* (vol. II, pp. 849-919). North-Holland.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (2020), *Public employment services in the frontline for employees, jobseekers and employers*, OECD Policy Responses to Coronavirus, OECD Publishing, Paris,
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (1994). *Público y privado en el mercado de trabajo de los 90*. Universidad de Huelva.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (2014). La orientación e intermediación directa en el empleo. *Temas Laborales*, 125, 89-113.
- SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL. *Estadística de Empleo*. Madrid.
- SERRANO FALCÓN, C. (2009). *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*. Colección Trabajo y Seguridad Social (38). Granada: Editorial Comares.
- SOBRINO GONZÁLEZ, G. M. (2006). *La política de colocación*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- SUÁREZ CANO, P. y MAYOR FERNÁNDEZ, M. (2012). La intermediación laboral del Servicio Público de Empleo en España: un análisis regional con los datos del SISPE. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Serie Economía y Sociología*, 96, 175-194.
- VALLECILLO GÁMEZ, M. R. (2021). La digitalización exprés de los servicios públicos de empleo: retos y desafíos desde una perspectiva comparada. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 459, 145-171.
- WALWEI, U. (1996). Improving Job-matching through Placement Services. En G. Schmid, J. O'Reilly y K. Schömann, (Ed.), *International Handbook of Labour Market Policy and Evaluation* (pp. 402-428). Cheltenham: Edward Elgar.

Comentarios de Jurisprudencia

LA NECESIDAD DE TRANSPARENCIA DEL SALARIO. DE PRINCIPIO A OBLIGACIÓN*

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 31/2019, de 17 de enero
ECLI:ES:TS:2019:361*

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ**

SUPUESTO DE HECHO: El litigio de origen es una demanda de conflicto colectivo presentada por el sindicato CGT, a la que se adhieren otros, por una práctica empresarial consistente en que a la hora de reflejar en las nóminas de los trabajadores la percepción de los complementos de IT regulados en el convenio colectivo de aplicación, no se indican ni los días en los que tal complemento se ha devengado, ni el porcentaje aplicado para su cálculo, refiriendo únicamente el montante total devengado. Además, en los supuestos de ampliaciones o reducciones de jornada, cuando en un mismo mes se han desempeñado jornadas con distinta extensión semanal, la empresa no refleja en la nómina el número de días prestado con cada tipo de jornada y el salario correspondiente a los mismos, sino que se fija una unidad en la que se establece la media ponderada diaria de salario devengado. Las ofertas de ampliaciones de jornada de la empresa se publican en la intranet de la empresa y, al aceptarse por los trabajadores, se especifican los días en que se va a desarrollar tal ampliación de jornada, así como el porcentaje que la misma supone respecto de la jornada ordinaria, documentándose por escrito. Los trabajadores de la empresa tienen acceso a dos herramientas informáticas que se actualizan día a día y les permite conocer las situaciones de IT, de huelga, las ausencias justificadas o no justificadas y pueden reclamar los posibles errores, si bien una de ellas no resulta accesible a todos los trabajadores. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha informado que el recibo de pago de los salarios que confecciona la empresa cumple con la normativa aplicable (art. 29.1 ET). Dicha empresa tiene centros de trabajos en más de una comunidad autónoma, contando con una plantilla que asciende a más de 4000 personas trabajadoras, siendo el convenio colectivo aplicable el del sector *contact center* (antes *telemarketing*).

* Este trabajo se ha realizado en el del marco del Proyecto I+D *Política de rentas salariales: salario mínimo y negociación colectiva*, ref. P20_01180.

** Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

RESUMEN: La parte demandante pide que se declare “el derecho de la plantilla a que la empresa entregue las nóminas con la debida claridad y separación las diferentes percepciones cuando la empresa abona las mejoras pactadas del artículo 63 de convenio colectivo y cuando los trabajadores amplían o reducen la jornada”¹. Para la Sala, el modo en que la empresa confecciona las nóminas “se opone al principio de transparencia con el que debe actuarse en la relación laboral y que debe inspirar la redacción del contrato y de los demás documentos que del mismo se derivan”.

ÍNDICE

1. LA PRÁCTICA EMPRESARIAL CUESTIONADA
2. LA NORMATIVA APLICABLE
3. LA FINALIDAD DE LA DOCUMENTAR EL SALARIO
4. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA DEL SALARIO

1. LA PRÁCTICA EMPRESARIAL CUESTIONADA

Para entender mejor la cuestión objeto de litigio, y la trascendencia que tiene la práctica empresarial impugnada, conviene aportar algunos datos más, relativos a los hechos. Para ello resulta ilustrativa la sentencia objeto de recurso de casación, esto es, la SAN de 16 de mayo de 2017, pues se refieren algunos detalles ausentes en la sentencia del TS que comentamos.

Son dos las situaciones en las que la empresa refleja en las nóminas los conceptos retributivos y el cálculo de sus cuantías de una forma particular. La primera se produce en los casos de incapacidad temporal, en los que se pueden devengar unos determinados complementos salariales que contempla el convenio colectivo aplicable, fórmula que complementa la prestación de IT como mejora voluntaria establecida en convenio colectivo, a la que ahora aludiremos. La irregularidad consiste, desde un punto de vista cualitativo, en que no se refleja en la nómina qué tipo de complemento es el que se retribuye, de entre los varios que contempla el convenio. La cuestión no es sólo formal, ya que dependiendo de la causa de la IT y de su tramo de duración, se aplica un complemento u otro, teniendo cada uno de ellos diferentes cuantías.

Desde un punto de vista cuantitativo, el modo de proceder de la empresa afecta a los días en que se retribuye el complemento de mejora, pues en la nómina no se reflejan los días en los que la persona trabajadora ha estado en situación de IT, sino

¹ El conflicto colectivo es resuelto en instancia mediante la sentencia de la sala de lo social de la Audiencia Nacional de fecha 16 de mayo de 2017, núm. 70/2017 (ECLI:ES:AN:2017:1513).

sólo los días trabajados –incluyendo los días de descansos retribuidos–, por lo que la empresa entiende que con ello es suficiente, ya que basta con hacer una simple resta para calcular los días en situación de IT que son objeto del complemento de IT. Y también afecta a la cuantía, pues no se especifica la cantidad de complemento que se percibe cada día en situación de IT en la que se devenga el complemento, sino que lo que se refleja en la nómina es el monto total al que asciende ese mes el citado complemento de mejora de la prestación, “sin especificarse el tipo de complemento que se le ha aplicado al trabajador por cada uno de los días que ha cursado baja por dicha situación”, según la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida.

Al respecto, hay que tener en cuenta que el convenio colectivo aplicable del sector *contact center*, tal como se recoge en la propia sentencia recurrida, establece un complemento empresarial a las prestaciones de IT, concretamente en su art. 63, que fija diferentes cuantías en función de la duración de la situación de IT y su causa. Este precepto diferencia, como hacen otros muchos convenios, entre situaciones de IT derivadas de accidente de trabajo, y bajas médicas con hospitalización –con independencia de su causa– supuestos en los que la empresa complementará hasta el 100% del salario del convenio desde el primer día, siempre que haya baja médica. En cambio, si la IT obedece a enfermedad común, el complemento retributivo de mejora de la prestación varía en su cuantía por tramos de duración de la situación de IT; así, se complementará por la empresa hasta el 70% del salario convenio, con el tope de 9 días al año, y siempre con baja médica, los días de IT comprendidos entre el primero y el tercero. En cambio, desde el cuarto día de IT hasta el vigésimo, se complementa el 75% del salario convenio, siempre que haya baja médica. A partir del vigésimo día de IT en adelante, se complementará hasta el 100% del salario convenio, con una duración máxima de un año.

Por otro lado, también se cuestiona judicialmente el modo en que se refleja en la nómina la retribución de la jornada cuando ésta es objeto de reducción o ampliación. Según se desprende de la sentencia recurrida, estas reducciones y ampliaciones de jornada obedecen a la naturaleza de este sector de la actividad económica, en la que es frecuente que las jornadas de los trabajadores se vean aumentadas o reducidas respecto de las inicialmente contratadas, en función de las necesidades de las distintas campañas a las que están adscritos los trabajadores, de manera que resulta común que en un mismo mes un trabajador realice jornadas con diferente extensión temporal. La irregularidad consiste en que no se especifica la cantidad devengada por cada día de reducción o ampliación de jornada, sino una media ponderada del total de días en alguna de estas dos situaciones, de manera que no se indica cual es la unidad de salario correspondiente de forma diferenciada a cada tipo de jornada desarrollada.

Para la empresa, del contenido del modelo de nóminas que utiliza se desprende que el trabajador conoce con claridad lo abonado por los días de baja por incapacidad temporal y por los días en los que se le modifica la jornada laboral, ya

que como conocen los días de baja laboral y de ampliación o reducción de jornada, pueden hacer las operaciones matemáticas oportunas.

Sin embargo, según la sentencia recurrida, esta forma de proceder priva al trabajador del conocimiento preciso del origen de los distintos conceptos retributivos devengados, viéndose obligado a efectuar complejos cálculos matemáticos a fin de cotejar si la retribución percibida coincide con la efectivamente devengada, por lo que concluye que las nóminas, en lo que se refiere a estos conceptos, no superan los cánones de claridad y transparencia que exige la normativa aplicable –arts. 4.1.f) y 29.1 ET, y la Orden Ministerial de 27 de diciembre de 1994, modificada por la OMESS/2098/2014, de 6 de noviembre–.

Para el tribunal de instancia, el hecho de que el trabajador tenga cabal conocimiento de los días que ha cursado baja por IT, o de la jornada que realiza diariamente, y que se facilite tal conocimiento mediante herramientas informáticas, no priva al empleador de especificar de forma clara y precisa los distintos conceptos retributivos en la nómina: “Antes al contrario, dicha información ha de servir al empleado para que una vez recibida una nómina en la que figuren de forma clara y transparente el origen de cada una de sus retribuciones, cotejar que lo que figura en la misma se compadece con la efectiva retribución devengada”.

Igual parecer tiene la sala del Tribunal Supremo, en la sentencia que se comenta, que considera que “la alegación de la empresa no es de recibo porque, como la propia recurrente reconoce se obliga al trabajador a controlar el número de días de trabajo y el de horas trabajadas, así como a realizar unas operaciones matemáticas más o menos complejas para comprobar que la empresa le paga lo correcto”.

2. LA NORMATIVA APLICABLE

La obligación empresarial de documentar la liquidación y pago del salario existe desde antiguo, habiendo permanecido su redacción inalterada desde la primera versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980, reconociendo nuestra Constitución española el derecho de todos los españoles a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de sus familias–. Además, España ratificó en 1930 el Convenio número 26 de la OIT², que obliga a adoptar las medidas necesarias para aplicar un sistema de control y de sanciones, a fin de asegurar tanto que los empleadores y trabajadores interesados conozcan las tasas mínimas de los salarios vigentes como que los salarios pagados no sean inferiores a las tasas mínimas aplicables (art. 4.1); con la consecuencia de que los trabajadores

² Sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928, entrada en vigor 14 de junio de 1930.

que hayan recibido salarios inferiores a las tasas que les sean aplicables tendrán derecho a recuperar la suma que se les adeude, por vía judicial o por cualquier otra vía legal, dentro del plazo que fije la legislación nacional (art. 4.2). También ratificó en 1958 el Convenio OIT número 95, de 1949³, que exige tomar medidas eficaces para informar a los trabajadores, cuando sea necesario, en forma apropiada y fácilmente comprensible (art: 14), precisando la Recomendación número 95 que “La información a los trabajadores sobre las condiciones de los salarios debería contener, si ello fuere necesario, los pormenores siguientes: (a) las tasas de los salarios; (b) el método para calcular los salarios; c) la periodicidad de los pagos; (d) el lugar de pago (e) las condiciones en que puedan efectuarse los descuentos (Punto III.6)”⁴.

En el plano nacional actual, el art. 4.2 f) ET reconoce el derecho de los trabajadores a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, desarrollando la regulación de la materia en el Título I (arts. 26 a 33), que ha experimentado notables reformas desde 1980 en algunos aspectos del salario, flexibilizando el marco regulador imperativo con el fin de conseguir una gestión más flexible de los recursos humanos⁵ y abriendo nuevos espacios a la autonomía colectiva⁶. Aunque, como decimos, la regulación de la documentación del pago del salario permanece casi inalterada.

Así, entre otras garantías de protección del salario, se establece la obligación empresarial de documentar el pago del salario. Concretamente el art. 29.1 ET, establece que “La documentación del salario se realizará mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago del mismo. El recibo de salarios se ajustará al modelo que apruebe el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otro modelo que contenga con la debida claridad y separación las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan”. Dicho modelo de recibo de salarios se aprobó mediante la Orden ministerial de 27 de diciembre de 1994, modificada posteriormente por la Orden ESS/2098/2014, de 6 de noviembre,

³ Convenio relativo a la protección del salario, con entrada en vigor el 24 de septiembre de 1952.

⁴ Camps Ruiz, “La protección de los salarios en la historia de la OIT”, Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social núm. 147/2020, p.147.

⁵ Según el preámbulo de la 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 mayo).

⁶ Un estudio detallado del papel de la negociación colectiva en materia de salarios, sobre todo a partir de la reforma laboral de 1994, lo hace, entre otros, Alfonso Mellado, C. L., “Salarios y negociación colectiva”, en AAVV *Estudios sobre el salario*, editorial Bomarzo, 2004, pp. 9 y ss.

para incluir también en el modelo de recibo de salario la aportación empresarial a la seguridad social.

La citada orden ministerial distingue dentro de los devengos, las percepciones salariales –salario base, complementos salariales, horas extraordinarias, horas complementarias (contratos a tiempo parcial), gratificaciones extraordinarias, salario en especie–, las percepciones no salariales (indemnizaciones o suplidos, percepciones e indemnizaciones de la Seguridad Social, las indemnizaciones por traslados, suspensiones o despidos y otras percepciones salariales). El preámbulo de la Orden de 1994, explicita que el nuevo modelo de recibo de salario que aprueba, aporta la necesaria flexibilidad en su formulación, de manera que pueda adaptarse a las diferentes estructuras salariales vigentes en las empresas, teniendo en cuenta al mismo tiempo la simplificación introducida por la propia Ley 11/1994 en la regulación legal del salario. También permite la norma citada que el modelo oficial pueda ser sustituido por otro acordado mediante convenio colectivo o, en su defecto, mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, siempre que contenga los mismos conceptos y denominación que establece la Orden ministerial.

El convenio colectivo aplicable no establece otro modelo específico de recibo de salario, de manera que se aplica por defecto el aprobado por la norma estatal referida. Como se ha adelantado en el resumen inicial, la sentencia comentada desestima el recurso de la empresa y, por tanto, confirma la de instancia que reconoce el derecho de los trabajadores de la plantilla de la demandada a que la empresa entregue las nóminas con la debida claridad y separación las diferentes percepciones cuando la empresa abona las mejoras pactadas del artículo 63 de convenio colectivo, y cuando los trabajadores amplían o reducen la jornada. Y ello por considerarse que no se cumple con la normativa aplicable al caso, que brevemente hemos referenciado.

Sin embargo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ante denuncia formulada por el comité de empresa, considera que “los recibos de pago de salario se ajustan al modelo establecido figurando el número de días trabajados, teniendo en cuenta que al ser retribución mensual el número de días trabajados figura siempre 30 días si se ha trabajado todo el mes. En los casos en que el trabajador está en IT aparece el número de días efectivamente trabajados, correspondiente el resto a la situación de IT en que pueda estar el trabajador durante ese mes. Por tanto, se considera que se cumple lo establecido en el artículo 29.1 del Estatuto de los Trabajadores”.

Y es que la norma que sanciona administrativamente los incumplimientos laborales, esto es, la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS)⁷

⁷ 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.

no contempla la falta de transparencia en el recibo de salario como infracción administrativa, no siendo encuadrable en las previstas en tal norma. Así, se considera como infracciones administrativas leves no entregar puntualmente al trabajador el recibo de salarios (art. 6.2 LISOS); no utilizar el modelo de recibo de salarios aplicable, oficial o pactado (art. 6.2 LISOS); y no conservar durante cuatro años los recibos justificativos del pago de salarios (art. 21.1 LISOS). No se encuadra tampoco como infracción administrativa grave (art. 7.3 LISOS), pues sí se consignan en el recibo de salario las cantidades realmente abonadas al trabajador. Tampoco se produce impago o retrasos reiterados en el pago del salario debido, por lo que no se considera infracción administrativa muy grave (art. 8.1 LISOS).

Por tanto, la finalidad de transparencia que predica la Orden ministerial de 1994 del recibo de salario a través del modelo que aprueba, que es algo consustancial a su materialización y entrega, no ha sido tenida en cuenta por la norma sancionadora como objeto de tutela administrativa, entendemos que por el hecho de no venir expresada en el articulado de la Orden citada. Lo que lleva a pensar que el objetivo de flexibilidad en la formulación del nuevo modelo de recibo de salario para que pueda adaptarse a las diferentes estructuras salariales vigentes en las empresas, no se ve compensado de forma equilibrada con el objetivo de protección del salario que dice perseguir. Entendemos que, por mucho que la concurrencia o no de transparencia requiera de un ejercicio de valoración previa, ya sea en sede judicial o administrativa, al ser un elemento material y no formal de la obligación de documentación del salario, debe trascender su configuración desde el carácter de principio que inspira una obligación para pasar a ser un requisito material contenido expresamente en el articulado de la norma, cuya infracción se sancione administrativamente como equivalente a la falta de documentación del salario. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

3. FINALIDAD DE DOCUMENTAR EL SALARIO

En relación con la finalidad de la documentación del recibo de salario en el modelo aprobado por la norma estatal o, en su caso, la negociación colectiva, el preámbulo de la Orden ministerial de 1994, alude a que de esta forma se garantiza, además de la constancia de la percepción por el trabajador de las cantidades liquidadas, la debida transparencia en el conocimiento por el mismo de los diferentes conceptos de abono y descuento que conforman tal liquidación.

De manera que la primera finalidad perseguida es la de que la persona trabajadora tenga constancia de las cantidades liquidadas y, por tanto, lo que aporta la documentación del salario es seguridad jurídica a quien recibe el pago del salario, tanto en relación a las cantidades recibidas como a los conceptos en virtud de los cuales las recibe. Esta seguridad jurídica permitirá a la persona trabajadora hacer las comprobaciones oportunas de que dichas cantidades y conceptos se ajustan a lo

que le corresponde percibir conforme a las normas aplicables, ya sean convenios colectivos o acuerdos de empresa o mejoras pactadas en contrato de trabajo. En caso de que no sea así, la documentación del salario cumpliría también la función de modo de prueba de lo liquidado y su no adecuación a lo que debería percibir.

Pero la norma también alude a la finalidad de obtener con esta documentación del salario “la debida transparencia de los diferentes conceptos de abono y descuento que conforman la liquidación”. Es decir, no es suficiente con recoger separadamente los diferentes conceptos que exige la norma, sino que “el contenido de la nómina debe ser transparente, esto es, de fácil comprobación de los conceptos pagados y del cálculo e importe de cada uno de ellos realizando el mínimo número de operaciones matemáticas y sin necesidad de acudir al registro de datos que, aunque el trabajador conozca, no le sean comunicados por la empresa”, en palabras de la sentencia comentada. Como ha afirmado la doctrina, “No estamos, precisamente, ante un modelo de nómina clara y transparente”⁸.

Se argumenta además por la sala que se trata de facilitar al interesado los datos propios conforme a los que se ha calculado el importe de su retribución, para que los pueda comprobar, lo que se refiere a la claridad que debe existir a la hora de fijar la retribución del trabajador con base a datos que solo serán conocidos por las dos partes del contrato, salvo discrepancias que obligue a que resuelvan los Tribunales. Lo que es diferente a lo resuelto mediante la sentencia también del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2017⁹, alegada por la demandante, en la que se afirmaba que las empresas no estaban obligadas a llevar un registro de la jornada diaria de toda la plantilla para comprobar el cumplimiento de la jornada laboral y horarios pactados, siendo obligatorio sólo el registro de horas extras realizadas, siguiendo la doctrina que ya había mantenido en su STS de Pleno de 23 de marzo de 2017¹⁰. Como es sabido, en la actualidad sí es obligatorio el registro diario de la jornada conforme al nuevo apartado 9 del art. 34 ET, añadido por el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, con base a la STJUE de (Gran Sala) de 14 de mayo 2019, asunto C-55/18¹¹.

Por tanto, la necesidad de documentar la liquidación del salario trasciende la mera formalidad, para ser un instrumento de garantía del salario y de cumplimiento del derecho a la recepción puntual de la remuneración pactada o legalmente

⁸ Rojo Torrecilla, E. (2019), “En efecto, las nóminas han de ser claras. El TS, en sentencia de 17 de enero de 2019, confirma la dictada por la AN el 16 de mayo de 2017”, El Blog de Eduardo Rojo, 24 de febrero 2019.

⁹ ES:TS:2017:1748.

¹⁰ ES:TS:2017:1275.

¹¹ Vid. un comentario a la misma en Sepúlveda Gómez, M. (2019): “La obligación empresarial de establecer un sistema de cómputo diario de la jornada laboral conforme al derecho comunitario”, *Revista Temas Laborales* número 148/2019, pp. 217 y ss.

establecida que reconoce el art. 4.2. f) ET, lo que adquiere especial trascendencia en un sistema de relaciones laborales con grandes dosis de flexibilidad en la relación laboral, en el que los sistemas y estructura del salario han adquirido cierta complejidad para ajustarse a las necesidades organizativas de las empresas. Y es que, como ya previó la doctrina, “el salario es uno de los aspectos que mayor trascendencia puede tener en un futuro modelo de relaciones laborales flexibles”¹², algo que ya es presente desde hace tiempo.

4. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA DEL SALARIO

Como exponíamos *supra*, la necesidad de transparencia del salario es condición esencial para la materialización del derecho de los trabajadores a la percepción del salario pactado o legalmente previsto.

Pese a su importancia a la hora de documentar el salario mediante una determinada forma y contenido a la hora de su plasmación escrita, entendemos que el requisito de transparencia trasciende ese momento de la liquidación y pago del salario, para formar parte esencial de otros aspectos del salario y de la propia relación laboral, por lo que ahora expondremos. La propia sentencia comentada se refiere al “principio de transparencia con el que debe actuarse en la relación laboral y que debe inspirar la redacción del contrato y de los demás documentos que del mismo se derivan”.

Tal como se expresa la sentencia, se podría interpretar que se refiere a un modo de comportamiento, en este caso por parte de la empresa, en el cumplimiento de una de sus obligaciones. Es decir, podría considerarse como una manifestación del deber de buena fe exigible legalmente a ambas partes que, “en cualquier caso, se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe” (art. 20.2 ET).

Es decir, no se trata de un principio que inspire el cumplimiento de una obligación de una determinada forma, sino una obligación material y concreta de obtención de un determinado resultado. En este caso, ese resultado sería la claridad y precisión en los datos reflejados en la nómina, datos de los que dispone la empresa, que permitirían a la parte trabajadora constatar de manera simple la correcta liquidación de la retribución adeudada. Pero la exigencia de transparencia alcanza también a lo que se considera una parte esencial del contrato, en este caso la contraprestación del salario, y de cada obligación derivada del contrato. El salario como contraprestación tiene como causa su entrega a cambio de la contraprestación de servicios por la parte trabajadora pero, como mantiene la doctrina, la causa en

¹² Alfonso Mellado, C. L. (2004): “Salarios y negociación colectiva”, en AAVV, *Estudios sobre el salario*, J. Aparicio Tovar (coord.), editorial Bomarzo, Albacete, p. 10., con cita de Monereo Pérez.

la obligación remunerativa “garantiza que el trabajador conozca no sólo el valor cuantitativo de su salario, sino también la causa que generan las distintas partidas¹³.

La buena fe es preceptiva también en el resto de obligaciones que le son exigibles legal o convencionalmente a la empresa, ya sean de documentación o no, o ya sean de hacer, de no hacer, o de dar. Como expone la sentencia, la exigencia de transparencia es aplicable a toda actuación dentro de la relación laboral, de manera que todos los actos y decisiones empresariales deben ser transparentes, esto es, deben ofrecer toda la información de que se disponga como para alcanzar el resultado que se persiga con cada obligación exigible. De manera que, de no obtenerse el resultado perseguido por una norma legal o convencional, y sobre todo si ese resultado es concebido como un derecho de la otra parte, la situación equivaldría al desconocimiento de los derechos en juego.

En la actualidad nuestra normativa debe ser revisada, porque la exigencia de transparencia en las condiciones de trabajo en general está siendo elevada a requisito esencial dentro de la relación laboral. En este sentido se puede citar la Directiva (UE) 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, que no sólo se refiere al derecho de información de las condiciones de trabajo, sino que también fija unas condiciones mínimas de trabajo que debe haber en toda relación de trabajo, “a fin de garantizar a todos los trabajadores en la Unión un grado adecuado de transparencia y previsibilidad con respecto a sus condiciones de trabajo, manteniendo al mismo tiempo una flexibilidad razonable del empleo no convencional y preservando así sus ventajas para los trabajadores y los empleadores” (considerando 6). Esta Directiva fija como plazo máximo de transposición el 1 de agosto de 2022, sin que por ahora se haya hecho en nuestro ordenamiento.

De otro lado, Pilar Europeo de Derechos Sociales¹⁴, reconoce a los trabajadores el derecho a salarios justos que proporcionen un nivel de vida digno, debiendo garantizarse un salario mínimo justo, adecuado, transparente y predecible (Pilar 6). Esta norma, entre otras, sirve de base a la Unión Europea para llevar a cabo la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea¹⁵, que contempla la necesidad de la fijación transparente y previsible de los salarios (exposición de motivos); una evolución transparente del salario mínimo legal a través de criterios claros y estables, y garanticen actualizaciones periódicas y oportunas de los salarios

¹³ En este sentido López López, J. (2008): *Un lado oculto de la flexibilidad salarial: el incremento de la judicialización*, editorial Bomarzo, Albacete, p. 29.

¹⁴ Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales (DOUE 29 abril 2017).

¹⁵ Bruselas, 28.10.2020, COM(2020) 682 final. 2020/0310 (COD).

mínimos legales, así como una participación efectiva de los interlocutores sociales (exposición de motivos); la exigencia a los Estados miembros que garanticen que la información relativa a los convenios colectivos y a sus disposiciones salariales sea transparente y esté a disposición del público (art. 10).

Podría afirmarse, por tanto, que en la actualidad nos encontramos en un proceso de cambios normativos en la ordenación jurídica de la relación de trabajo y sus condiciones que incorporan sin dificultad el requisito de transparencia en los diversos aspectos del salario y de otras condiciones de trabajo.

La necesidad de transparencia debe dejar de ser entendida como un principio que inspira algunas obligaciones de las empresas con los trabajadores y representantes de los trabajadores, para ser tratada como parte consustancial de las obligaciones dentro de la relación laboral de trabajo y las relaciones colectivas, y en todo caso como manifestación de la obligación de buena fe empresarial.

EL USO DEL VELO Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO DE EMPLEO Y LA OCUPACIÓN*

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de julio de 2021.
ECLI:EU:C:2021:594*

M^a TERESA VELASCO PORTERO**

SUPUESTO DE HECHO: La Sentencia TJCE\2021\199, de 15 de julio de 2021, resuelve de manera conjunta los asuntos C-804/18 y C-341/19, entre *IX* y *WABE eV* y entre *MH Müller Handels GmbH* y *MJ*, respectivamente, ambos en relación con la prohibición por parte de la empresa del uso de símbolos religiosos en el lugar de trabajo y concretados en el uso del velo islámico.

Por lo que respecta a la petición de decisión prejudicial del asunto C-804/18 se presentó en el contexto de un litigio entre *IX* y su empleador, *WABE eV* (en lo sucesivo, «*WABE*»), asociación registrada en Alemania que explota numerosas guarderías, en relación con la suspensión al trabajador *IX* de sus funciones a raíz de su negativa a respetar la prohibición impuesta por *WABE* a sus empleados de llevar cualquier signo visible de naturaleza política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo cuando estuviesen en contacto con los padres o los hijos de estos. La empresa se declara apolítica y aconfesional y defiende la neutralidad en el trato con los niños y sus padres, y la trabajadora había tomado un momento dado la decisión de llevar pañuelo islámico.

En cuanto a la petición de decisión prejudicial del asunto C-341/19, se presentó en el contexto de un litigio entre *MH Müller Handels GmbH* (en lo sucesivo, «*MH*»), sociedad que explota una cadena de droguerías en territorio alemán, y su empleada, *MJ*, en relación con la legalidad de la orden conminatoria que *MH* dirigió a *MJ* para que esta se abstuviera de llevar, en el lugar de trabajo, signos de naturaleza política, filosófica o religiosa que fueran vistosos y de gran tamaño. La trabajadora (contratada en el año 2002) había comenzado a llevar pañuelo en el centro de trabajo en 2014.

* El presente comentario forma parte de los resultados del proyecto “Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales”, del Programa I+D+I Retos 2018, investigadores principales Gárate Castro y Maneiro Vázquez.

** Profesora titular de Área. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

RESUMEN: La sentencia avanza en los matices de la doctrina del tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el uso del velo islámico en el trabajo. En concreto, señala que la prohibición de llevar cualquier forma visible de expresión de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo puede estar justificada por la necesidad del empresario de presentarse de manera neutra ante los clientes o de prevenir conflictos sociales. Sin embargo, esta justificación debe responder a una verdadera necesidad del empresario y, en el marco de la conciliación de los derechos e intereses en juego, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tener en cuenta el contexto propio de su Estado miembro y, en particular, disposiciones nacionales más favorables para la protección de la libertad religiosa.

ÍNDICE

1. LA NO DISCRIMINACIÓN POR CONVICCIONES RELIGIOSAS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJ
2. CONTENIDO Y CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA Y SU TRASCENDENCIA
3. BIBLIOGRAFÍA

1. LA NO DISCRIMINACIÓN POR CONVICCIONES RELIGIOSAS EN EL DERECHO LA UNIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJ

La prohibición de discriminación por motivos de religión o convicciones ha cobrado una importancia creciente en los últimos años, en que los atentados islamistas radicales y el problema de la inmigración irregular están alimentando una ola de antislamismo tanto en Europa como en nuestro país. Es uno de los ámbitos de lucha contra la discriminación previstos en el art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 13 TCE), y ha sido desarrollado por medio de 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. Su art. 1 establece que su objeto es «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

Con respecto al tema de la posible discriminación por convicciones religiosas, el TJ ya se ha pronunciado varias veces anteriormente, tanto en lo referente a la prohibición del uso del velo islámico en el trabajo (con resultado diferente aunque aplicando la misma doctrina) como respecto a la autonomía de las iglesias y demás organizaciones cuya ética se basa en la religión o en las convicciones (en concreto, sobre si es posible que rechacen la candidatura de una persona por no pertenecer

a dicha religión¹), e incluso sobre si es posible el despido de un médico trabajador de un hospital de la Iglesia Católica por contraer un segundo matrimonio civil².

Con respecto al uso del velo o pañuelo hay que recordar la sentencia Samira Achbita³ y la sentencia Asma Bougnaoui⁴, ambas de 14 de marzo de 2017. El litigio del que deviene la primera de las sentencias se producía en el seno de una empresa que presta servicios de recepción y acogida a clientes, y que con objeto de ofrecer una imagen neutra a dichos clientes tiene un reglamento interno que “prohíbe a los trabajadores llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas u observar cualquier rito derivado de éstas en el lugar de trabajo, a pesar de lo cual una de las empleadas comienza a acudir con la cabeza tapada con pañuelo islámico. La cuestión prejudicial elevada al TJ por el órgano jurisdiccional fue la siguiente: “¿Debe interpretarse el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo como musulmana en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa si la norma en vigor en la empresa prohíbe a todos los trabajadores llevar en el lugar de trabajo signos externos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas?”. Con respecto a esta cuestión, y atendiendo a que el criterio no se refería únicamente a la religión musulmana, sino a indistintamente a todo tipo manifestaciones visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas, y tratando por igual en este sentido a todos los trabajadores. Por tanto, concluye que en contestación a la cuestión prejudicial planteada “una norma interna como la norma controvertida en el litigio principal no establece una diferencia de trato basada directamente en la religión o las convicciones en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78.”

Sin embargo, y haciendo uso de la facultad que tiene el TJ de proporcionar al órgano jurisdiccional remitente todos los criterios de interpretación que puedan serle útiles para resolver el asunto del que conoce, aunque no hiciese referencia a ellos al formular sus cuestiones. En este sentido, señala que “no puede descartarse que el tribunal remitente llegue a la conclusión de que la norma interna controvertida en el litigio principal establece una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 si se acredita, extremo que le corresponderá comprobar, que la obligación aparentemente neutra que contiene dicha norma ocasiona, de hecho,

¹ STJ de 17 de abril de 2018, *Vera Egenberger contra Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, caso 414/15, (ECLI:EU:C:2018).

² STJ de 11 de septiembre de 2018, *IR y JQ*, asunto C-68/17, (ECLI:EU:C:2018:696)

³ STJ de 14 de marzo de 2017, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding y G4S Secure Solutions NV*, asunto C-157/15, (ECLI:EU:C:2017:203).

⁴ STJ de 14 de marzo de 2017, *Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole SA*, asunto C-188/15, (ECLI: EU:C:2017:204).

una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas.”

La segunda sentencia es la Asma Bougnaoui. Se trataba de una ingeniera que prestaba servicios a una empresa, en ocasiones en los locales de los clientes. Al principio lucía un pañuelo a modo de cinta y luego pasó a usar velo islámico. En un momento dado un cliente manifiesta que se siente molesto por que le atiendan con velo y presenta una queja, lo que induce al empleador a comunicarle de manera personal que la empresa quería mantener la neutralidad ante sus clientes y que no podría usar el velo al tratar con los clientes cuando estos se sintieran molestos. La trabajadora se niega a aceptar esta restricción y por ello es despedida. El Tribunal de Casación plantea al TJ la siguiente cuestión prejudicial: “¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 en el sentido de que el deseo manifestado por un cliente de una empresa de consultoría informática de que, en lo sucesivo, los servicios informáticos contratados no sean prestados por una asalariada de dicha empresa, ingeniero de proyectos, que usa un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trata o al contexto en que se lleva a cabo?”. En su razonamiento, el TJ considera que el concepto de “requisito profesional esencial y determinante, se refiere a un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo, sin que pueda cubrir consideraciones subjetivas, como es el caso de que el empresario quiera tener en cuenta los deseos particulares del cliente. Por ello, responde a la cuestión prejudicial que “el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de esta disposición”.

Esta sentencia, a pesar de que a priori puede parecer que da una solución distinta a la anterior, en realidad también está aplicando la misma doctrina ya que señala, literalmente, que el tribunal remitente debe indagar si el despido de la trabajadora se fundó en el incumplimiento de una norma interna de la empresa por la que se prohibiese el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas. Si se acredita que esa norma en apariencia neutra ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, como la Sra. Bougnaoui, cabría concluir que existe una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78, salvo que dicha diferencia de trato pudiese “justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como la instauración por parte de Micropole de una política de neutralidad para con sus clientes, y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios”, citando a tal efecto la sentencia Samira Achbita.

Es decir, que en este caso sí se considera que existe discriminación porque es un requisito que no se exige a todos los empleados y porque no se ha acreditado que se trate de un “requisito profesional esencial y determinante”, sin que el deseo de un tercero pueda considerarse como legitimador de la prohibición.

En nuestro país ya se han producido litigios por esta misma circunstancia y en su resolución el TSJ de La Rioja ha aplicado esta doctrina del TJ. Se trata de un grupo de tres sentencias dictadas en junio de 2017⁵ en las cuales se falla que no existe discriminación en las sanciones (una de ellas de despido y las otras dos de suspensión de empleo y sueldo) de unas trabajadoras manipuladoras de alimentos que se negaban prescindir del velo o a cubrirlo totalmente con el gorro higiénico, exigido por los protocolos de higiene alimentaria impuestos por la empresa certificadora de calidad. Para el Tribunal, en estos casos se acredita tanto que se trata de una exigencia general como la existencia de una finalidad legítima, por lo que no procede estimar la existencia de discriminación.

2. CONTENIDO Y CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA Y SU TRASCENDENCIA

En esta ocasión el TJ tiene ocasión de pronunciarse de nuevo sobre un asunto en el que la posible discriminación no tiene su causa última en una limitación legal, sino de una actuación entre particulares.

En esta sentencia el TJ completa la doctrina ya fijada en las dos mencionadas en el apartado anterior, a raíz de las cuestiones prejudiciales planteadas por sendos tribunales alemanes. La petición de decisión prejudicial del asunto C - 804 / 18 se presentó como hemos adelantado en el contexto de un litigio entre IX y su empleador, WABE, asociación registrada en Alemania que explota numerosas guarderías, en relación con la suspensión al trabajador IX de sus funciones a raíz de su negativa a respetar la prohibición impuesta por WABE a sus empleados de llevar cualquier signo visible de naturaleza política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo cuando estén en contacto con los padres o los hijos de estos.

Es importante tener en cuenta que la ley alemana garantiza el derecho de los padres a decidir sobre la participación de los hijos en la enseñanza y la religión, y que la empresa como entidad educativa se declara apolítica y aconfesional y defiende la neutralidad en el trato con los niños y sus padres, y la trabajadora había tomado un momento dado la decisión de llevar pañuelo islámico. Sufrió varias amonestaciones por ello, al igual que una trabajadora que portaba una cruz, que también tuvo que quitársela. La trabajadora reclama contra la decisión de la

⁵ STSJ de La Rioja, núm. 132/2017 de 22 junio, STSJ de La Rioja, de 22 de junio, núm. 133/2017 de 22 junio y STSJ de La Rioja, núm. 131/2017 de 22 de junio.

empresa, por considerar que se trata de una orden que produce una discriminación indirecta, y que a pesar de ser una orden general de neutralidad afecta de manera específica al velo islámico, lo cual no solo supone discriminación por motivos religiosos sino también por razón de género (solo lo llevan las mujeres), afectando de manera especial a las mujeres migrantes. Por otra parte, alega que la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán sostiene que “la prohibición de llevar el pañuelo islámico durante el trabajo en centros en que se atiende a niños constituye un menoscabo grave de la libertad de creencia y de confesión religiosa y, para ser admisible, debe basarse en un riesgo demostrado y concreto” y que, por tanto, dicha jurisprudencia mejora la previa doctrina del TJ que considera que no va contra el derecho comunitario que el empresario prohíba el uso del velo si se trata de una medida que prohíbe símbolos religiosos en general y se aplica a todo tipo de símbolos religiosos para preservar la imagen de neutralidad.

Las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal alemán fueron las siguientes:

- «1) ¿Supone una instrucción unilateral del empresario que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas una discriminación directa por motivo de religión, en el sentido del artículo 2, apartados 1 y 2, letra a), de la Directiva [2000/78] (LCEur 2000, 3383), de los trabajadores que, por mandamientos religiosos de cubrimiento, siguen determinadas reglas vestimentarias?
- 2) ¿Supone una instrucción unilateral del empresario que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas una discriminación indirecta por motivos de religión o de sexo, en el sentido del artículo 2, apartados 1 y 2, letra b), de la Directiva [2000/78], de una trabajadora que, debido a su fe musulmana, lleva un pañuelo en la cabeza?

En particular:

- a) ¿Permite la Directiva [2000/78] justificar una discriminación [indirecta] por motivos de religión o de sexo apelando al deseo subjetivo del empresario de observar una política de neutralidad política, filosófica y religiosa, si con ello el empresario desea atender a los deseos subjetivos de sus clientes?
- b) ¿Se oponen la Directiva [2000/78] o el derecho fundamental a la libertad de empresa consagrado en el artículo 16 de la [Carta (LCEur 2007, 2329)], habida cuenta del artículo 8, apartado 1, de la Directiva [2000/78], a una normativa nacional con arreglo a la cual, en aras de la protección del derecho fundamental a la libertad religiosa, la prohibición de vestimenta religiosa no puede justificarse simplemente por la capacidad abstracta a comprometer la neutralidad del empresario, sino que es necesario un riesgo suficientemente concreto, en particular, de ocasionar un perjuicio económico concreto al empresario o a un tercero afectado?»

Por otra parte, la petición de decisión prejudicial del asunto C-341/19, se presentó en el contexto de un litigio entre MH, sociedad que explota una cadena de droguerías en territorio alemán, y su empleada, MJ, en relación con la legalidad de la orden conminatoria que MH dirigió a MJ para que esta se abstuviera de llevar, en el lugar de trabajo, signos de naturaleza política, filosófica o religiosa que fueran vistosos y de gran tamaño, en concreto el pañuelo que había empezado a utilizar en 2014. Al no atender a este requerimiento fue destinada a otro puesto que le permitía llevar dicho pañuelo. En junio de 2016, MH solicitó de nuevo a MJ que se quitara el citado pañuelo y, a raíz de su negativa, fue enviada a casa. Finalmente, en julio de 2016, MH ordenó a MJ que se presentase en el lugar de trabajo sin signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas que fueran vistosos y de gran tamaño, en virtud de una directriz interna en este sentido dictada con la pretensión de mantener la neutralidad en el seno de la empresa y evitar así conflictos entre trabajadores como los que ya se había producido en varias ocasiones, siendo su origen las distintas religiones y culturas presentes en la empresa. La trabajadora presenta reclamación solicitando la nulidad de la orden e indemnización por daños y perjuicios, por vulneración de su libertad religiosa, aduciendo que el régimen de neutralidad perseguido por MH no goza de una primacía incondicional sobre la libertad religiosa y debe someterse a un examen de proporcionalidad.

Considerando que la directriz de la empresa puede suponer una discriminación por motivos religiosos, ya que los creyentes portan con más frecuencia que los agnósticos signos visibles de sus convicciones, el tribunal nacional procede a realizar un juicio de proporcionalidad entre el resultado perseguido y la limitación establecida, considerando que la doctrina del TJ hasta ese momento no era suficiente para resolver este asunto, por lo que plantea las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1 ¿Puede ser aceptable una diferencia de trato indirecta por razones de religión, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva [2000/78] (LCEur 2000, 3383) , resultante de la aplicación de una norma interna de una empresa privada siempre que se trate de una norma que prohíbe portar cualquier clase de símbolo visible de una creencia religiosa o política o de otras convicciones y no se refiera solamente a símbolos que sean vistosos y de gran tamaño?
- 2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:
 - a) ¿Debe interpretarse el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva [2000/78] en el sentido de que pueden ser tenidos en cuenta los derechos reconocidos en el artículo 10 de la Carta y en el artículo 9 del CEDH a la hora de evaluar si es aceptable una diferencia de trato indirecta por razones de religión resultante de la aplicación de una norma interna de una empresa privada que prohíbe portar símbolos de creencias religiosas o políticas o de otras convicciones que sean vistosos y de gran tamaño?

b) ¿Debe interpretarse el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva [2000/78] en el sentido de que las disposiciones nacionales de rango constitucional que protegen la libertad religiosa pueden ser tenidas en cuenta como disposiciones más favorables en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva [2000/78] a la hora de evaluar si es aceptable una diferencia de trato indirecta por razones de religión resultante de la aplicación de una norma interna de una empresa privada que prohíbe portar símbolos de creencias religiosas o políticas o de otras convicciones que sean vistosos y de gran tamaño?

Respondiendo a estas cuestiones, el TJ sienta en su argumentación una doctrina muy interesante.

En primer lugar, afirma que una norma establecida por el empresario prohibiendo usar símbolos religiosos en el lugar de trabajo no es, por sí misma, una discriminación directa.

Podría suponer, eso sí una discriminación indirecta, pero en estos casos podrá estar justificada podrá estar justificada por la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa ante sus clientes o usuarios, siempre que se cumplan varios requisitos:

El primero de ellos, que este régimen responda a una verdadera necesidad de este empresario, necesidad que tendrá que acreditar tomando en consideración especialmente las expectativas legítimas de los clientes o usuarios y las consecuencias desfavorables que sufriría sin tal régimen, habida cuenta de la naturaleza de sus actividades o del contexto en el que estas se inscriben; es decir, se impone al empresario la carga de acreditar de manera fehaciente la verdadera necesidad de la norma, tomando en consideración las cuestiones mencionadas.

En segundo lugar, es necesario que esa diferencia de trato sea apta para garantizar la correcta aplicación de dicho régimen de neutralidad, lo que implica que el mismo régimen sea seguido de forma congruente y sistemática y, en tercer lugar, que la prohibición se limite a lo estrictamente necesario en consideración a la amplitud y la gravedad reales de las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar mediante la prohibición.

Con respecto también a la admisibilidad de una posible discriminación indirecta basada en la religión o las convicciones, dimanante de una norma interna de una empresa que prohíbe llevar signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo con el objetivo de garantizar un régimen de neutralidad en el seno de dicha empresa, el TJ considera que solo puede justificarse si esa prohibición cubre toda forma visible de expresión de las convicciones políticas, filosóficas o religiosas. Una prohibición limitada al uso de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas que sean vistosos y de gran tamaño puede constituir una discriminación directa basada en la religión o

las convicciones, que, en cualquier caso, no puede justificarse sobre la base de esa disposición.

Estas son los aspectos que consideramos más relevantes de la sentencia que comentamos, que como hemos dicho concreta y matiza la doctrina anterior sobre el uso del velo, introduciendo el elemento de que la finalidad de prevenir conflictos internos puede ser también una finalidad legítima al igual que la de mantener neutralidad en la imagen de la empresa, así como la cuestión de que la prohibición no puede limitarse al uso de elementos vistosos, sea cual sea la religión a que pertenezcan, porque al no afectar a todos los símbolos podría ser una discriminación indirecta.

Habrà que estar atentos a próximas resoluciones del TJ sobre esta materia, en concreto la relativa al asunto C-344/20, petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal du travail francophone de Bruxelles (Tribunal de lo Laboral Francófono de Bruselas, Bélgica), en un asunto en que una trabajadora que portaba el velo islámico no fue seleccionada para suscribir un contrato en prácticas en una empresa, existiendo una norma interna prohibiendo las manifestaciones de sus convicciones religiosas o de otro tipo a través de la vestimenta, debido a la política de estricta neutralidad imperante en la organización.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. “Regulación del uso del velo islámico en el trabajo”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº. Extra 7, 2018.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y. “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, *NREDT*, Nº 191, 2016.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE DESPIDO NULO POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES E INSTANCIA PARA SU FIJACIÓN

*Sentencia de la Sala Social (Pleno) del Tribunal Supremo 356/2022, de 20 de abril
ECLI:ES:TS:2022:1605*

JOSE MARÍA MORENO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Trabajador incurso en proceso de baja por IT, constando la existencia de causa psico socio laboral constatada por psiquiatra y no de enfermedad común. El proceso al que deriva el trabajador viene precedido de una serie de infundadas denuncias por acoso en la empresa vertidas por una compañera de trabajo, así como tras abrir causa contra ella por haber sido víctima de un delito de descubrimiento y revelación de secretos que prosperó con la apertura de juicio oral, por el uso de unas grabaciones efectuadas por la compañera sin permiso de la empresa. Durante la reciente baja y en el marco conflictual que precede y que se prolonga por más de tres años, la empresa remitió al trabajador carta de despido disciplinario, por disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado, durante el periodo de baja laboral. Tras alzarse contra dicha decisión empresarial, el trabajador obtuvo la consideración de despido improcedente en la instancia y en suplicación la de despido nulo al amparo de lo que dispone el artículo 55.5 ET, y ello por considerar el TSJ de Galicia que la ausencia de cualquier otro elemento ajeno al conflicto suscitado en el seno de la empresa, que pudiera explicar la decisión resolutoria y ante la falta de cualquier intento por parte de la empresa en desplegar prueba alguna acerca de los hechos referidos en la carta de despido, la decisión extintiva sólo puede interpretarse como un intento por represaliar al trabajador con motivo de haber ejercido su derecho a la tutela judicial efectiva. Pese a solicitarlo el trabajador, la sentencia de suplicación no considera la petición de reparación del daño sufrido por la lesión de derechos fundamentales que el trabajador cuantifica en 150.000 euros y que el tribunal rechaza en virtud de una parcial interpretación de los preceptos de aplicación de la LRJS.

* Abogado en ejercicio y profesor asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

RESUMEN: Reiterando doctrina consolidada en recientes resoluciones como las SSTS de 22 de febrero de 2022, Rcu. 4322/2019 y de 9 de marzo de 2022, Rcu. 2269/2019, se nos recuerda que los daños morales resultan firmemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización. La sentencia recurrida debió de haber estimado la pretensión de reconocer en favor del trabajador una indemnización por daños morales, que la propia sala fija en 60.000 euros.

ÍNDICE:

1. SOBRE LA CORRECTA INTERPRETACIÓN ACERCA DE LA ACUMULACIÓN DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LAS MODALIDADES PROCESALES EXCLUYENTES
2. EL PRUDENCIAL MODO DE CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN Y LA OPORTUNIDAD DE HACERLO EN SUPPLICACIÓN O CASACIÓN
3. AJUSTE PROCESAL: UNIFICAR Y CUANTIFICAR. UNA VALORACIÓN FINAL

1. SOBRE LA CORRECTA INTERPRETACIÓN ACERCA DE LA ACUMULACIÓN DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LAS MODALIDADES PROCESALES EXCLUYENTES

La acumulación de acciones es una realidad en nuestro ordenamiento jurídico entendida como la ampliación del objeto del proceso mediante la introducción de otras peticiones con fundamento fáctico y jurídico diferenciado producidas por el actor o por el demandado o por ambos. Tal escenario no queda desvirtuado por la selección de algunas modalidades procesales sobre las que expresamente se excluye cualquier posibilidad de acumulación ni entre sí, ni a otras distintas. Tales modalidades a las que hemos dado en llamar excluyentes mantienen sin embargo la puerta abierta a ser compatibles con las valoraciones de cualquier lesión de derechos fundamentales y libertades públicas incluso en perjuicio de la exclusividad y preferencia de la modalidad prevista en el 177 y ss. de la LRJS.

Por ello, la primera de las cuestiones relevantes que nos plantea la sentencia viene derivada de las dudas en las que el tribunal de suplicación sucumbe, alejando cualquier posibilidad de que junto al despido pueda plantearse la estimación de la vulneración de los derechos fundamentales. En una inesperado análisis, argumenta la sentencia del TSJ de Galicia¹ (previa a la de casación para la unificación de doctrina objeto de nuestro comentario) que de acuerdo con el art. 178.1 de la LRJS,

¹ Sentencia dictada el 5 de abril de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 425/2019.

el objeto del proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza con idéntica pretensión, tratándose de una limitación del objeto litigioso que es consecuencia de la opción legislativa de establecer un proceso especial de tutela frente a la otra opción legislativa posible, siendo otra consecuencia del principio de cognición limitada la prohibición de acumular acciones de tutela de derechos fundamentales del art. 26.1 de la LRJS, de modo que esas acciones no podrán acumularse entre sí, ni a otras distintas en un mismo juicio. Así, concluye la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, que no cabe entrar a resolver sobre la petición de indemnización, sustentada en una presunta lesión de derechos fundamentales.

Sorprende la posición interpretativa del tribunal si tenemos en cuenta el imperativo mandato contenido en la norma rituarial. La modalidad de derechos fundamentales del 177 y siguientes, prevalece y condiciona el ejercicio de aquellas acciones que tienen por objeto la lesión de un derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad. Igualmente, imperativo resulta el 178.2 y el 184 que vienen a establecer taxativamente que la modalidad de tutela de los derechos fundamentales no se tramitará por el concreto procedimiento previsto y desarrollado en el Capítulo XI del Título II que la LRJS dedica a las diferentes modalidades procesales, cuando su lesión se invoque con motivo de una demanda sobre despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas. En tales casos, la demanda se tramitará conforme a los procedimientos especiales establecidos al efecto, si bien manteniendo las garantías establecidas para la modalidad procesal de vulneración de derechos fundamentales exigidas por los caracteres de preferencia y sumariedad ex art. 53.2 CE, como la participación del sindicato como coadyuvante o la presencia obligatoria del Ministerio Fiscal que siempre será parte conforme a lo preceptuado por el art. 178.2.

En el mismo rango de garantías, impera la necesaria indemnización del art. 183 LJS. Según los arts. 26.2 y 184 LJS, la reparación del daño causado por la vulneración del derecho fundamental mediante la indemnización que proceda, se puede solicitar en procedimientos distintos del de tutela, siendo esta pretensión acumulable a las peticiones de condena previstas para el procedimiento de que se trate. Es por tanto que la regla general y la excepción están perfectamente

pormenorizadas en nuestra norma procesal, quedando claramente fijados los límites y particularidades con las que el legislador establece el doble cauce para acometer las garantías concretas de los derechos fundamentales en el orden social.

Como acertadamente nos recuerda el TS en la sentencia objeto de comentario, la tutela judicial establecida en el artículo 53.2 CE presenta en el ordenamiento laboral una dualidad de cauces procesales: por un lado, la tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales a través del proceso laboral especial, que configura la modalidad procesal de los artículos 177 y ss. LRJS; y, por otro, la tutela de los derechos fundamentales en el marco de otras modalidades procesales a que se remite el artículo 184 LRJS. De esta forma, cuando la lesión al derecho fundamental se produce a través de una situación fáctica que determine que su tramitación procesal debe realizarse a través de cualquiera de las modalidades previstas en el citado precepto, el cauce adecuado será el de la modalidad correspondiente allí enumerada, aplicando a la misma el conjunto de principios y garantías que informan el proceso laboral de tutela de los derechos fundamentales.

Así, la sentencia que constate la existencia de vulneración de los derechos de libertad sindical u otro derecho fundamental ex artículo 182.1 declarará la nulidad del acto lesivo y ordenará el cese inmediato del comportamiento contrario a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados. Ordenará la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión, restituyendo la libertad o el derecho vulnerados. Igualmente, imperativa resulta para el juzgador la necesidad de ordenar en su sentencia la reparación de las consecuencias del acto, incluida la indemnización por los daños sufridos, lo que le obliga a pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que corresponda a la víctima por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, fijando la cuantía en atención a los daños y perjuicios sufridos y en función del daño moral, debiendo determinarlo a su prudente arbitrio aun cuando la prueba resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión. No olvida la norma que junto a la función restitutoria puede y debe responder también a una función preventiva del daño (art. 183.2 LRJS).

Sentada en la norma, con tan manifiesta claridad, la compatibilidad de la acumulación entre las modalidades procesales excluyentes y la valoración de cualquier lesión de derechos fundamentales o libertades públicas, sorprende los argumentos que se ha visto obligado a rectificar el Tribunal de casación, reafirmando un criterio unívoco e inequívoco.

2. EL PRUDENCIAL MODO DE CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN Y LA OPORTUNIDAD DE HACERLO EN SUPPLICACIÓN O CASACIÓN

La Sala de casación encuentra en la sentencia que nos ocupa, una nueva oportunidad para epigrafiar la doctrina que al respecto mantiene el alto Tribunal, cuando afirma que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización. El cómo, el quantum y el quien se confirman en esta sentencia que pasa a ser la tercera que en el transcurso entre los meses de febrero y abril ha pronunciado la Sala IV.

Afirma la sentencia que la indemnización de daños morales permite la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación, en tanto que en esta materia se produce la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño moral esencialmente consiste lo que lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración y, por otra parte, diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio de la aplicación de parámetros objetivos, pues los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica, de tal forma que en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras la LRJS se considera que la exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada.

Tal doctrina no es sino el criterio fijado por el contenido del artículo 183 de la LRJS, abierto a la discrecionalidad judicial a la hora de determinar el quantum, pero inexorable a la hora de mandar a jueces y tribunales a fin de que determinen el importe de la indemnización que por daño moral deba corresponder a la parte que haya acreditado la vulneración de un derecho fundamental o una libertad pública. Tal tarea cuantificadora no es sino una consecuencia lógica de la función fiscalizadora que el apartado 3 del artículo 108 de la LRJS, impone al juzgador en el proceso por despido, apreciando causa de discriminación prevista en la Constitución o en la ley, o con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, no pudiendo eludir entrar en su reconocimiento, cualquiera que sea la forma en la que se haya producido el despido o haya sido solicitado por el actor. El juez en el orden social no sólo es garante de los derechos fundamentales del trabajador y de sus libertades públicas, sino que también es el responsable de medir económicamente el alcance de los daños y perjuicios con especial mención al daño mora sufrido.

Ciertamente el artículo 183 y sus concordancias en el 108.3 nos sitúan ante un imperativo legal que vincula al juzgador, relegando al trabajador única y exclusivamente a la tarea de acreditar que se produjo el despido así como las circunstancias lesivas del mismo, contando además con la inversión de la carga de la prueba, o lo que es lo mismo, bastará con que el trabajador aporte indicios suficientes para trasladar al empresario la obligación de probar el fundamento del despido, desprovisto de cualquier intencionalidad vulneradora de derechos, tal y como se deriva del artículo 96.1 de la LRJS.

Reconoce el alto tribunal que si bien la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de infracciones y sanciones del orden social para las infracciones producidas en el caso, ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional² y por la propia Sala IV en innumerables sentencias³, lo cual no equivale a la aplicación automática de la sanción de la LISOS como criterio cuantificador directo sino que partiendo de esas cifras se modula la solución al caso concreto atendida la gravedad de la vulneración del derecho fundamental y las específicas circunstancias. Así en ocasiones la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta, por sí mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho fundamental. Por ello, el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Aspectos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización.

La coherencia de los argumentos expuestos defendidos por la Sala nos lleva a valorar otro elemento que adquiere carta de naturaleza por reiteración conforme a lo efectuado en sus precedentes inmediatos, a saber, SSTS de 22 de febrero de 2022, Rcd. 4322/2019 y de 9 de marzo de 2022, Rcd. 2269/2019. La Sala procede a fijar prudencialmente la indemnización, sin devolver las actuaciones a la Sala de procedencia para que se fijen allí. Sería normal, subsanada mediante la casación de la sentencia el debate unificador de doctrina determinando la legalidad realmente

² STC 247/2006, de 24 de julio.

³ SSTS de 15 de febrero de 2012, Rcd. 6701; de 8 de julio de 2014, Rec. 282/13; de 2 de febrero de 2015, Rec. 279/13; de 19 de diciembre de 2017, Rcd. 624/2016 y de 13 de diciembre de 2018.

aplicable, devolver las actuaciones para que sea nuevamente la Sala de procedencia la que volviera a valorar las cuestiones fácticas y jurídicas que el recurso introduce y que no obtuvieron respuesta (así STS de 24 de septiembre de 2001, Rec. núm. 3190/2000). En tal sentido la Sala afirma optar por fijar prudentemente dicha indemnización, y no por devolver las actuaciones a la Sala de procedencia para que allí se fijen, lo que retardaría notablemente la plena satisfacción del derecho fundamental vulnerado. Apela por tanto la sentencia en un criterio de eficiencia sostenido en esta y las dos anteriores sentencias relativas a la cuantificación indemnizatoria del daño moral por vulneración de derechos fundamentales ante un despido nulo, optando por la oportunidad y la viabilidad de fijarlas en el momento de resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina.

3. AJUSTE PROCESAL: UNIFICAR Y CUANTIFICAR. UNA VALORACIÓN FINAL

La sentencia que nos ocupa, responde a la tercera entrega de una trilogía cuya relevancia radica en el propio alcance confirmatorio de doctrina que consolida, sin olvidar que el origen de todas ellas se encuentra en la STS de 5 octubre de 2017, rcud. 2497/2015, cuya doctrina se reitera en las tres de ese año. La primera de la saga –STS de 22 de febrero de 2022, Rcud. 4322/2019– ha sido objeto de la magistral valoración del profesor Monereo Pérez⁴, poniendo en consideración la relevancia de la de 22 de febrero, precisamente en consolidar la doctrina de la de 2017 y en encontrar su refrendo posterior en la de 9 de marzo, poniendo su especial.

Nuevamente estamos ante la oportunidad de encontrar en el despido nulo, una forma de tutelar los derechos fundamentales, como expresión de la garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales, acogiendo el resarcimiento del daño moral, cuya cuantificación queda en manos del tribunal si existe petición expresa y se acredita la vulneración del derecho fundamental, con independencia de que se aporten o no bases y elementos precisos para la fijación del importe de la indemnización.

Para lograr el objetivo, la sentencia consigue la unidad interpretativa de los cauces procesales que permiten la acumulación de la reclamación indemnizatoria en aquellos supuestos especiales de acciones previstas en el artículo 26.1, siguiendo las previsiones del punto 2 así como las del 184.

⁴ Monereo Pérez, J.L.: Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo “prudencial” de cuantificación de la indemnización. *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 3, 2022.

Liga la indemnización por daño moral a las vulneraciones de derechos fundamentales que se acrediten y soliciten en las causas en las que se aprecie despido nulo y recuerda a los órganos judiciales la necesidad de fijarlas a su criterio, sin que pueda ser oponible como excusa para no hacerlo, el hecho de que no se hayan ofrecido elementos precisos para la fijación de la cuantía. Reconociendo la complejidad de la valoración del daño moral, es preferible asumir el error de cuantificación que pueda cometer el juzgador en el uso de su discrecionalidad, que dejar sin reparar el innegable daño moral que conlleva la vulneración de un derecho fundamental.

Como bien compendia la propia sentencia, han de flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización, siendo fijada la cuantía a criterio prudencial del órgano judicial sin tener que exigir al reclamante, la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación. Reconoce que en esta materia se produce una clara ausencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en el que consiste el daño moral lo que se traduce en un mayor margen de discrecionalidad en la valoración y en el distanciamiento de los llamados parámetros objetivos.

Cierto es que los padecimientos, menoscabos o sufrimientos experimentados en la lesión de un derecho fundamental, no tienen una traducción económica directa, como corresponde a los daños no patrimoniales, lo cual no impide esperar del juzgador que al fijarla trate de motivar su decisión. Es en la ponderación de la reparación del daño sufrido por el actor, donde radica buena parte de la esencia de la función jurisdiccional, partiendo de la necesaria convicción a la que se ha de llegar, previa a aplicación de las reglas de la justicia rogada y de la acreditación de los factores que justifiquen la vulneración de derecho fundamental, si bien ello ha de producirse la correcta y acertada aplicación de las reglas de la carga de la prueba que se derivan de los preceptos de aplicación previstos en la LRJS, y especialmente en lo que al respecto se establece en el artículo 96.1 respecto de los supuestos de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

Si la flexibilización y la apertura a nuevos criterios para valorar el daño moral están presentes en la doctrina que se reivindica en la sentencia también lo es el sentido oportunista del momento procesal en el que se ha de apreciar la cuantificación. La tarea, aun pudiendo corresponder al juzgado de instancia tratándose de la apreciación de factores fácticos desarrollados en el juicio, no es menos cierto que la sentencia afirma que pese a encontrarnos en un recurso de casación cuya finalidad fundamental es garantizar la homogeneidad de la doctrina de los tribunales y garantizar la supremacía jerárquica jurisprudencial del Tribunal Supremo (123 CE) también puede ser el momento adecuado para la fijación prudencial de la necesaria indemnización, evitando devolver las actuaciones a la Sala de procedencia para que allí se fijen, lo que generaría una imperdonable dilación en ofrecer la plena satisfacción del derecho fundamental vulnerado. Por ende lo predicado para el recurso de casación para la unificación de doctrina

serviría igualmente para el recurso de suplicación, que sin devolver a instancia puede y debe fijar la indemnización cuando proceda.

Atiende el tribunal a un decidido posicionamiento que responde a la reparación inmediata del derecho vulnerado ofreciendo la cuantificación indemnizatoria en una sentencia que está llamada a pronunciarse sobre la estimación total o parcial del recurso, cuando la sentencia impugnada quebranta la unidad de doctrina. La cuantificación ofrecida por la sentencia permite apreciar y reconocer el derecho a una indemnización reparadora por el daño moral, para también a la materialización de la tutela reparadora de forma inmediata y consecuente en el mismo marco de flexibilidad y libertad valorativa que consagra la doctrina apreciada. Si bien como inconvenientes debemos apuntar que frente a la inmediatez se limita cualquier posibilidad de revisión del alcance discrecional del órgano judicial al ofrecerse su cuantificación en el recurso que cierra la posibilidad ordinaria de recurrir.

Reseña de legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ABRIL-JUNIO DE 2022

- Decreto-ley 3/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para mejorar la financiación de los centros de atención residencial y de los centros de día y de noche de atención a personas en situación de dependencia. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 63 de 01/04/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto 58/2022, de 27 de abril, por el que se regula la estructura, uso, acceso, alcance y funciones del sistema CoheSSiona, por el que se implementa la Historia Social Única Electrónica de Andalucía, y se crea el sistema ProgreSSa para la gestión de los Servicios Sociales comunitarios de Andalucía. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 82 de 03/05/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto 62/2022, de 3 de mayo, por el que se determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2023. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 87 de 10/05/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto 94/2022, de 31 de mayo, por el que se dictan normas para facilitar la participación de las personas trabajadoras por cuenta ajena y del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias en las elecciones de diputados y diputadas al Parlamento de Andalucía, que habrán de celebrarse el próximo día 19 de junio de 2022. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 105 de 03/06/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto 100/2022, de 7 de junio, por el que se regula el Programa de tratamiento a familias con menores en situación de riesgo o desprotección. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 110 de 10/06/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto 103/2022, de 14 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Autorización administrativa, Declaración responsable, Comunicación, Acreditación y Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales de Andalucía. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 117 de 21/06/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 11 de abril de 2022, por la que se modifica la Orden de 13 de septiembre de 2021, por la que se regula el programa de empleo y formación en la Comunidad Autónoma de Andalucía y se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas en régimen de concurrencia competitiva a dicho programa. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo

Autónomo (Boletín número 73 de 19/04/2022 Sección: Disposiciones generales)

- Orden de 28 de abril de 2022, por la que se modifica la Orden de 31 de agosto de 2020, por la que se establece la política de seguridad de las tecnologías de la información y comunicaciones y de la protección de datos personales de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 84 de 05/05/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Acuerdo de 19 de abril de 2022, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Juventud de Andalucía 2022-2026. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 76 de 22/04/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Acuerdo de 19 de abril de 2022, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad, de fecha 18 de abril de 2022, por el que se adoptan tres aspectos retributivos estratégicos: revisión del modelo de carrera incluyendo las categorías que actualmente no la tienen desarrollada, subida retributiva para el Grupo A2 sanitario y la implementación del concepto retributivo de continuidad asistencial en atención primaria para el personal médico. Organismo: Consejería de Salud y Familias (Boletín número 78 de 26/04/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Acuerdo de 3 de mayo de 2022, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo entre la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía y las organizaciones sindicales representadas en la Mesa Sectorial de Educación, sobre retribuciones del profesorado de la enseñanza pública. Organismo: Consejería de Educación y Deporte (Boletín número 88 de 11/05/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Acuerdo de 10 de mayo de 2022, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Contrato Plurianual de Gestión de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo para el periodo 2022-2024. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 90 de 13/05/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Acuerdo de 31 de mayo de 2022, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación de la Administración General de la Junta de Andalucía, de 28 de abril de 2022, por el que se actualiza el importe del premio de jubilación del personal funcionario de la Administración General de la Junta de Andalucía. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 105 de 03/06/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Acuerdo de 7 de junio de 2022, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Estratégico de Servicios Sociales de Andalucía 2022-2026. Organismo:

Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 110 de 10/06/2022 Sección: Disposiciones generales)

- Acuerdo de 14 de junio de 2022, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el II Plan Sectorial de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres en la actividad agraria, pesquera y medioambiental de Andalucía-Horizonte 2027. Organismo: Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible (Boletín número 116 de 20/06/2022 Sección: Disposiciones generales)

ESTUDIOS

La subrogación convencional de trabajadores en cuerpo y alma: identidad, autonomía y previsiones de la negociación colectiva sectorial estatal
David Lantarón Barquín

El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre el trabajo a tiempo parcial: una nueva oportunidad desaprovechada para abordar los cambios pendientes
Carmen Ferradans Caramés

Incidencia debilitadora de las reglas de concurrencia de convenios colectivos en la ultraactividad indefinida
Ignasi Beltrán De Heredia Ruiz

El contrato artístico: entre la temporalidad y la permanencia en el marco de la reforma laboral 2021
Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca

Huelga y trabajo autónomo económicamente dependiente en la actualidad
José Enrique Ruiz Saura

MERCADO DE TRABAJO

Efectos de la pandemia sobre la intermediación laboral en España: análisis de las diferencias respecto al inicio de la crisis de 2008
Joan Antoni Alujas Ruiz

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

CONDICIONES DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

La necesidad de transparencia del salario. De principio a obligación

María Sepúlveda Gómez

DERECHOS FUNDAMENTALES

Universidad Loyola Andalucía

El uso del velo y la prohibición de discriminación en el ámbito de empleo y la ocupación

Teresa Velasco Portero

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

Cuantificación del daño moral en caso de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales e instancia para su fijación

Jose María Moreno Pérez

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía