

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

161/2022

Monográfico sobre la reforma laboral de 2021
para la pospandemia

161



Andalucía
ORIGEN & DESTINO

Quinto Continente de la Primera Tierra al Mundo



Junta de Andalucía

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

161

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN
Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

VOCALES

MIGUEL ÁNGEL GARCÍA DÍAZ	Viceconsejero de Empleo, Formación 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, Formación 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 161/2022

Monográfico sobre la reforma laboral de 2021 para la pospandemia

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia	11
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos tras el RDL 32/2021: la centralidad estructural y finalista de la formación	67
EVA GARRIDO PÉREZ	
El contrato temporal por razones productivas.....	107
MARÍA NIEVES MORENO VIDA	
El contrato temporal de sustitución.....	133
FEDERICO NAVARRO NIETO	
La reforma del encadenamiento de contratos laborales: repercusiones en el mercado de trabajo español	155
M ^a JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS	
Del contrato fijo de obra a la relación indefinida adscrita a obra y su extinción por razones formalmente inherentes a la persona del trabajador	183
FRANCISCO JAVIER CALVO GALLEGO Y MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO	
El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la Reforma de 2021.....	217
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	
Las medidas sancionadoras frente a la contratación temporal abusiva	253
MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ	

Los expedientes temporales de regulación de empleo	281
FRANCISCO VILA TIERNO Y JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	
Mecanismo RED de flexibilidad interna y garantía de estabilización del empleo	305
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ Y POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO	
Concurrencia entre convenios colectivos y modernización de la negociación colectiva	335
CARMEN SÁEZ LARA	
Las remisiones a la negociación colectiva por parte de la reforma laboral	361
MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ	
Retorno normativo a la ultraactividad indefinida: ¿cambio que bien merece una reforma o valor simbólico?	387
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	
Las cláusulas de jubilación obligatoria en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021	407
JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA	
El régimen de contratación laboral en el sector público en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre	431
PEDRO GÓMEZ CABALLERO	

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/carllportal/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: jescruz@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 161/2022**

Monograph on the 2021 labour reform for the post-pandemic

INDEX

1. STUDIES

Text and context of the 2021 post-pandemic labour reform.....	11
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
The new legal regime of training contracts after RDL 32/2021: the structural and finalist centrality of training	67
EVA GARRIDO PÉREZ	
The temporary contract for productive reasons	107
MARÍA NIEVES MORENO VIDA	
The temporary replacement contract.....	133
FEDERICO NAVARRO NIETO	
The reform of the chaining of employment contracts: repercussions on the Spanish labour market.....	155
Mª JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS	
From the fixed work contract to the indefinite relationship attached to the work and its extinction for reasons formally inherent to the person of the worker.....	183
FRANCISCO JAVIER CALVO GALLEGO Y MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO	
The new legal regime of the discontinuous fixed contract after the 2021 Reform	217
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	
Sanctioning measures against abusive temporary hiring	253
MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ	

Temporary employment regulation files	281
FRANCISCO VILA TIERNO Y JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTES	
Network mechanism RED for internal flexibility and guarantee of employment stabilization	305
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ Y POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO	
The rules of concurrence between collective agreements and modernization of collective bargaining	335
CARMEN SÁEZ LARA	
Referrals to collective bargaining by the labor reform	361
MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ	
Legal return to indefinite ultraactivity: change that well deserves a reform or only symbolic value?	387
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	
Mandatory retirement clauses in collective agreements after Law 21/2021.....	407
JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA	
The labor contracting regime in the public sector in RDL 32/2021, of December 28	431
PEDRO GÓMEZ CABALLERO	

TEXTO Y CONTEXTO DE LA REFORMA LABORAL DE 2021 PARA LA POSPANDEMIA

JESÚS CRUZ VILLALÓN

*Director de la Revista Temas Laborales
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Palabras claves: Reforma laboral, contratación temporal, reestructuración empresarial, negociación colectiva

La legislación laboral constituye una materia sometida a constantes y permanentes reformas, unas de carácter más amplio en su contenido otras de afectación a concretas instituciones. Sin embargo, si se atiende a su pretensión de establecimiento de un cambio profundo en nuestro modelo jurídico laboral, las reformas han sido más limitadas en número. Desde esta perspectiva ha de entenderse que la reforma laboral de 2021 pretende ubicarse en la categoría de las grandes reformas acometidas en nuestra normativa laboral desde la instauración de nuestro modelo constitucional de relaciones laborales. Desde este enfoque el presente trabajo pretende realizar una valoración de primera aproximación general de la presente reforma; sin entrar en los detalles de interpretación de las concretas reglas novedosas introducidas con la reforma, que se deriva al resto de los estudios del presente número monográfico de la Revista, se pretende efectuar una presentación general del contexto en el que la misma se desarrolla, de identificar sus objetivos y de valorar el posible impacto que dicha reforma puede tener en el inmediato futuro.

ABSTRACT

Key words: Labor reform, temporary hiring, business restructuring, collective bargaining

Labour legislation is a matter subject to constant and permanent reforms, some of a broader nature in its content, others affecting specific institutions. However, if its claim to establish a profound change in our labor legal model is taken into account, the reforms have been more limited in number. From this perspective, it must be understood that the 2021 labour reform intends to be placed in the category of the great reforms undertaken in our labor regulations since the establishment of our constitutional model of labor relations. From this approach, the present work intends to carry out an overall assessment of the present reform; Without going into the details of interpretation of the specific new rules introduced with the reform, which is derived from the rest of the studies in this monographic issue of the Journal, it is intended to make a general presentation of the context in which it is developed, from identify its objectives and assess the possible impact that said reform may have in the immediate future.

ÍNDICE

1. LAS PREMISAS CONTEXTUALES DE LA REFORMA
 - 1.1. La reforma de 2012 como precedente y el programa del Gobierno de coalición
 - 1.2. El impacto de la experiencia de la pandemia
 - 1.3. El impulso europeo
 - 1.4. La jurisprudencia del Tribunal Supremo
2. EL ACUERDO SOCIAL COMO MARCO REFERENCIAL: LUCES Y SOMBRAS
3. UNA NUEVA LECTURA DE LAS EXPOSICIONES DE MOTIVOS EN LAS REFORMAS LABORALES
4. UNA VOLUNTAD DE RECONDUCCIÓN INSTITUCIONAL DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL
 - 4.1. La irrelevancia de la simplificación de contratos
 - 4.2. La pretensión de reducción de las tasas de temporalidad
 - 4.3. Difuminación de la dualidad temporales versus fijos
 - 4.4. La clave final de la ampliación de la duración media de los contratos
5. LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO COMO MEDIDA CENTRAL DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL: EL SISTEMA RED
 - 5.1. Ámbito del sistema y finalidad
 - 5.2. Procedimiento y causas justificativas
 - 5.3. Régimen de las reducciones de jornada y suspensiones contractuales
 - 5.4. Financiación del sistema
6. UN NUEVO EQUILIBRIO DE INTERESES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
 - 6.1. Caracterización general de la reforma en materia laboral
 - 6.2. La concurrencia convencional en materia salarial
 - 6.3. En particular en las contrata de obras y servicios
 - 6.4. La ultraactividad del convenio colectivo
 - 6.5. Las remisiones a los contenidos de los convenios colectivos
 - 6.6. La oportunidad de un nuevo Acuerdo Interconfederal

1. LAS PREMISAS CONTEXTUALES DE LA REFORMA

Cada reforma laboral se acomete dentro de un determinado contexto que la condiciona, tanto en cuanto a su proceso de elaboración como sobre todo al contenido que finalmente presenta. Por ello, la comprensión del alcance de una reforma laboral debe necesariamente partir del contexto en el que se ha producido, pues ello nos proporciona muchas claves no sólo para poder explicar su contenido sino, incluso, para la habitual labor de interpretación de su articulado. Esta circunstancia, que resulta común a cualquier reforma laboral, se ve acentuada de manera particular en la reforma de 2021¹, por cuanto que el contexto de la misma saca a la luz la razón de ser de las materias que se han seleccionado como su contenido principal e, incluso, de aquello que algunos podían esperar de la misma y que no ha estado presente. A partir de esas premisas y sin necesidad de

¹ Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre (BOE 29 de diciembre), de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

grandes detalles podemos describir los elementos contextuales más influyentes a estos efectos. Aunque se trate de hechos bien conocidos por todos a estas alturas, no por obvios dejan de ser especialmente relevantes a los efectos de realizar una valoración de conjunto del significado de la reforma.

1.1. La reforma de 2012 como precedente y el programa de Gobierno de coalición

El punto de partida a estos efectos no puede ser otro que el de recordar que la profunda y controvertida reforma laboral de 2012, desarrollándose, igualmente, en su propio contexto y, sobre todo, en circunstancias temporales de una aguda crisis económica, provocó un intenso rechazo por parte de las organizaciones sindicales más representativas, de modo que, en ciertos sectores, se produjo una reclamación de supresión de su contenido. Puede que, con una simplista voluntad de volver a la casilla de inicio precedente a esa reforma de 2012, algunos incluyendo otras que, inmediatamente antes, le precedieron, ello se explicitó bajo el desiderátum de una derogación total de una reforma legal, cuando tal circunstancia no se había producido nunca en el pasado, por cuanto que, por muy crítica que sea la valoración de ciertos cambios legislativos, los mismos acaban tomando unas raíces casi imposibles de eliminar.

En todo caso, con mayor o menor intensidad, esas reclamaciones sindicales acabaron siendo acogidas por los entonces partidos políticos de la oposición como compromiso de actuación en el momento de volver a lograr las correspondientes mayorías parlamentarias. El resultado concreto de ello será que, si bien no en su plenitud y añadiendo otros aspectos complementarios, el programa pactado entre los dos partidos del actual Gobierno de coalición contenía un emblemático compromiso de corregir los elementos más destacados de aquella reforma de hace ya una década. En algunas materias, se reflejaba una expresa mención a contenidos a modificar, mientras que en otros aspectos contenidos en aquella reforma de 2012 había silencios que tenían un manifiesto reconocimiento implícito de no abordar todo lo hecho por aquella reforma².

Eso sí, estamos viviendo un período acelerado de cambios, no meramente superficiales en muchos campos, que nos sitúan rápidamente en contextos novedosos, con emergencia de ciertos retos que provocan que las urgencias sean diferentes y al mismo tiempo que se superan ciertos programas que en el mejor de los casos sólo se pueden desarrollar parcialmente. No es ya sólo que cambien los equilibrios políticos, sino que la aparición de nuevas circunstancias que dan lugar a que se conformen otros objetivos, en ocasiones adicionales, en otros sustitutorios.

² Sobre el particular, J. Cruz Villalón, Hacia un nuevo Estatuto de los Trabajadores, Trabajo y Derecho n° 63 (2020), 17 páginas, 28-44.

Por decirlo en términos concretos que atienda a lo que fue el inicial programa del actual Gobierno de coalición. En unos casos, lo comprometido se cumplió por adelantado a lo proyectado como parte de la reforma laboral, como fue el caso de la supresión de las ausencias justificadas al trabajo como causas justificativas de despido objetivo³. En otros casos, han aparecido asuntos que no estaban en modo alguno expresamente contemplados en ese programa común, que en absoluto han tenido el carácter de reformas de carácter coyuntural, pues se integran plenamente en la categoría de reformas estructurales, como es el caso de la Ley de trabajo a distancia⁴, de la introducción de la presunción de laboralidad de los *riders*⁵, del desarrollo reglamentario de la igualdad retributiva entre mujeres y hombre⁶, así como de los planes de igualdad⁷.

Como contraste a lo anterior, puede afirmarse que de los tres grandes objetivos que se pueden identificar en la reforma laboral de 2021 (reducción de las tasas de temporalidad con eliminación de la contratación temporal injustificada, nuevo modelo de los expedientes de regulación temporal de empleo y nuevo equilibrio en la negociación colectiva por lo que afecta al régimen salarial), en el sentido estricto del término sólo el tercero de ellos se corresponde con lo inicialmente proyectado, en tanto que los otros dos responden al nuevo escenario que ha ido apareciendo con posterioridad. Al mismo tiempo, que ha de tomarse nota que otros contenidos inicialmente previstos no han llegado a formar parte del contenido de la reforma laboral de 2021.

Todo ello obliga a identificar cuáles han sido esos otros elementos contextuales que han aparecido posteriormente y la influencia que los mismos han tenido en el contenido final de esta reforma de 2021.

1.2. El impacto de la experiencia de la pandemia

Entre esos elementos contextuales aparecerá, sin lugar alguna, el fuerte impacto que ha tenido el desarrollo de la pandemia a lo largo de los dos años precedentes a la reforma y, especialmente, de las medidas laborales acometidas con las mismas. Bien es sabido que una de las características definitorias de las medidas laborales y sociales acometidas con ocasión de la COVID 19 ha sido la de tratarse de una normativa de emergencia, un a modo de gran disposición transitoria, que situaba

³ Ley 1/2020, de 15 de julio (BOE de 16 de julio).

⁴ Ley 10/2021, de 9 de julio (BOE 10 de julio), precedida por el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre (BOE 23 de septiembre).

⁵ Ley 12/2021, de 28 de septiembre (BOE 29 de septiembre), precedida por el Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo (BOE 12 de mayo).

⁶ Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre (BOE 14 de octubre).

⁷ Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre (BOE 14 de octubre).

a la práctica totalidad de ellas en el marco de medidas coyunturales, llamadas a desaparecer en el momento en el que se superase el momento excepcional de la emergencia sanitaria⁸. Eso sí, una cosa es que el conjunto normativo introducido tuviera ese carácter de vigencia limitada en el tiempo y otra bien diferente es que la experiencia haya puesto en evidencia ciertas carencias de nuestro régimen laboral permanente o bien haya permitido extraer ciertas experiencias positivas que han desembocado al final en reformas estructurales, algunas de ellas integradas dentro de nuestra regulación permanente. En esa clave puede mencionarse la ya citada regulación estructural sobre el trabajo a distancia. Y, especialmente, resulta obligado conectar el contenido de la reforma laboral de 2021 relativo al nuevo régimen de los ERTes y, en particular del mecanismo RED, como expresión de traer al Estatuto de los Trabajadores y a la legislación de Seguridad Social, el importante sistema de fuerte fomento de estos procedimientos suspensivos o de reducción de jornada de trabajo como alternativa a la tradicional fórmula de adaptación al cambio de ciclo económico o empresarial a través de medidas de directa destrucción de empleo vía despidos colectivos. En esa misma línea de experiencias derivadas de las medidas con ocasión de la pandemia, habría que mencionar, no tanto en su contenido cuanto en sus objetivos, lo que ha supuesto el plan MECUIDA como medida orientada a facilitar la conciliación entre la vida laboral y familiar. Aunque se trate de una materia que no se ha abordado con ocasión de la reforma laboral de 2021, probablemente constituya una de las cuestiones pendientes a abordar en el inmediato futuro; en ese escenario se puede situar la propuesta, aun no materializada por parte del Gobierno, de introducir una serie de permisos retribuidos para atender al cuidado de familiares, a cuyo efecto debe tenerse en cuenta también lo previsto en la Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores, que no está completa en su transposición y debe efectuarse antes de agosto del presente año 2022⁹.

1.3. El impulso europeo

La siguiente perspectiva contextual con toda seguridad condicionante igualmente del devenir y desenlace de la reforma laboral de 2021 se sitúa en el ámbito europeo. En efecto, pueden detectarse intervenciones por parte de las instituciones europeas que han determinado con claridad la orientación del contenido e, incluso, del procedimiento de elaboración de la reforma.

⁸ Sobre el particular, J. Cruz Villalón, Técnicas jurídicas en la regulación de las medidas laborales y de Seguridad Social ante la crisis sanitaria por el coronavirus, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* nº 1 (2020), 31 páginas, 11-41, <https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/article/view/6179/6300>.

⁹ Directiva 2019/1158, de 20 de junio (DOUE 12 de julio).

Arrancando por lo menos destacado, pero lo primero en términos cronológicos, hay un impulso indirecto provocado por el Tribunal de Luxemburgo. En concreto, en los años inmediatamente precedentes a la reforma laboral de 2021, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado diversas sentencias que, en el contraste del ordenamiento español con la Directiva de la Unión Europea sobre contratos de duración determinada, ha resuelto una serie importante de cuestiones prejudiciales en las que ha fallado que la regulación contractual en nuestro país no era respetuosa con dicha Directiva¹⁰. En muchos casos se refiere a la garantía de estabilidad en el empleo del personal al servicio de las Administraciones Públicas, a la vista de que las tasas más elevadas de temporalidad en el empleo público, incluso superiores a las del sector privada, derivaban de fórmulas menos respetuosas en este ámbito en relación con el ordenamiento europeo. Es cierto que ello ha constituido uno de los elementos determinantes de otra normativa paralela y previa a la reforma de 2021¹¹. Pero también resulta obligado señalar que el propio Real Decreto-ley de reforma laboral de 2021 también contiene medidas específicas dirigidas a acompasar las genéricas en materia de limitación de la contratación temporal con las tradicionales singularidades presentes en el ámbito del empleo público. Pero, es más, en la reforma de 2021 cabe identificar algunas medidas que, más allá del empleo público, están proyectadas para todo el trabajo subordinado, especialmente en algunos casos dirigidos al empleo privado, que encuentran su alcance en la mencionada Directiva y, en particular, en el alcance de la misma interpretada por el Tribunal de Luxemburgo. Así, a título de ejemplo, no cabe la menor duda de que la nueva regulación de la contratación laboral en el sector de la construcción, pretende (con mayor o menor éxito) dar respuesta a alguna resolución judicial que se había manifestado especialmente crítica con el hasta el presente vigente contrato “fijo de obra” en este sector de la construcción¹². Por extensión, habría que tener presente que el objetivo de la Directiva de evitar la utilización abusiva en la contratación temporal no se garantiza cuando se producen contrataciones sucesivas sin límites para tareas correspondientes a un puesto de trabajo de carácter permanente pero ocupado temporalmente por diversos trabajadores que los ocupan de manera sucesiva. A estos efectos la negociación colectiva no había respondido a la encomienda que desde hace tiempo le había efectuado la normativa estatal para que estableciese reglas que impidiesen este tipo de usos abusivos en la contratación temporal, de modo que podía interpretarse que la legislación española no estaba trasponiendo debidamente la mencionada directiva en este punto. En

¹⁰ Directiva 1999/70, de 28 de junio (DOCE 10 de julio).

¹¹ Ley 20/2021, de 28 de diciembre (BOE 29 de diciembre), de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Sobre el particular, cfr. el artículo en el presente número monográfico de la Revista de P. Gómez Caballero, Especialidades de la reforma laboral en los empleados públicos.

¹² STJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/19, EV, Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua SA, ECLI:EU:C:2021:514.

definitiva, cabe también identificar que la respuesta de la reforma legal en materia contratación sucesiva de diferentes trabajadores para ocupar un mismo puesto de trabajo se presenta como una respuesta a los problemas de transposición debida de la Directiva y, en particular, de la jurisprudencia que se venía dictando sobre el particular por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Más discutible es que en la reforma de la regulación de la negociación colectiva haya influido la propuesta de Directiva relativa sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea¹³, a pesar de que la misma viene mencionada de manera expresa en el preámbulo del Real Decreto-ley. Lo hace en la medida en que entiende la exposición de motivos que dicha propuesta promueve el papel de la negociación colectiva en orden a preservar la capacidad de convergencia salarial y su adecuación con el mantenimiento de la productividad de las empresas, evitando distorsiones competitivas, en una relación de equilibrio necesaria y constante. Es cierto que dicha propuesta de Directiva pone en conexión la fijación de salarios adecuados con la competitividad y la productividad, pero ello a nuestro juicio no estimamos que provoque conexión inmediata entre la reforma laboral que se acomete en nuestro ordenamiento en materia de negociación colectiva y los objetivos pretendidos por la mencionada propuesta de Directiva. De un lado, debe tenerse presente que, con vistas a evitar injerencias en los correspondientes modelos de relaciones laborales de cada uno de los miembros, la propuesta europea plantea dos vías alternativas de implementar el objetivo de establecimiento de salarios mínimos adecuados: una vía a través de la intervención pública mediante la fijación de salarios mínimos legales y otra vía encomendando este objetivo a un sistema sólido de negociación colectiva¹⁴. Desde esta perspectiva, respondiendo el modelo español a la primera de las vías escasa conexión tiene la misma con el régimen de negociación colectiva establecido. De otro lado, los referidos objetivos de productividad y competitividad, tal como vienen reflejados en la propuesta de Directiva, al margen de lo que se deduzca de la misma a través de la exposición de motivos, no se ven directamente afectados por las medidas adoptadas con la reforma de 2021; o, si se quiere dicho de otro modo, también se podría defender que la regulación precedente igualmente iba orientada a reforzar la competitividad y productividad empresarial; es cierto que, como veremos, la reforma en materia de negociación colectiva, tiene una pretensión adicional de corregir ciertos efectos negativos detectados y derivados de la reforma de 2012, provocadores de “distorsiones competitivas”, si bien ello no se percibe, cuando menos expresamente, entre los objetivos de la propuesta de Directiva. Finalmente,

¹³ Propuesta de 28 de octubre de 2020, COM(2020) 682 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0682>.

¹⁴ J. Cruz Villalón, La promoción de salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, en AA.VV., Studi in memoria di Massimo Roccella, Università degli Studi di Torino, Turin 2021, pgs. 329 ss.

es cierto que al margen de la doble vía de establecimiento de los salarios mínimos adecuados, sea cual sea la vía preferida por cada Estado miembro, la propuesta pretende potenciar la influencia de la negociación en todo el territorio de la Unión en la gestión de la política de rentas salariales; y lo hace por la vía de establecer como objetivo común que en todos los Estados miembros los convenios colectivos alcancen el umbral del 70 % de cobertura del conjunto de la población asalariada. Desde esta perspectiva puede afirmarse, más allá del debate en torno a cuál sea la concreta tasa de cobertura negocial en España, con seguridad la misma supera el 70 % en el conjunto de la población potencialmente incluíble dentro del ámbito de aplicación de los convenios colectivos. Incluso, a pesar de los malos augurios que se hipotizaron por algunos, dicha tasa de cobertura se ha mantenido en sus porcentajes tradicionales, sin repercusión al efecto de los cambios introducidos por la reforma de 2012. En todo caso, es cierto que el debilitamiento de la ultraactividad de los convenios colectivos provocado por la reforma de 2012 en algunos territorios sí que ha producido una perceptible caída de la tasa de cobertura; y, desde esta última perspectiva, la recuperación de la ultraactividad indefinida por parte de la reforma de 2021 no cabe la menor duda que se encuentra en la senda del afianzamiento del objetivo de tasa de cobertura marcado por la propuesta de directiva sobre salarios mínimos adecuados.

En todo caso, con seguridad, la influencia y, por tanto, el condicionante más importante de la reforma desde las instituciones europeas proviene de su intervención indirecta en el desarrollo de la elaboración de esta reforma de 2021, en el contexto de las actuaciones conjuntas de política económica orientada a la superación de los efectos negativos provocados por la pandemia, en concreto, por el parón económico que ello supuso y la necesidad de adoptar medidas de sostenimiento financiero para hacer frente al panorama depresivo provocado. No cabe la menor duda de que se ha establecido una conexión desde las instituciones europeas entre la aportación a los distintos Estados miembros de los fondos económicos destinados a la recuperación y la adopción de cierto tipo de medidas de reforma estructural y, en particular, que dichas reformas estructurales vayan dirigidas a superar males endémicos de nuestro mercado de trabajo. Aunque no llegase a tener la intensidad e impacto de la intervención de las instituciones europeas, particularmente del Banco Central Europeo, durante la crisis financiera de hace ya más de una década, en esta ocasión con tonalidades más suaves también se ha producido una cierta condicionalidad en relación con la entrega de los fondos europeos destinados a la recuperación; condicionalidad que de manera más o menos explícita se han relacionado con la necesidad de llevar a cabo ciertas reformas estructurales en nuestro modelo laboral e, incluso, de mantenimiento de la regulación de ciertas modificaciones legales introducidas con ocasión de la reforma precedente de 2012. En efecto, de un lado, no sería concebible la intensidad de los cambios introducidos en materia de limitación de la contratación temporal si no hubiera existido la recurrente llamada de atención por parte de las instituciones europeas respecto de los efectos patológicos derivados

de las tasas tan elevadas de temporalidad y la segmentación del mercado de trabajo provocada por las mismas, insistiendo en que la corrección de esta distorsión debería constituir uno de los grandes objetivos de la reforma, como ha sido ha sido efectivamente. Incluso puede considerarse que las innovaciones introducidas en materia de ERTES, especialmente en la introducción del mecanismo RED como alternativo del uso generalizado de los despidos colectivos, puede relacionarse con la llamada de atención por parte de las instituciones europeas respecto del efecto gravemente destructivo del empleo en nuestro mercado de trabajo a resultas de las crisis económicas derivadas del cambio de ciclo, bastante superior a lo que sucede en el resto de los países de nuestro entorno. Más aún, aunque se trate de algo más implícito, todas estas advertencias por parte de las instituciones europeas respecto de la conexión entre gestión del mercado de trabajo y modelo jurídico laboral, manifiestan una preocupación en orden a que se atienda igualmente a responder a los requerimientos de flexibilidad empresarial, lo que aconseja el mantenimiento de algunas de las medidas que en este orden se introdujeron con ocasión de la reforma de 2012. De este modo, la condicionalidad no sólo se contemplaba en clave de reformas a realizar como en términos de mantenimiento de otras ya implantadas en el pasado.

Como contrapunto a lo anterior, y con ciertos elementos de contradicción, del mismo modo que la condicionalidad de la recepción de los fondos europeos ha resultado determinante para la introducción de las medidas restrictivas de la intensa contratación temporal, las gestión de esos mismos fondos europeos se presentan como fundamento para poder autorizar a una contratación temporal acausal por parte de las entidades que integran el sector público para atender a los proyectos limitados en el tiempo de ejecución que van a realizarse con cargo en dichos fondos europeos¹⁵. De este modo, los fondos europeos que recibirá España serán paradójicamente al propio tiempo condicionalidad de la reducción de la tasa de temporalidad y justificación para permitir fórmulas de contratación temporal acausal que rompen la premisa de partida del nuevo modelo de contratación. Eso sí, de principio, queda claro que esa habilitación como excepción a la contratación temporal causal sólo se admite cuando quien intervenga como empleador sea una entidad integrada en el sector público y, por sí sola, no se justifica cuando quien reciba los fondos europeos sea una entidad privada, lo sea o no con fin de lucro.

Lo anterior enlaza directamente también con la insistente recomendación por parte de las instituciones europeas respecto del método de elaboración y aprobación de la reforma. Me refiero, en concreto, en la insistencia, de nuevo, en el valor añadido que debe tener la reforma por el hecho de que la misma sea resultado de un acuerdo en el seno del diálogo social, con voluntad de que el mismo se logre con el apoyo de los interlocutores sociales. No cabe la menor duda de que el

¹⁵ Disp. adic. 5ª Real Decreto-ley 32/2021.

fomento del diálogo social a nivel europeo constituye una de las señas de identidad tradicionales de la política social de la Unión Europea, siendo prueba de ello los procedimientos establecidos al efecto en el conjunto de las políticas acometidas por las instituciones europeas en materia laboral. Sin embargo, la pretensión en esta ocasión de que la reforma laboral se aborde desde procedimientos internos de diálogo social va más allá de lo anterior, pudiendo incluso valorarse como una injerencia indebida de la Unión Europea en lo que afecta en el sentido estricto del término al funcionamiento interno del sistema político de un Estado miembro, que, con o sin acuerdo social, en todo caso, se trataría de un funcionamiento plenamente democrático; por mucho que se pueda coincidir en el valor positivo que tiene el acuerdo social alcanzado en esta materia, con toda la dificultad que ha supuesto, no correspondía a las instituciones europeas intervenir en este elemento de método y, mucho menos, de intervenir como elemento de condicionalidad que en algunas ocasiones es como se ha interpretado. Para ser plenamente conscientes del modo cómo se ha producido esta intervención, para tener una percepción cabal del trasfondo del asunto, lo realmente importante para las instituciones europeas en este caso era el dato previamente apuntado de que la reforma de 2021 mantuviese los instrumentos de flexibilidad laborales introducidos con ocasión de la reforma precedente; dicho de otro modo, en el fondo no le preocupaba tanto que la reforma se produjese sin acuerdo social, cuanto que de la ausencia de acuerdo social derivase la introducción de elementos de rigidez en los procesos de reestructuración empresarial que restasen flexibilidad a las empresas, tanto interna como externa, para poder acometer estos procedimientos en escenarios de crisis económicas y de empleo de las mismas. A la postre, el aval a la reforma por parte de las organizaciones empresariales se convertía en un útil instrumento para el logro del precedente objetivo material, que era lo decisivo y no tanto el método. No al caso, baste con recordar que en ningún momento las instituciones europeas pusieron reparo alguno cuando la precedente reforma laboral de 2012 se llevó a cabo sin atisbo alguno de intento de desarrollar un proceso de diálogo social para acometer los importantes cambios estructurales que se introdujeron entonces. Quede claro que con ello no entramos en el acierto o en el error del mantenimiento en todos sus elementos de los elementos de flexibilidad existentes desde hace más de una década en nuestro modelo laboral, cuanto en cuáles eran las preocupaciones reales por parte de las instituciones europeas y la razón de ser de su insistencia en el método de elaboración y aprobación de la reforma laboral en este caso.

Al final, lo importante es que cuando el Gobierno remite a Bruselas su Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, recoge un importante componente 23, en el que se resumen los compromisos respecto de la reforma laboral que a esas alturas se pretende acometer, compromisos que se presentaron como elementos de la condicionalidad a la autorización de la entrega de los fondos económicos destinados a la ejecución de dicho Plan. Conviene recordar en concreto que en dicho documento se concretan bastante los objetivos que se pretende lograr con las

políticas públicas en el ámbito del mercado de trabajo, algunos de ellos a diseñar por vía de la reforma laboral; en concreto, dicho documento venía a indicar que “En línea con las recomendaciones a España por las distintas instituciones, este programa, que contará con las aportaciones de las diferentes mesas del diálogo social, incluye la simplificación de los tipos de contratos, la racionalización de los incentivos a la contratación, la modernización de las políticas activas de empleo y de la negociación colectiva, así como el desarrollo de un nuevo mecanismo de ajuste interno de las empresas alternativo al desempleo que permita amortiguar el impacto de las caídas de demanda, apoyar la formación y recualificación de los trabajadores y acompañar procesos de transición o reconversión. Adicionalmente, es preciso adaptar el marco de relaciones laborales y los mecanismos de concertación social a las necesidades generadas por el proceso de digitalización. Finalmente, es fundamental modernizar y digitalizar el Servicio Público de Empleo, con el fin de mejorar su eficacia para cubrir las demandas del mercado laboral en todo el territorio nacional”¹⁶. En concreto, el mencionado componente 23, por lo que afecta a la reforma laboral 2021 que venimos comentado incluía las siguientes reformas: R4 simplificación de contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad y simplificación de la contratación laboral; R6 establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna y recualificación de trabajadores en transición; R8 modernización de la negociación colectiva; R9 modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales¹⁷. En definitiva, en estas cuatro reformas se pueden identificar con claridad los contenidos que finalmente ha tenido la reforma laboral de 2021 que venimos comentando, con independencia del mayor detalle de comentario en los que entremos en apartados sucesivos respecto de su efectiva plasmación y previsible efectividad.

1.4. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

Dejando aparte lo que se dirá respecto del acuerdo social, como último elemento influyente en el devenir de la elaboración de la reforma de 2021, habría que mencionar cierto tipo de jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada sobre algunos de los contenidos centrales de esta reforma. Sin necesidad de reiterarlo, los pronunciamientos dictados por el Tribunal de Luxemburgo, sobre todo en materia de contratación temporal, se encuentran en el trasunto de algunas de las sucesivas sentencias del Tribunal Supremo, que, necesariamente, se dictan siguiendo la

¹⁶ Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia presentado por el Gobierno de España a Bruselas, de fecha 27 de abril de 2021, pg. 38, https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf.

¹⁷ Componente 23, Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo, <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/05052021-Componente23.pdf>.

estela de los fallos de las sentencias del Tribunal europeo, en un típico juego del pluralismo judicial, que obliga a un diálogo de interinfluencias mutuas entre uno y otro. Pero, es más, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido virando, en unos casos matizando, en otros corrigiendo sus criterios precedentes en algunos asuntos claves que, si no han condicionado en el sentido estricto del término, sí que han reforzado decididamente algunas de las medidas recogidas en la reforma de 2021. En ciertos casos, la reforma laboral no ha hecho sino reiterar una práctica bastante extendida entre nosotros, consistente en elevar a rango legal lo que con precedencia constituía labor jurisprudencial de clarificación de una normativa no suficientemente clara o incluso con silencios clamorosos. Sin pretender efectuar una enumeración exhaustiva de estos pronunciamientos del Tribunal Supremo, destacaría sobre todo los siguientes: la necesidad de contratar indefinidamente de las empresas auxiliares que efectúan contrata y subcontratas de obras y servicios para atender a necesidades permanentes de la empresa principal¹⁸; la determinación del convenio colectivo aplicable a las contrata y subcontratas de obra y servicio, particularmente cuando se trata de empresas multiservicio¹⁹; la imposibilidad de utilización del antiguo contrato de interinidad para atender a las necesidades de empleo derivadas de las ausencias por vacaciones²⁰.

2. EL ACUERDO SOCIAL COMO MARCO REFERENCIAL: LUCES Y SOMBRAS

Un valor decisivo ha tenido el hecho de que finalmente, tras un largo proceso de muchos meses, de desarrollo de un proceso de concertación social entre el Gobierno, las organizaciones sindicales más representativas y las asociaciones empresariales igualmente más representativas a nivel estatal, se haya logrado un pleno Acuerdo Social de reforma laboral. El resultado contrasta con el método de elaboración de la reforma laboral precedente de 2012, en el que hubo ausencia total de proceso de concertación social, al mismo tiempo que se desarrolla en coherencia con una práctica de intensa concertación social durante toda la presente legislatura. A estos efectos, la influencia de las prácticas extendidas y consolidadas a lo largo de la presente legislatura ha permitido que se logre un resultado difícilmente previsible en otro escenario. Una vez más, en este contexto, ha impulsado notablemente el desarrollo de la concertación la sorprendente fluidez de la concertación durante la pandemia, que ha desembocado en un elevadísimo

¹⁸ STS 29 de diciembre de 2020, rec. 240/2018, ECLI:ES:TS:2020:4383.

¹⁹ SSTS 22 de febrero de 2019, rec. 237/2017, ECLI:ES:TS:2019:713; 11 de junio de 2020, rec. 9/2019, ECLI:ES:TS:2020:1957.

²⁰ SSTS 30 de octubre de 2019, rec. 1070/2017, ECLI:ES:TS:2019:3733; 19 de enero de 2022, rec. 3873, ECLI:ES:TS:2022:224. Sobre el particular, cfr. el artículo en el presente número monográfico de la Revista de F. Navarro Nieto, El contrato temporal de sustitución.

número de acuerdos, ciertamente más fáciles de lograr aquellos que han tenido carácter coyuntural para hacer frente a las limitaciones a la movilidad para hacer frente a la emergencia sanitaria, pero, mucho más trascendentes y, por ello, dignos de valorar positivamente, en medidas que han tenido carácter estructural, como han sido las relativas al trabajo a distancia y la presunción de laboralidad de los *riders*. De no haber estos precedentes que, con seguridad, han ido creando cierta complicidad entre los interlocutores sociales, hubiera sido mucho más difícil acometer un proceso de concertación de mayor envergadura como ha sido la reforma laboral de 2021. Sin desconocer, por supuesto, lo ya indicado respecto de los impulsos que en la misma línea provenían de las instituciones europeas.

El resultado final no puede sino valorarse de manera positiva, porque en el mismo confluyen todos los valores positivos que presenta un acuerdo social de esta naturaleza, tanto desde la perspectiva de la legitimación reforzada que recibe la reforma, como las expectativas de que su implementación práctica por parte de todos sus protagonistas se lleve a cabo de manera más efectiva y sin mayores resistencias. A estos efectos, su posible desarrollo a través de la negociación colectiva se encontrará más allanado, así como su puesta en práctica cotidiana debería presentar menores dificultades. Se produce un claro intercambio de intereses, especialmente entre representantes de los trabajadores y empresarios, los unos introduciendo en la norma aspiraciones tradicionales de corrección de las distorsiones provocadas por la reforma de 2012, los otros manteniendo elementos de flexibilidad presentes en nuestra normativa laboral que consideran claves para la gestión empresarial frente a escenarios cambiantes.

Incluso en ello se encuentra presente un cierto compromiso implícito de aceptación del resultado final de equilibrio de intereses mencionados, en el sentido de que las partes, cuando menos, abren un paréntesis en la reclamación de nuevos cambios en otras materias que, por ahora, han sido aplazadas. Eso sí, ese compromiso implícito es limitado en el tiempo y se basa en la pervivencia de las circunstancias políticas y económicas actualmente determinantes de lo que ha sido la actual reforma. Dicho en sentido contrario, no existe un estricto compromiso de mantener aspiraciones de reclamar otras reformas legales en el futuro, si bien se admite que no lo harán cuando menos durante el resto de la presente legislatura.

Más aún, ha de tenerse presente que las medidas adoptadas por consenso entre los interlocutores sociales quedan condicionadas a los efectos que produzcan realmente en nuestro mercado de trabajo a resultas de su aplicación práctica. No se trata de una mera aseveración de valoración personal del texto del acuerdo, sino resultado de manifestaciones explícitas que se encuentran en su propio texto. Así, a título de ejemplo, cabe mencionar el establecimiento de una evaluación por parte del Gobierno de los resultados obtenidos en el logro del objetivo de reducción de la tasa de temporalidad al cabo de los tres años de vigencia de la reforma, con revisiones sucesivas bianuales; y, en concreto, que si resultado de esa evaluación se constata que no se avanza en el objetivo mencionado, el Gobierno elevará a

la mesa de diálogo social una propuesta de medidas adicionales que permita un efectivo logro de la reducción de la tasa de temporalidad²¹. En la misma línea cabe mencionar el compromiso de realizar un diagnóstico de la primera activación del mecanismo RED en su modalidad sectorial una vez transcurrido un año desde su primera activación, con específica previsión de que tal diagnóstico podría desembocar en “la necesidad de adoptar medidas en el ámbito laboral o de la Seguridad Social tendentes a favorecer la transición profesional de las personas trabajadoras que se vean afectadas por el mecanismo RED en el futuro”²².

El asunto siempre objeto de discusión, pero en esta ocasión especialmente presente y acentuado, es el relativo a la relación entre concertación social y poderes constitucionales normativos. Lo más debatido es la relación entre el resultado de un Acuerdo Social fruto de la concertación tripartita y el poder legislativo atribuido al Parlamento, pero no es lo único pues tampoco puede pasar inadvertido el engarce entre concertación social e iniciativa legislativa del poder ejecutivo.

Qué duda cabe de que el papel institucional asignado a las organizaciones sindicales y empresariales, por razones tanto históricas como de conformación de nuestro modelo de relaciones laborales, implica la necesaria participación en el proceso legislativo de las normas laborales y de protección social de los interlocutores sociales, sin que ello naturalmente pueda ir en detrimento del poder normativo atribuido a Gobierno y Parlamento. Un funcionamiento de enriquecimiento mutuo entre ambos territorios no debería ser conflictivo y posibilitar una relación de complementariedad entre uno y otro, de modo que se reconozca el papel que institucionalmente le deben corresponder a cada uno de sus protagonistas, en los términos constitucionalmente atribuido a todos ellos. Todo el proceso, en sus diferentes fases puede concebirse y desarrollarse en clave de beneficio positivo a favor de todos, incluso si se quiere en clave de juego de ganancia generalizada, bajo un modelo de “win to win”.

En todo caso, incluso en un escenario de funcionamiento fluido de las diversas instituciones y sin necesidad de situarnos en un plano de conflictividad o confrontación entre las diversas instancias, convendría marcar los espacios que le corresponde a cada uno.

Así, por lo que refiere al desarrollo estricto de la concertación social, conviene tener presente que, por mucho que la misma busque la concertación social, los tres sujetos que actúan como sus protagonistas no pueden concebirse en un plano de estricta igualdad. En efecto, por mucho de que se trate de una negociación a tres, uno de ellos (el Gobierno) en ningún momento deja de desarrollar su papel de poder público, en tanto que los otros dos (organizaciones sindicales y empresariales) no

²¹ Disp. adic. 24 ET, conforme a la redacción dada por el Real Decreto-ley 32/2021.

²² Disp. adic. 1ª Real Decreto-Ley 32/2021.

pueden aspirar a asumir una condición cuasi-pública, en la medida en que el primero asume la defensa del interés general de la comunidad y los segundo intereses colectivos siempre parciales por muy extensos y relevantes que éstos sean. Ello sobre todo debe materializarse en el método de desarrollo del procedimiento y en el desenlace que debe estar presente en las negociaciones. En particular, por lo que se debe al método de desarrollo del procedimiento, en todo caso debe corresponder al Gobierno la iniciativa de ponerlo en marcha, la identificación de las materias objeto de concertación e incluso la presentación de las propuestas de los contenidos a negociar. Hasta el momento presente, por la información de la que se dispone, parece que ello ha estado presente en todas las experiencias de concertación social vividas desde la implantación del actual modelo constitucional, si bien haya sido más o menos expreso o claro en los diferentes procesos vividos. Por lo que se refiere al desenlace, es obvio que un proceso de concertación en ningún momento debe comportar una renuncia al poder normativo del Gobierno y la necesidad de actuar sobre esa premisa; en particular, que el escenario de no acuerdo no debe restar capacidad regulativa al propio Gobierno. Esto otro a veces ha estado menos claro, incluso ha funcionado como premisa de actuación del poder ejecutivo en algunos supuestos, en esos términos comunicada en privado a los interlocutores sociales.

Como hecho más remarcable a estos efectos, me interesa destacar un elemento que en absoluto puede considerarse como secundario, ni meramente anecdótico, en lo que se refiere al grado de concreción de los Acuerdos Sociales derivados de la concertación y su conexión con la norma finalmente publicada en el Boletín Oficial del Estado. Me refiero a la circunstancia de que, con la evolución de las diferentes experiencias de concertación social, progresivamente ha ido desembocando en la presentación en las reuniones de concertación de documentos acabados, en los que se discute y pacta la redacción hasta su mínimo detalle de lo que, en su caso, debe ser el texto de la norma a publicar en el BOE, de modo que, caso de que se logre el correspondiente Acuerdo Social, al Gobierno no le quepa otra labor que la de incorporar a la norma literalmente el texto de lo pactado. Este método ha alcanzado su máxima expresión en cada uno de los acuerdos sociales celebrados durante esta legislatura, presente en todos sus términos en el caso de la reforma laboral que venimos comentando de 2021.

Esta fórmula puede resultar comprensible desde la perspectiva de los riesgos que asumen los interlocutores sociales al estampar su firma en un determinado acuerdo social y, en particular, muestra el delicado equilibrio de intereses que se logran a través de un acuerdo de estas características, donde el matiz de la redacción de cada detalle acaba resultando clave para lograr el compromiso explícito de cada una de las organizaciones con lo que constituye el resultado final de la reforma laboral. El esfuerzo de búsqueda del consenso en estos casos por parte del Gobierno

se redobra en su intensidad, proporciona mayor garantía posterior de apoyo de los tres protagonistas en la aprobación implementación de su texto.

Pero igualmente, este método de trabajo tiene sus riesgos e inconvenientes. Ante todo, queda desvaído el papel que corresponde al Gobierno en esa relación triangular, donde insistimos no debe presentarse en términos de igualdad de posiciones. A pesar de las evidentes dificultades del logro del Acuerdo entre las partes, el Gobierno no debería hacer dejación del papel que le debería corresponder de trasladar al texto legal lo acordado con cierto margen de concreción, pues no nos enfrentamos a un proceso asimilable a lo que es propio de la negociación colectiva laboral. Cuando menos el Gobierno debería reservarse, algo que no se está produciendo en las últimas experiencias, una capacidad de perfeccionamiento técnico del acuerdo, valorar las posibles contradicciones de la redacción, evitar la inseguridad jurídica de algunas redacciones y, al final, evitar redacciones que resulten carentes de coherencia jurídica.

De no asumir el Gobierno este papel, el resultado es que en algunas ocasiones los textos se redactan en la clave contractual propia de los convenios colectivos, al extremo que, en algunos pasajes, en aras del acuerdo, se llega a utilizar una redacción confusa, que deja al final a los Tribunales un papel que va más allá de lo que le corresponde en su papel meramente interpretativo de aplicación de la norma al caso concreto. El hecho de que en algunos preceptos del Acuerdo Social alcanzado se haya redactado un precepto en una clave de dar satisfacción a todos los protagonistas de la concertación, de modo que cada uno lo pueda interpretar de modo opuesto al otro, debe tenerse en cuenta por quienes nos dedicamos a interpretar el texto legal, para ser conscientes de cuál es el origen de la contradicción presente en la norma, pudiendo ello llegar a resultar clave para interpretar con honestidad su redacción.

Más complejo en términos institucionales, desde la perspectiva constitucional, es el otro tipo de relación, la que procede entre el acuerdo social ya alcanzado y la necesaria posterior intervención del Parlamento como titular del poder legislativo en cualquier modelo democrático, claramente a la luz de nuestra Constitución. Naturalmente, una cosa son las prácticas políticas y parlamentarias, otra diferente es la respuesta constitucional cuando pueda emerger un conflicto a estos efectos.

Comenzando por lo segundo, hay consideraciones indiscutibles que nadie podría poner en duda, unas y otras complementarias, y de las que necesariamente ha de partirse. Primera, que cualquier reforma legal requiere la aprobación por parte del Parlamento o convalidación por parte del Congreso de los Diputados, lo que necesariamente requiere al final una votación de mayoría en su seno. Segunda, que los condicionantes del acuerdo social junto con la urgencia en la recepción de los fondos europeos como condicionalidad, pueden justificar que el Gobierno apruebe la norma a través de un Real Decreto-ley, que coloca al Congreso en una

votación de simple convalidación, en clave de respuesta global positiva o negativa a la norma de urgencia aprobada por el ejecutivo. Tercera, que en esa tesitura, el Congreso de los Diputados es libre de acordar la conversión del Real Decreto-ley en una ley ordinaria, de modo que plenamente vigente la norma de urgencia se puedan introducir enmiendas de corrección al texto inicialmente convalidado. Cuarta, que la conversión en proyecto de ley en ciertas ocasiones se ha ofrecido por parte del Gobierno a ciertos grupos parlamentarios como contrapartida a su voto favorable a la convalidación del Real Decreto-ley, lo que entra dentro de las prácticas parlamentarias constitucionalmente correctas desde la perspectiva constitucional. Quinta, que la conversión en proyecto de ley ordinario no constituye un imperativo constitucional, de modo que resulta legítimo que, por diversas razones, ciertos grupos parlamentarios no consideren oportuna dicha conversión, que puede producir cambios no deseados. Sexta, que una votación con resultado de rechazo de la conversión en proyecto de ley no impide que los grupos parlamentarios que fuesen partidarios de dicha conversión, a la vista del resultado, puedan presentar proposiciones de ley, que, en términos prácticos, podrían funcionar como enmiendas que se habrían presentado en caso de haber prosperado la votación favorable a dicha conversión, con lo que sus facultades como parlamentarios no quedarían restringidas en ningún caso.

A la vista de los precedentes elementos de posible correcto funcionamiento de nuestro modelo parlamentario, no pueden desconocerse dos elementos contextuales presentes en el actual acuerdo social, que explican el resultado, con independencia de que, probablemente, no sea el ideal en clave parlamentaria. De un lado, debe tenerse muy presente la especialidad del presente acuerdo social, donde para unos la clave de su apoyo se sitúa en los contenidos de lo que es objeto de reforma, mientras que, para otros, lo decisivo para su visto bueno se encuentra en los contenidos de la normativa hasta ahora vigente que perviven. Los unos no habrían estado conformes sin lo que tiene la reforma de novedosa, en tanto que los otros tampoco lo hubieran estado si la reforma hubiera alcanzado a otras materias. En definitiva, el equilibrio del acuerdo social era muy ajustado y completo, tanto por lo que contiene como por lo que omite; de ahí que, volviendo atrás, el método utilizado de redacción detallara lo que es objeto de la reforma. Así, en clave política, el Gobierno ha asumido un compromiso de que la reforma era la pactada, sin alterar, añadir ni quitar nada. De otro lado, no puede desconocerse tampoco la ausencia de una mayoría estable y garantizada en sede parlamentaria del Gobierno protagonista de la concertación, de modo que éste no podría controlar el devenir de un Real Decreto-ley convertido en proyecto de ley ordinario. A la postre, debe tenerse presente que, en este escenario, la actuación de los grupos parlamentarios, tanto en el momento de la convalidación como en el futuro de posible revisión de su contenido vía proyecto ordinario, no estaría presidida por un objetivo de perfeccionamiento del modelo laboral como de pretensiones de carácter político ajenas al diseño de nuestro sistema de relaciones laborales. El resultado final de

todo esto, no es en modo alguno el más favorable a un modelo parlamentario de desarrollo pleno de su capacidad legislativa, pero, probablemente, ello encuentra raíces más profundas en la deriva que, por desgracia, estamos sufriendo en el funcionamiento de nuestro sistema político y no relacionado con el impacto de la concertación social en el *iter* legislativo.

3. UNA NUEVA LECTURA DE LAS EXPOSICIONES DE MOTIVOS EN LAS REFORMAS LABORALES

A partir de las consideraciones precedentes, es como merece la pena también apuntar la significación de la exposición de motivos de la presente reforma laboral, pues la misma sólo puede comprenderse y, sobre todo, sólo puede acudir a ella como instrumento de clarificación del significado, alcance e interpretación del articulado del texto legal.

A la luz de lo dicho respecto del método de trabajo utilizado en el logro del acuerdo social, ahora lo que destaca es que lo único que es resultado de “cosecha propia” del Gobierno es lo contenido en la exposición de motivos, que se redacta con posterioridad al cierre positivo del Acuerdo de concertación y sin intervención alguna por parte de los interlocutores sociales.

En esta exposición de motivos, como vienen a suceder en todas ellas, se pueden diferenciar tres contenidos distintos, de los que esencialmente sólo nos interesa en estos momentos detenernos en uno de ellos, que, a la postre, es el de mayor calado. En primer lugar, primer contenido en el que no nos vamos a detener, al tratarse de un Real Decreto-ley, la exposición de motivos procede a fundamentar el cumplimiento de los requisitos constitucionalmente exigidos para aprobar una norma de urgencia de estas características, con referencia expresa a la jurisprudencia constitucional establecida de forma consolidada a estos efectos. En segundo lugar, segundo contenido en el que tampoco nos vamos a detener, la exposición de motivos procede a un resumen descriptivo del articulado de la norma, con una funcionalidad meramente facilitadora de su lectura. En tercer lugar, lo más relevante y lo que exige de un comentario específico, la exposición de motivos enmarca la reforma contenida en la norma en la situación general, se identifican los objetivos que se pretenden y se ofrece una lectura en clave interpretativa de la concreta redacción de su articulado.

Es esta última parte la que se suele utilizar en algunas ocasiones para una correcta exégesis de la norma, en la medida en que se considera que a través de la misma se expresa con mayor claridad la voluntad del legislador y eso en ocasiones permite la más acertada interpretación de pasajes del texto articulado que podría tener lecturas diversas, con interpretaciones de alcance bien diferente. Esta técnica hermenéutica no sólo es utilizada de manera recurrente por la doctrina, sino que incluso se encuentra en diversas ocasiones en sentencias dictadas por nuestro

Tribunales. Todo ello nos parece plenamente correcto y entra dentro de la razonable actividad jurídica de interpretación normativa. Ello sirve de aval y proporciona en ciertas ocasiones mayor seguridad jurídica a ciertas interpretaciones legales y debe valorarse positivamente en sus justos términos.

Es a partir de las precedentes consideraciones desde la que debe tomarse en cuenta las especialidades presentes en esta reforma laboral, que, en gran medida, es algo común a todas las que son resultado de la concertación social, aunque es posible que, en esta ocasión, ello tenga consecuencias mayores. A tal efecto, hay que resaltar que, mientras que el texto articulado en toda su extensión es resultado de la concertación a tres, la exposición de motivos es el resultado exclusivo de lo que se encuentra en la mente del ejecutivo. De este modo, casi que podría afirmar que en esta ocasión la exposición de motivo solo refleja la voluntad de uno de los tres protagonistas de la reforma laboral, a pesar de la mayor importancia del ejecutivo en todo este proceso. Con ello no queremos decir que en estos casos la exposición de motivos carezca de todo valor y, en ningún caso, pueda utilizarse como instrumento de clarificación interpretativa, pero sí que no hay más remedio que hacerlo con mayores cautelas, pues, en alguno de sus pasajes, si se me permite la expresión coloquial de más fácil comprensión, se trata, a la postre, de un texto de parte.

En términos simplificadores, sin posibilidad de entrar en un análisis más de detalle, cabría resumir las dos claves con las que se debe trabajar con la exposición de motivos, cuando se trata de normas aprobadas como resultado de procesos de concertación social. En primer lugar, no puede desconocerse que la exposición de motivos, incluso en estos casos, mantiene su valor, en la medida en que ha sido el Gobierno quien ha venido presentando a los interlocutores sociales no solo las materias objeto de reforma sino los textos redactados de los artículos que presentan a su consideración y, por tanto, desde esa perspectiva, la iniciativa del ejecutivo tiene un valor de primer orden. En segundo lugar, que la precedente labor debe efectuarse sin descartar que, en ocasiones, el Gobierno pudiera pretender una interpretación concreta de la norma ante la imposibilidad de lograr que los interlocutores sociales ofreciesen su apoyo a una redacción más clara en la línea de lo inicialmente pretendido por el Gobierno, pero no avalado por las partes sociales, y que ahora se pretende rescatar por la vía de la exposición de motivos.

Es a partir de las consideraciones realizadas en los tres apartados precedentes (contexto, valor de acuerdo social y lectura especial de la exposición de motivos), como se puede entrar en una valoración general del alcance de la reforma en sus tres aspectos clave: contratación temporal, regulación temporal de empleo y negociación colectiva.

4. UNA VOLUNTAD DE RECONDUCCIÓN INSTITUCIONAL DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL²³

4.1. La irrelevancia de la simplificación de contratos

Las novedades en materia de contratación, sin lugar a dudas, constituyen el contenido más novedoso y probablemente uno de los que puede tener un mayor impacto de alteración sobre la tradicional dualidad entre trabajadores temporales y trabajadores fijos, al menos si las medidas que en el mismo se contienen tienen efectos materiales más allá de las apariencias.

Eso sí, desde los primeros documentos de partida de elaboración de esta reforma se pone el acento en un objetivo de todo punto banal e irrelevante. Me refiero a la reiterada insistencia en diversos documentos, lo que se encuentra presente en la propia exposición de motivos, donde se reafirma que objetivo de partida en esta materia es el de la “simplificación de los contratos”. Se entiende que la referencia no lo es a la simplificación del régimen jurídico de los contratos, sino a la reducción de su número. Es cierto que la reforma procede en algunos casos a refundir o minorar el número de contratos: supresión de la modalidad de contratación temporal por obra o servicio determinados, eliminación de las dos variantes del fijo discontinuo que introducía más confusión que claridad, utilización del singular para referirse a las dos variantes del contrato formativo, el cambio de denominación de la nueva regulación del trabajo adscrito a contratos en el sector de la construcción. Sin embargo, se trata de un aspecto de todo punto superficial, dado que la cuestión de fondo es la superación de la segmentación laboral derivada de la contratación temporal y, sobre todo, de la reconducción del uso institucional del contrato temporal a su utilización exclusivamente allá donde concurren auténticas circunstancias justificativas empresariales derivadas de necesidades productivas u organizativas, con el efecto deseable de reducción de las altas tasas de temporalidad. A estos efectos, resulta de todo punto carente de influencia que haya un mayor o menor número de modalidades contractuales: la supresión de modalidades de contratación puede producirse sin por ello reducir las tasas de temporalidad, del mismo modo que la pervivencia del número de contratos en función del régimen jurídico que se establezca al efecto puede provocar una intensa reducción de la tasa de temporalidad. Más aún, una mala definición del alcance de las pocas causas de temporalidad existentes, sin medidas complementarias de reconducción, puede provocar un régimen más permisivo de la contratación temporal, del mismo modo que una delimitación precisa de las modalidades existentes podría producir efectos materiales de reducción de la tasa de temporalidad, que al final es lo que importa.

²³ Para la significación que se otorga aquí a esta expresión, cfr. J. Cruz Villalón, La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual, *Derecho de las Relaciones Laborales* n° 3 (2016), pgs. 209 ss.

En el fondo de toda esta apelación a la simplificación lo que existe es un sencillo uso eufemístico de los términos, al extremo de que, en alguna ocasión, regulando una tradicional modalidad contractual no se le quiere dar este nombre, afirmando que se procede exclusivamente a regular su régimen extintivo, como es lo que se hace en el sector de la construcción. Flaco favor se hace con ello, orientando el texto legal hacia aspectos meramente formales o terminológicos, lo que desvía de destacar la importancia que tiene esta reforma por las medidas de calado que con la misma se adoptan.

4.2. La pretensión de reducción de las tasas de temporalidad

Dejando por ello lo que tiene más de apariencia o superficial, creo que lo decisivo es entrar en lo que realmente resulta importante desde este punto de vista en la reforma, en términos de comprobar a través de que técnicas de intervención normativas o administrativas se pretende lograr que la temporalidad deje de tener atractivo para las empresas y, finalmente, se reduzca al máximo posible el uso abusivo de la misma contratando por esta vía para ocupar puestos permanentes en la empresa. A tal efecto, conviene partir del recordatorio de que muchas de las reformas previas formalmente han pretendido reducir la desmesurada temporalidad, si bien con muy escasos resultados, lo que ha provocado un elevado escepticismo de que otras reformas lo puedan lograr y, en particular, que lo pueda conseguir esta última de 2021. Para situar el asunto en sus justos términos, debe destacarse que aquellas reformas de pasado siempre dejaron vías de escape al mantenimiento del uso abusivo de la temporalidad, aparte de que la levedad de las sanciones provocaba un cálculo de costes por parte de las empresas de los escasos riesgos por los excesos en la temporalidad, de modo que la conjunción de ambos factores facilitaba la pervivencia de la cultura empresarial de la temporalidad y, con ella, de la pervivencia de las altas tasas de temporalidad.

Frente a ello, la presente reforma, sin contener grandes originalidades ni fórmulas más ficticias que de contenido, sí que contiene elementos que van en la doble dirección de evitar las aludidas vías de escape, al tiempo que redobla las medidas sancionadoras.

En cuanto a lo primero, mencionaría las siguientes medidas: supresión de la posibilidad de celebración del contrato para obra o servicio determinados cuando se está atendiendo a necesidades habituales u ordinarias de la propia empresa, lo que incluye tanto a la propia empresa actuando como empleadora como también reafirmar el criterio jurisprudencial de que la duración del contrato civil, mercantil o administrativo en las contrataciones y subcontratas no puede justificar la contratación temporal cuando vía descentralización productiva se está atendiendo a necesidades de empleo permanentes por parte de la empresa principal²⁴, la extensión de las

²⁴ STS 29 de diciembre de 2020, rec. 240/2018, ECLI:ES:TS:2020:4383.

reglas de la conversión como fijos frente a las prácticas de contratación sucesiva de diversos trabajadores en un mismo puesto, el impedir que se acuda a la contratación temporal ante necesidades cíclicas que se impone su canalización a través de los fijos discontinuos²⁵, el reforzamiento del perfil formativo de los contratos que atienden a esta denominación²⁶, la reducción de la posibilidad de que los convenios amplíen el uso de la temporalidad. Todo ello, se concentra en una voluntad de que lo que se proyecta como el contrato temporal causal por excelencia, el nuevo contrato por circunstancias de la producción, sólo se pueda celebrar cuando efectivamente concurren causas empresariales que justifiquen esa contratación temporal²⁷. A pesar de que la definición de la causa justificativa en este caso resulte bastante tortuosa y no exenta de dificultad interpretativa, en la medida en que en su aplicación práctica y en su control judicial prime la clara voluntad legal de establecer un régimen de auténtica causalidad se podrán alcanzar los resultados prácticos de evitar los tradicionales abusos en la contratación temporal.

Desde el otro punto de vista, y complementariamente a los anterior, se adopta una serie de medidas por medio de las cuales se intensifican las sanciones frente a los incumplimientos que comporten contratación temporal abusiva, que esencialmente no pretenden tanto provocar un efecto sancionador generalizado, cuanto eliminar los cálculos de costes empresariales que de manera indirecta han venido permitiendo que se caiga en la tentación de asumir esos costes manteniendo el uso indebido de la temporalidad²⁸. Entre tales medidas cabe mencionar las siguientes. En primer lugar, la ampliación de la conversión de la condición de fijos de las situaciones de incumplimiento del conjunto de requisitos y límites a la contratación temporal, en lugar de la precedente vacua presunción de indefinidos de los contratos celebrados en fraude de ley que era algo obvio y sin novedad alguna respecto de las reglas de contratación civil; ello complementado por idéntica adquisición de la condición de fijos ante el incumplimiento del alta y Seguridad Social transcurrido el plazo permitido de celebración del período de prueba, sin permitir, como hasta ahora, la demostración en contrario del carácter temporal de las actividades o servicios contratados (art. 15.4 ET). En segundo lugar, el perfeccionamiento de las reglas relativas al encadenamiento de contratos

²⁵ Sobre el particular, con más extensión y profundidad, cfr. el artículo en el presente número monográfico de la Revista de J. Gorelli Hernández, El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la reforma de 2021.

²⁶ Sobre el particular, cfr. el artículo en el presente número monográfico de la Revista de E. Garrido Pérez, El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos tras el Real Decreto-ley 32/2021: la centralidad estructural y finalista de la formación.

²⁷ Sobre el particular, cfr. el artículo en el presente número monográfico de la Revista de M. N. Moreno Vida, El contrato temporal por razones productivas.

²⁸ Sobre el particular, cfr. el artículo en el presente número monográfico de la Revista de M. Igartua Miró, Las medidas sancionadoras frente a la contratación temporal abusiva.

de trabajos, especialmente cuando afectan a diversos trabajadores en un mismo puesto de trabajo²⁹. En tercer lugar, el establecimiento de una cotización adicional de Seguridad Social en el caso de contratos de duración determinada inferior a los 30 días³⁰. En cuarto lugar, la consideración de una infracción diferenciada por cada una de las personas contratadas temporalmente en fraude de ley o incumpliendo la legalidad vigente, tanto si se trata de contrataciones directas por el empleador o a través de empresas de trabajo temporal³¹, a diferencia de lo que sucedía hasta el presente que se ponderaba como una única sanción por la práctica generalizada por una empresa de fórmulas de contratación abusiva. En quinto lugar, el incremento de la cuantía de las sanciones administrativas en estos casos³². La virtualidad de estas sanciones pecuniarias depende en gran medida de la actuación inspectora que se despliegue en los primeros momentos de puesta en práctica de la reforma en materia de contratación, pues de ello depende que la misma despliegue su papel efectivo profiláctico de percepción por parte de las empresas de que la actitud de la autoridad laboral a partir de ahora va a ser diferente en la persecución del fraude en la contratación temporal. A tal efecto, ha de recordarse que durante períodos precedentes se ha extendido de forma muy generalizada la práctica inspectora de actuar más por la vía de negociación con las empresas de políticas de conversiones de temporales en indefinidos a la vista de prácticas indebidas que de actuaciones sancionadoras. Esta política inspectora ha constituido un arma de doble filo, por cuanto que no deja de ser cierto que, en muchos casos, ello ha tenido resultados muy positivos para los trabajadores beneficiados por las conversiones, pero, al propio tiempo, ha acabado jugando el efecto ya aludido de los cálculos de costes empresariales, sabedores de que el efecto negativo de una práctica de contratación temporal abusiva sólo le acarrea el riesgo de legalización de su conducta contractual indebida pero sin perjuicio por lo ya hecho; ni respecto de los empresarios que, finalmente, no resultaban inspeccionados. Posiblemente un cambio de criterio en las prácticas inspectoras a estos efectos en los momentos iniciales de la puesta en práctica de la reforma podría jugar como revulsivo para romper con la tradicional cultura de la temporalidad.

En esta línea de afianzamiento de la contratación fija, con paralela reducción de la temporalidad, se manda también un mensaje a las empresas de que la

²⁹ Sobre el particular, cfr. el artículo en el presente número monográfico de la Revista de M. J. Rodríguez Ramos, la reforma del encadenamiento de contratos laborales: repercusiones en el mercado de trabajo español.

³⁰ Art. 151 de la Ley General de la Seguridad Social, conforme a la redacción dada por el art. 3 del Real Decreto-ley 32/2021.

³¹ Arts. 7.2, 192.2, 19 bis. B, 19.ter 2 LISOS, conforme a la redacción dada por el art. 4 del Real Decreto-ley 32/2021.

³² Art. 40.1 c bis de la LISOS, conforme a la redacción dada por el art. 4 del Real Decreto-ley 32/2021.

reforma les va a permitir medidas alternativas de flexibilidad de adaptación de las dimensiones de las plantillas ante situaciones de excedentes de personal por la vía de facilitarles el uso generalizado de los expedientes temporales de regulación de empleo. De este modo, se pretende que la temporalidad se deje de utilizar como mero instrumento de corrección de los excedentes de personal ante crisis empresariales, canalizando esas situaciones por la vía de los ERTES y sin necesidad de tener de bolsas de temporales a estos efectos. La propia exposición de motivo de la norma así lo apunta expresamente; como expresamente se indica en la misma, “la exitosa experiencia con dicho instrumento, hasta ahora muy poco utilizado en España, proporciona una base para avanzar hacia un mecanismo permanente, que garantice un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda, alternativo a la alta temporalidad y a la elevada oscilación del empleo y que contribuya a la estabilidad laboral y económica”. En efecto, en la medida en que se materialicen los objetivos de centralidad de los ERTES ante situaciones de sobredimensionamiento temporal de las plantillas de la empresa no sólo los mismos se presentarán como instrumento alternativo de los despidos colectivos, sino también como alternativo al uso tradicional de la contratación temporal como mecanismo espurio de reestructuración empresarial.

4.3. Difuminación de la dualidad temporales versus fijos

Para cerrar la valoración general de las novedades en materia de contratación, merece la pena destacar un cambio de cierta profundidad en la tipología dual con la que hasta el momento estamos acostumbrados a analizar esta materia y que, incluso, hemos empleado reiteradamente a lo largo de este apartado. En efecto, hasta ahora hemos venido dando por supuesto que es clara y sin espacios de confusión la distinción entre contratos temporales o de duración determinada, de un lado, y contratos indefinidos o de trabajadores fijos, de otro lado. De este modo, se entiende que se trata de una tipología dual alternativa y sin zonas grises, de modo que un trabajador o es temporal o es fijo en su relación contractual de vinculación a la empresa, sin que quepa ningún tipo de situación intermedia. Frente a ello, estamos observando cómo progresivamente, bien lo sea por vía de interpretación jurisprudencial o a través de cierto tipo de reformas legislativas se pueden configurar fórmulas contractuales en las que las cosas no son tan claras y empieza a no resultar tan fácil ubicarlas con claridad en un tipo u otro de los dos grandes tipos. Incluso ello conduce a dudar si lo que hasta el presente considerábamos como claros sinónimos comienzan a dejar de serlo, al menos a todos los efectos; me refiero al hecho de que siempre hemos considerado idéntico hablar como de contratos de duración determinada y contratos temporales, como, en paralelo, igualmente hemos venido a considerar como idéntico hablar de contratos indefinidos y de trabajadores fijos. A estas alturas, particularmente lo segundo ya no es tan claro. Y menos todavía, a partir de determinados cambios incorporados con ocasión de la reforma laboral de 2021.

Este fenómeno por el que en cierto modo se difumina la dualidad se produce con ocasión de la introducción en el ámbito del sector público de la categoría jurisprudencial de los “indefinidos no fijos”, posteriormente elevados a rango legal. Si mantuviésemos la consideración de que ambos términos tienen el carácter de sinónimos, afirmaríamos que la denominación efectuada respecto de esta categoría constituye una contradicción en los términos. En todo caso, lo más importante es el fondo de la cuestión, relativa a si esta categoría de los llamados “indefinidos no fijos” comienza a romper con la dualidad absoluta entre trabajadores temporales y fijos. En un primer momento, por el régimen jurídico que le era atribuido a estos “indefinidos no fijos” cabría defender que materialmente no eran otra cosa que una situación más de trabajadores temporales, bastante próximos a la figura del antiguamente denominado como “interino”, ahora como contrato temporal para la sustitución. Sin embargo, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, posiblemente impulsado indirectamente por los criterios a este respecto del Tribunal de Luxemburgo, ha ido evolucionando progresivamente para separarlo de aquella modalidad y otorgándole una mayor protección jurídica frente a su extinción contractual. Así, como ha venido a afirmar alguna sentencia reciente, “La figura del PINF (personal indefinido no fijo) ha tendido a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del personal fijo, sin perjuicio de que la plaza que ocupe (al margen del reflejo que ello posea en la RPT) deba ser objeto de amortización (previo cumplimiento de los trámites del despido objetivo o colectivo) o de convocatoria (abocando, en su caso, a la extinción indemnizada del contrato). Es necesario examinar tanto el motivo por el que se activaría la condición de PINF cuanto las tareas desempeñadas antes de resolver cada caso”³³. En definitiva, sin poder entrar en mayores detalles en estos momentos, cabe detectar que en estos casos ya no nos resulta suficiente la dualidad temporal/fijo, de modo que empiezan a detectarse situaciones intermedias, que no casan plenamente ni entre los unos ni entre los otros.

Precisamente en esa línea de difuminar la diferenciación entre fijo y temporal se presentan algunas de las novedades contempladas en la reforma laboral de 2021.

La más significativa al efecto es la nueva regulación los contratos adscritos a obra celebrados en el ámbito de las empresas del sector de la construcción, que viene a sustituir al precedente contrato “fijo de obra”³⁴. Se trata de una regulación nada fácil de describir jurídicamente siguiendo las denominaciones y calificaciones jurídicas empleadas por el legislador, por cuanto que muchas de ellas están

³³ STS 28 de enero de 2022, rec. 3781/2020, ECLI:ES:TS:2022:270.

³⁴ Disp. adic. 3ª de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, conforme a la redacción dada por el art. 2 del Real Decreto-ley 32/2021. Sobre el particular, cfr. el artículo en el presente número monográfico de la Revista de J. Calvo Gallego y M. J. Asquerino Lamparero, Del contrato fijo de obra a la relación indefinida adscrita a obra y su extinción por razones formalmente inherentes a la persona del trabajador.

plagadas de eufemismo que conviene superar para comprender lo que constituye la regulación sustancial de la misma. A tal efecto, resulta imprescindible señalar que el título del precepto da a entender que se centra exclusivamente en la regulación de la extinción de estos contratos, cuando en realidad está contemplando una modalidad contractual específica, aunque lo sea sólo con unas pocas especialidades; califica al contrato como “indefinido” cuando cabe deducir que no se trata de un “indefinido” en el sentido tradicional del término, pues el trabajador no se encuentra adscrito a una “empresa” de manera estable como el personal de estructura sino al devenir de la obra, lo que induce más a pensar que se aproxima a una variante del contrato para “obra determinada”, pues la conclusión de la obra puede constituir una causa justificada de extinción del contrato. Se califica de extinción del contrato por “causa inherente a la persona trabajadora” lo que realmente se presenta como una causa productiva empresarial de no poder ofrecerle ocupación en otra obra de la misma empresa. A mayor abundamiento, por ejemplo, se prevé el derecho a percibir una indemnización por parte del trabajador en caso de extinción por propia voluntad del contrato sin necesidad de alegar causa, a semejanza de lo que sucede con los contratos temporales y a diferencia del régimen general de la dimisión; o bien, que en estos supuestos extintivos el trabajador se encuentra en situación legal de desempleo que le da derecho a la percepción de la prestación contributiva de la Seguridad Social a pesar de que la extinción sea voluntaria y acausal.³⁵

En definitiva, hay elementos que indican que este trabajador realmente no tiene en el sentido propio del término la condición de fijo de la empresa, por cuanto que se trata de contratos para los que se prevé una causa específica de extinción del contrato, vinculada a la actividad de la empresa y predeterminada en el propio contrato de trabajo. En puridad, si el trabajador está vinculado a una concreta y específica obra, y así se debe reflejar en el contrato que celebre el trabajador con la empresa o, por ser más precisos, vinculados a las obras de una provincia, con las categorías clásicas afirmaríamos que se trata de un contrato de duración determinada en el sentido estricto del término y si se le califica de “indefinido” es con vistas a eludir la conversión de estos trabajadores en fijos a todos los efectos a resultas de la aplicación de la regla del encadenamiento de los contratos, que es claro que por implícito designio del legislador no resulta de aplicación en estos casos. Circunstancia esta última que no dejará de provocar debate acerca de si la fórmula legal adoptada es acorde con la Directiva sobre contratos de duración determinada y con la específica jurisprudencia dictada recientemente³⁶; se trata de un debate ciertamente complejo y en el que no podemos entrar en estos momentos porque requiere de una exposición muy detenida para marcar postura al efecto. A

³⁵ Art. 267.1 a 3º LGSS, conforme a la redacción dada por el art. 3 del Real Decreto-ley 32/2021.

³⁶ STJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/19, EV, Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua SA, ECLI:EU:C:2021:514.

tal efecto, seguirá manteniendo todo su sentido la diferencia que se establece en el convenio colectivo general del sector de la construcción entre contrato “fijo de plantilla” (art. 23) contrato “fijo de obra” (art. 24), este último ahora sustituido por el “indefinido” adscrito a obra.

Eso sí, la descripción de la figura contractual no puede cerrarse aquí, por cuanto que, al propio tiempo, aparecen en la regulación otros elementos, que la apartan de los rasgos prototípicos de los contratos temporales; elementos adicionales que, con seguridad, pretenden incrementar la estabilidad en el empleo de estos contratos, favorecer la continuidad contractual más allá de la vinculación del trabajador a la obra a la que inicialmente se encuentra adscrito. Esa es precisamente la funcionalidad de fomento de la estabilidad en el empleo que se le pretende proporcionar a estos contratos con el deber de recolocación del trabajador en otras obras de la empresa en la misma provincia, eso sí siempre que ello sea técnicamente posible, incluso favorecerlo a través de fórmulas de recualificación profesional del trabajador. En los mismos términos, se pretende que juegue el derecho del trabajador a percibir una indemnización por finalización de la obra, como incentivo indirecto a la continuidad, estableciéndose una indemnización superior a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores para las extinciones de los contratos temporales, incluso superando casi siempre a la prevista para los despidos procedentes por causas objetivas. En otros términos, se trata desde la perspectiva indemnizatoria a la extinción como si se tratase de un despido objetivo de un trabajador fijo. Incluso la causa justificativa de la extinción (la ausencia de empleo en otras obras de la provincia) se asimila en gran medida a una causa productiva de un despido objetivo. En suma, todo lo anterior nos orienta a la posibilidad de parafrasear, por similitud, la expresión del supuesto anterior por parte de la jurisprudencia en el ámbito del empleo público, para afirmar que nos encontramos ante una nueva expresión del “indefinido no fijo”, si bien lo sea para atender a una realidad bien diferente y con un régimen jurídico diferenciado. En todo caso, se valore como se valore, lo cierto es que la voluntad del legislador es clara en el sentido de la búsqueda de la mayor estabilidad en el empleo dentro del sector de la construcción, más allá de la naturaleza jurídica estricta que le atribuyamos a esta modalidad contractual.

Otro ejemplo en esta misma línea de situación intermedia, superadora de la dualidad temporal/fijo, se podría encontrar en la variante prevista para los fijos discontinuos cuando se celebra para atender a prestaciones de carácter “intermitente”. Si bien la norma no precisa con claridad a qué tipo de situaciones se está refiriendo, bastante se puede deducir por vía de exclusión. Ante todo, viene a considerar que se trata de atender a actividades que no son las típicas de los fijos discontinuos, pues no se trata de atender a necesidades “cíclicas” en la empresa, pues no van relacionadas ni con actividades de naturaleza “estacional” ni “temporada”. Más aún, puede incluso que se trate de actividades “indeterminadas” en cuanto a su período de ejecución. Aunque esto último podría tener que

corregirse, en la medida en que se exige que en el contrato debe figurar la duración del período de actividad, la jornada y su distribución horaria, inmediatamente a continuación el propio legislador se corrige cuando permite que su concreción se pueda realizar en el momento del llamamiento (art. 16.2 ET). Lo relevante desde la perspectiva que estamos comentando aquí es que por esa vía de contratar al trabajador para actividades “intermitentes”; materialmente la situación se asimila a una suerte de acumulación de necesidades temporales por causas de producción o de sustitución sucesivas, que se canaliza a través de un único contrato de trabajo de “fijo-discontinuo”; más aún, que esa forma de intermitencia en períodos “indeterminados” de ejecución nos podría conducir a la presencia de un a modo de contrato de trabajo a llamada. Al final, sea cual sea la naturaleza jurídica de este contrato y con independencia de que formalmente se le califique como modalidad de “fijo”, en términos prácticos responde de nuevo a una realidad que se encuentra a caballo entre la auténtica fijeza y la estricta temporalidad.

Un tercer ejemplo por el que se difumina la diferencia entre temporales y fijos se podría localizar en la modificación prevista para la contratación laboral por parte de las empresas de trabajo temporal. La novedad principal se encuentra en la previsión de que las empresas de trabajo temporal pueden celebrar con los trabajadores cedidos un contrato “fijo-discontinuo” para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de varias empresas³⁷. En estos casos, el ámbito de actuación de las empresas de trabajo temporal se mantiene en el estricto ámbito de causas productivas o de sustitución que determinan necesidades temporales de diversas empresas usuarias y, por tanto, las puestas a disposición de los trabajadores cedidos conectan siempre con causas temporales. De este modo, se trata de un “fijo-discontinuo” no en el sentido propio del término porque no se le contrata para atender a necesidades cíclicas, estacionales o de temporada, sino un a modo de acumulación de diversos contratos temporales, insistimos justificado por una causa de temporalidad diferenciada para cada puesta a disposición a diferentes empresas usuarias. Dicho de otro modo, se trata encargos de trabajos temporales sucesivos, que se cubren bajo la formalidad de un único contrato, que pretende ser fijo pero que no lo es realmente. Y no lo es, por cuanto que no se contempla una garantía de puesta a disposición sucesiva, ni, por tanto, una garantía de empleo continuada en el tiempo, más allá de una genérica remisión a la negociación colectiva para que pueda contemplarla. De este modo, bajo una fórmula de aparente contratación fija se establece un mecanismo de contrataciones temporales sucesivas. Eso sí, superando la dualidad formal entre fijo y temporal, la regulación una vez más, pretende establecer un mecanismo indirecto que, en la práctica, proporcione una mayor continuidad en el empleo de estos trabajadores y, por ende, favorecer una menor rotación en el mercado de trabajo de estos

³⁷ Art. 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal, conforme a la redacción dada por la disp. final 1ª del Real Decreto-ley 32/2021.

empleados temporales. Y, en definitiva, diseñar una fórmula contractual que no puede responder al modelo prototípico dual entre temporales y fijos.

4.4. La clave final de la ampliación de la duración media de los contratos

A la vista de todo esto, probablemente a partir de ahora tendremos que proceder a efectuar un diagnóstico y evaluación más complejo de la situación de la contratación laboral desde la perspectiva estadística, por cuanto que no cabe que por el simple expediente de calificar como “indefinidos” a los supuestos anteriores (indefinidos no fijos en el empleo público, cierto tipo de fijos discontinuos de carácter intermitente, trabajadores adscritos a obra y trabajadores contratados por las empresas de trabajo temporal para puestas a disposición sucesivas a varias empresas) los situemos dentro de la categoría de los trabajadores fijos. Ello podría provocar una ficción de incremento de los contratados como fijos, que no son tales. Pero tampoco se les va a poder identificar como meros trabajadores temporales, si después se demuestra que su situación real es la de una continuidad práctica en el empleo, con dosis superiores de estabilidad en el empleo. Del mismo modo, en términos más amplios, se deberá proceder a analizar la duración media de ocupación efectiva a lo largo de un año de un trabajador fijo-discontinuo a partir de ahora, así como la pervivencia en el tiempo de los nuevos contratos por tiempo indefinido.

En definitiva, al final la clave a los efectos de una evaluación certera de los resultados de la reforma laboral de 2021, tras un tiempo razonable de puesta en vigor, los tres años previsto por la propia norma de urgencia, será el incremento o no en la estabilidad efectiva y material en el empleo de la población ocupada. En definitiva, los datos clave serán más el posible incremento en la duración media de los contratos en el conjunto de nuestro mercado de trabajo, unido a los porcentajes de rotación laboral en el empleo, más allá de lo que con el tiempo puede convertirse en algo más superficial del porcentaje de temporales y el porcentaje de indefinidos en nuestro mercado de trabajo. En resumen, la tasa de temporalidad con esta complejidad de modalidades de contratación, especialmente el número de contratos temporales o fijos registrados, se va a convertir en un dato de muy primera aproximación respecto de la evolución de la estabilidad en el empleo, adquiriendo un valor mucho más decisivo la duración media de los contratos y los porcentajes de rotación laboral.

5. LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO COMO MEDIDA CENTRAL DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL: EL SISTEMA RED

5.1. Ámbito del sistema y finalidad

Uno de los objetivos centrales de la reforma laboral de 2021 es el de situar los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTEs) como los protagonistas por excelencia de los procesos de reestructuración empresarial, desplazando a los despidos colectivos a un papel secundario o de última alternativa. Cada institución laboral constituye una pieza de un puzle completo, de modo que mover ficha en una institución puede arrinconar el espacio de otra que no se modifica. Esto es lo que puede suceder con el impulso decisivo a los ERTEs, que pretenden convertirse en el instrumento por antonomasia para afrontar los escenarios individualizados o generalizados de crisis empresariales futuras. Esta centralidad de los ERTEs se pretende con un reforzamiento de los tradicionales (art. 47 ET)³⁸, pero sobre todo con la creación del sistema RED de regulación temporal de empleo (art. 47 bis ET)³⁹.

La experiencia acumulada y los resultados positivos provocados por el uso generalizado de los ERTEs con ocasión de la pandemia han extendido la idea de que era oportuno establecer un mecanismo potente y de presencia permanente en nuestro modelo institucional de respuesta a situaciones globales de excedentes de empleo que se vislumbran como de carácter temporal. Baste señalar que con ocasión de la crisis económica de hace ya más de un año el uso de los procedimientos ERTEs fue muy escaso (34.000 frente a la destrucción de empleo de más de tres millones), durante la pandemia se invirtió el modelo con un elevadísimo uso de los ERTEs (3,4 millones frente a un empleo destruido que apenas superó el medio millón y con celeridad fue recuperado). Ello es precisamente lo que se ha pretendido con la introducción del mecanismo RED calificado oficialmente como de “flexibilidad y estabilización del empleo”.

Con independencia de que hasta el presente las situaciones de sobredimensionamiento empresariales de empleo se podían deber a un escenario económico más amplio de carácter sectorial o macroeconómico general, los

³⁸ Sobre el particular, cfr. el artículo en el presente número monográfico de la Revista de F. Vila Tierno y J. C. Álvarez Cortés, Los expedientes temporales de regulación de empleo.

³⁹ Sobre el particular, cfr. el artículo en el presente número monográfico de la Revista de J. L. Monereo Pérez y P. G. Ortega Lozano, Mecanismo RED de flexibilidad interna y garantía de estabilización del empleo (artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores y disposiciones complementarias). El desarrollo del procedimiento de este mecanismo RED conforme al RD 1483/2012, de 29 de octubre, con las especialidades contenidas en las disposición adicional quinta y transitorias 2ª y 4ª del RDL 4/2002, de 15 de marzo (BOE 16 de marzo).

procedimientos de reestructuraciones empresariales (fuesen de modificación de condiciones, de descuelgue de convenios colectivos, de transmisión de empresa, de suspensión contractual o de despidos colectivos) eran objeto de actuación aislada respecto de cada empresa individualmente considerada. Manteniéndose este procedimiento de actuación concreta en cada empresa respecto de sus particulares situaciones de empleo, vía también regulación temporal de empleo, que ahora denominaremos ordinaria (art. 47 ET), lo que de novedoso tiene el mecanismo RED es que parte de actuar sobre cada empresa a partir de una previa situación más generalizada, global en el ámbito de un sector productivo o general del conjunto de la actividad económica, que es, a la postre, la determinante de la necesidad de adoptar medidas de reestructuración en cada empresa. Así pues, el elemento determinante del sobredimensionamiento del empleo empresarial no se debe a circunstancias intrínsecas y propias de cada empresa, sino del contexto general (sectorial o macroeconómico) en el que se desenvuelven éstas.

En estos términos, este sistema pretende, bajo una primera modalidad, hacer frente a los momentos depresivos del ciclo económico que, en términos de crisis económica general, provoquen dificultades empresariales que, a su vez, supongan escenarios de excedentes de personal en las diferentes empresas afectadas por ese panorama macroeconómico negativo. Al propio tiempo, de forma complementaria, bajo una segunda modalidad, se pretende hacer frente a procesos de lo que en el pasado denominaríamos “reconversión industrial”, en el sentido de que se trata de atender a escenarios de necesidad de reestructuración global de un concreto sector productivo o varios de ellos, que requieran de procesos de reciclaje profesional de los trabajadores integrados en dichos sectores, pero sin perspectivas de continuidad de sus empleos de no proceder a estos procesos de recualificación profesional. Conviene llamar la atención sobre el hecho de que respecto de esta otra modalidad se atiende a situaciones en las que se aprecien cambios “permanentes”, en términos tales que, incluso para panoramas de claro sesgo estructural y no meramente coyuntural, se pretende el uso de los mecanismos de regulación temporal de empleo, por cuanto que se estima que los mismos pueden ser suficientes para superar la situación de dificultad de empleo que se constata. En definitiva, mientras que en el pasado los ERTes, como medida temporal sólo se podían utilizar para hacer frente a causas de naturaleza igualmente temporal, ahora también se busca que ocupen situaciones de dificultad estructural derivadas de cambios que se califican expresamente de permanentes. A diferencia de lo que se exige expresamente como novedoso respecto de los ERTes ordinarios, en el sentido de que la causa concurrente justificativa sea de carácter “temporal” (art. 47.1 ET), ello no se viene a exigir para la causa justificativa de los expedientes del mecanismo RED, sin perjuicio de que las medidas a adoptar sí que tienen que tener un carácter temporal.

Por otra parte, por la propia definición de ambas modalidades y a la vista de lo que se indicará posteriormente sobre el proceso de activación del procedimiento, implícitamente se da a entender que, en todo caso, estaremos ante escenarios

que afectan territorialmente a todo el país, no concebibles como circunscritos a ámbitos territoriales específicos, en particular limitado a una concreta Comunidad Autónoma. Respecto de la segunda de las modalidades puede suceder en la práctica que el sector que provoca la activación del mecanismo tenga impacto sobre un concreto territorio, a resultas de que la implantación de las empresas de ese sector lo sea sobre un ámbito geográfico concreto, pero sin que formalmente la activación pueda proceder a efectuar de manera directa este tipo de limitaciones territoriales.

A partir de todo lo anterior, como conclusión principal a estos efectos, en ambas modalidades se trata de típicos escenarios que, en el pasado, de forma generalizada en la práctica, se afrontaban con medidas más traumáticas desde la perspectiva del empleo, pues se gestionaban en nuestro sistema laboral de manera generalizada a través de despidos colectivos. Precisamente por ello, sin necesidad de importantes alteraciones de las definiciones de las causas justificativas tanto de los despidos colectivos como de las suspensiones contractuales y reducciones de jornadas, el mecanismo RED pretende presentarse como alternativo a los despidos, por cuanto que, de un lado, abarca escenarios que en el pasado sólo se proyectaban responder con extinciones contractuales, al tiempo que, de otro lado, se ofrecen ventajas económicas comparativas a las empresas, en términos tales que para las mismas resulte más atractivo el mecanismo RED que el tradicional de los despidos. Incluso, como ya indicamos con anterioridad, la exposición de motivos de la norma afirma que con ello se pretende establecer un sistema de adaptación de las dimensiones de la empresa a los cambios de ciclo económico que favorezca por vía indirecta la reducción de las tasas de temporalidad, en la medida en que la temporalidad deje de emplearse como bolsa de contratación para hacer frente a los escenarios de excedentes de plantillas en las empresas.

Desde esta perspectiva se pretende atender a situaciones que pueden tener el carácter de permanentes, especialmente por lo que afecta a la modalidad sectorial, el asunto a mi juicio que debería haberse atendido con mayor desarrollo y atención es que los procesos de recualificación profesional pueden ir dirigidos también a que los trabajadores afectados puedan ocupar puestos de trabajo en otras empresas o ámbitos de actividad, como expresamente así indica la exposición de motivos de la norma. En estos casos, el mecanismo de regulación temporal de empleo desembocaría en un proceso que iría más allá de la llamada “flexibilidad interna” para situarse en el terreno de la recolocación de los trabajadores. Hubiera sido oportuno que la norma contemplase medidas de acompañamiento a tales procesos de recolocación, incluso que hubiera previsto los efectos precisos de los mismos en cuanto al correspondiente procedimiento de extinción contractual y los costes que ello supondría para las empresas. En parte, ello podría ser corregido con el sucesivo desarrollo reglamentario de este mecanismo RED. Podría incluso que las dificultades de reincorporación a la empresa de los trabajadores suspendidos en estos casos esté subyaciendo en la previsión de evaluación contemplada en propia norma, cuando contempla que, transcurrido un año desde la primera activación

del Mecanismo RED en su modalidad sectorial, el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, estudiadas las circunstancias en que se encuentren el empleo y el tejido productivo de los sectores afectados por el Mecanismo RED, analizarán la necesidad de adoptar medidas en el ámbito laboral o de la Seguridad Social tendentes a favorecer la transición profesional de las personas trabajadoras que se vean afectadas por el Mecanismo RED en el futuro⁴⁰.

En todo caso, conviene realizar dos advertencias de matiz a lo anterior. Primera aclaración, no todas las situaciones generalizadas de sobredimensionamiento del empleo, por tanto, derivadas de un escenario no externo de la empresa, se van a canalizar por este sistema RED, por cuanto que algunos casos van a permanecer en el ámbito de los ERTEs ordinarios, al ser calificados como causa de fuerza mayor. En concreto, no se canalizan por el sistema RED, sino por el ordinario, la situación determinada por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública (art. 47.6 ET). A estas últimas habría que añadir las situaciones de emergencia a efectos de protección civil⁴¹. Ello es comprensible porque en estos casos de ‘factum principis’ ya hay una declaración de la autoridad pública que hace innecesario el procedimiento previo del mecanismo RED que analizaremos a continuación.

Segunda aclaración, el procedimiento de regulación temporal de empleo no excluye que, incluso tras las posibles prórrogas previstas legalmente, no se enderece el panorama del empleo y no haya más remedio que acudir a las medidas extintivas. A estos efectos, considero que mantiene su virtualidad la jurisprudencia que considera que posteriormente es posible poner en marcha un procedimiento de despido colectivo u objetivo, en base a la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada para el ERTE, o bien tratándose de la misma causa ante un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron dicho ERTE⁴². Eso sí, desde el punto de vista finalista de la reforma de 2021, sería necesario corregir la jurisprudencia precedente que desde la reforma de 2012 venía entendiendo que, en la medida en que se definen de modo idéntico las causas de despido y las de suspensión, interpreta que el empresario es el que debe decidir si procede acudir a medidas extintivas o meramente suspensivas, quedando a la exclusiva decisión empresarial decidir si está en presencia de una situación que exige un tipo u otro de medida, de forma tal que el acudir a un despido o a una suspensión viene a traducirse en un juicio de “oportunidad”. A mi juicio, frente a

⁴⁰ Disp. adic. 1ª Real Decreto-ley 32/2021.

⁴¹ Art. 24.2 Ley 17/2015, de 9 de julio, BOE 10 de enero de 2016.

⁴² STS 17 de julio de 2014, rec. 32/2014, ECLI:ES:TS:2014:4131; 12 marzo 2014, rec. 673/2013, ECLI:ES:TS:2014:1390; 16 de abril de 2014, rec. 57/2013; 18 de marzo de 2014, rec. 125/2013, ECLI:ES:TS:2014:2067; STS 16 de diciembre de 2021, rec. 210/2021, ECLI:ES:TS:2021:4793.

ello, a partir de la reforma de 2021 ya no debe ser así, por cuanto que el designio del legislador es que ante situaciones de dificultad coyuntural necesariamente se debe acudir a los ERTes y no acabe hacer uso de los despidos. Avararía esta interpretación el hecho de que expresamente la exposición de motivos de la norma contempla las medidas de regulación temporal de empleo “como fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones”.

5.2. Procedimiento y causas justificativas

A pesar de que, tal como hemos dicho, se establece un sistema institucional de carácter permanente a diferencia de los ERTes Covid, el mecanismo RED requiere de una apertura que provoque su puesta en marcha a resultas del surgimiento de cada situación sobrevenida de coyuntura macroeconómica general o sectorial global. De este modo, cada activación del mecanismo RED requiere de un específico acuerdo del Consejo de Ministros. De este modo, mientras que en todo caso se requiere este expreso acuerdo del Consejo de Ministros, el sistema se encuentra ya predeterminado, de modo que no requiere de la aprobación de un Real Decreto-ley específico, como ha sucedido con ocasión de la pandemia.

La declaración del Gobierno de activación del mecanismo no implica con automaticidad que en todas las empresas que soliciten acogerse al mismo concurren las causas justificativas previstas para adopción de las medidas de regulación temporal. El acuerdo gubernamental de activación constituye un presupuesto inexcusable, pero sucesivamente se debe poner en marcha un expediente administrativo específico para cada empresa que solicite acogerse a la medida, de modo que en la correspondiente iniciativa empresarial se deberá aportar la justificación de que la situación determinante de la activación ha provocado en la concreta empresa una típica causa económica, técnica, organizativa o productiva justificativa de las medidas que se proponen y de su proporcionalidad.

En estos casos, además del habitual procedimiento de consultas con vistas a lograr un acuerdo con los representantes de los trabajadores, se requiere de una autorización administrativa por parte de la autoridad laboral, que será automática en el caso de que las consultas con los representantes concluyan con acuerdo y, caso contrario, deberá entrar en el análisis de la justificación de las medidas propuesta procediendo a estimar o desestimar la solicitud empresarial. De este modo, frente a la tendencia progresiva a la supresión de la intervención de la autoridad laboral en clave de exigencia de autorización administrativa, la reforma amplía la exigencia de esta autorización para estas situaciones de dificultad por causas empresariales más allá de la estricta fuerza mayor. En cuanto al resto de la tramitación administrativa, el procedimiento se somete al régimen general de los ERTes ordinarios, especialmente a los que lo son por fuerza mayor; en todo caso, habrá que estar en este punto al desarrollo reglamentario del procedimiento administrativo pendiente de aprobación. Eso sí, aunque no se diga expresamente, a

diferencia del ERTE por fuerza mayor, cabe interpretar que las posibles prórrogas de la medida en estos casos no requieren de nueva autorización administrativa de las medidas, bastando con la mera comunicación a la autoridad laboral, pues se efectúa una remisión al apartado 4 y no al apartado 6 del art. 47 ET.

5.3. Régimen de las reducciones de jornada y suspensiones contractuales

La regulación temporal de empleo consistirá básicamente en una reducción de jornada en los porcentajes establecidos en la regulación precedente y/o en la suspensión de los contratos de trabajo, otorgándose prioridad en la medida en que ello sea viable a la reducción frente a la suspensión. A estos efectos se aplica sin mayores especialidades el tratamiento suspensivo o de reducción previsto para los ERTEs ordinarios. Destacar, eso sí, como novedades comunes, igualmente derivada de la experiencia Covid, la flexibilidad en los procesos progresivos de desafectación y afectación en función de las alteraciones de las circunstancias, así como la prohibición (con excepciones justificadas) durante el periodo de regulación de empleo de realización de horas extraordinarias, establecer nuevas externalizaciones de la actividad ni concertarse nuevas contrataciones laborales; ello perfeccionado por la vía de la correspondiente tipificación como infracción administrativa de los posibles incumplimientos a tal prohibición.

Especial atención se presta al desarrollo de las acciones formativas de los trabajadores afectados, de especial trascendencia cuando se trate de puesta en marcha del mecanismo RED por circunstancias específicas en un sector que generen necesidades de recualificación y de transición profesional. En particular, a todos los beneficiarios del mecanismo RED se les considerará como colectivo prioritario a efectos de acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo, al mismo tiempo que las empresas tendrán derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en este ámbito.

Una de las singularidades más significativas en la situación de los trabajadores afectados desde la perspectiva de su protección social para hacer frente a la reducción retributiva que sufran a resultas de la regulación de empleo temporal: mientras que los afectados por los ERTEs ordinarios se siguen sometiendo a la regulación de la prestación ordinaria de desempleo, para los afectados por el mecanismo RED se contempla una prestación específica de Seguridad Social que se presenta como un modo de variante de la prestación de desempleo por mucho que se huya de tal denominación⁴³. Aunque no la califique expresamente como tal, por el régimen jurídico al que se somete en cuanto a requisitos, cálculo de la base reguladora y de la cuantía, así como de su tramitación y gestión, puede considerarse sin lugar a duda dentro de las categorías de prestaciones contributivas del régimen público de la Seguridad Social. Desde la perspectiva de los requisitos para tener derecho a esta

⁴³ Disp. adic. 41ª LGSS.

prestación, pueden acceder a esta prestación tanto a trabajadores sometidos a un contrato de trabajo como socios de cooperativas de trabajo asociado y de sociedades laborales incluidos en el régimen general de la Seguridad Social. Destaca como especialidad que, si bien formalmente no se requiere acreditar un período mínimo de cotización previo a la Seguridad Social, un mínimo de cotización sí que se debe tener, en la medida en que se requiere que el beneficiario debe haber iniciado su relación laboral en la empresa en la que se adopta la medida con carácter previo al acuerdo del Consejo de Ministro de activación del mecanismo RED, con reglas muy estrictas de incompatibilidad de otras prestaciones sociales, así como de la realización de otro trabajo como autónomo o como asalariado a tiempo completo. Respecto de la cuantía de la prestación la principal especialidad reside en que la misma será del 70 % de la base reguladora durante todo el tiempo que se perciba, al mismo tiempo que la duración no tiene límite específico más allá del tiempo previsto de la medida siempre acotado por las duraciones máximas acotadas de la activación del mecanismo RED. El acceso a la prestación no consumirá cotizaciones previamente efectuadas, especialmente a los efectos de la posible percepción de la prestación por desempleo ordinaria a resultas de posteriores situaciones legales de desempleo que provoquen el correspondiente hecho causante del mismo.

Respecto de las cotizaciones, se establece igualmente un régimen especialmente incentivador para las empresas, con reglas comunes tanto para los ERTEs ordinarios como los del sistema RED, que implican importantes reducciones en la cotización a cargo de la empresa, con una regulación muy prolija que no ha lugar a describir aquí (disp. adic. 44 LGSS). Las reducciones en las cotizaciones tienen como contrapartida que ello se condiciona a un deber de mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados por los expedientes de regulación temporal durante los seis meses siguientes a la finalización del período de vigencia de expediente de regulación temporal de empleo; las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes⁴⁴. Eso sí, estas reducciones se contemplan como voluntarias, en el sentido de que deben ser solicitadas por la empresa y, en particular, que puede optar por no acogerse a estas reducciones sin asumir por tanto el mencionado deber de mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados. Por su parte, el abono de la parte correspondiente al trabajador como es tradicional a cargo del SEPE (art. 153 bis LGSS).

⁴⁴ Disp. adic. 44ª apartado 10 LGSS.

5.4. Financiación del sistema

Uno de los elementos más novedosos de este sistema es que se procede a constituir un Fondo específico que tendrá como finalidad atender a las necesidades de financiación de la prestación social específica para los trabajadores afectados por las regulaciones temporales de empleo del mecanismo RED, de exenciones de pago de cotizaciones a la Seguridad Social de la parte empresarial, así como los costes asociados a la formación de estos trabajadores. El Fondo se nutrirá de los excedentes de la prestación por desempleo, de los Presupuestos Generales del Estado y de las aportaciones de la Unión Europea (apartado 6 del art. 47 bis ET). Se trata de un típico mecanismo al propio tiempo de estabilización económica y de amortización social, de modo que se pretende que se nutra de financiaciones por parte del conjunto del sistema financiero durante los períodos de crecimiento económico, a utilizar en los momentos de depresión del ciclo económico o de concretas crisis sectoriales.

Como conclusión final, partiendo de una valoración general positiva de la novedad que supone este nuevo mecanismo de regulación de empleo temporal, habrá que estar para completar el balance al desarrollo reglamentario que se produzca del mismo y, sobre todo, a la implementación que se produzca en sus primeras aplicaciones prácticas, que permitan un diagnóstico de sus resultados.

6. UN NUEVO EQUILIBRIO DE INTERESES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

6.1. Caracterización general de la reforma en materia laboral

Puede existir una cierta percepción de que, ante las indudables novedades introducidas por la reforma laboral en materia de contratación laboral, no se han producido grandes cambios en materia de negociación colectiva. El centro de atención se ha situado tanto en relación con la contratación, mientras que han pasado más inadvertidas las modificaciones que se han producido en materia de negociación colectiva. Ello probablemente se debe a varios factores, entre los que destacaría resumidamente los siguientes: algunos aspectos de la reforma ya se daban por descontados, lo que ha llevado a infravalorar su trascendencia; existía la perspectiva de que iban a introducirse cambios en otros terrenos, que sin embargo al final se ha optado por mantener el régimen vigente en aras del logro del Acuerdo social que sustenta la reforma; hay aspectos de la reforma que por no situarse estrictamente en el título del Estatuto de los Trabajadores relativo a la negociación colectiva, o bien porque se encuentran dispersos a lo largo del texto legal, han pasado inadvertidos a pesar de su trascendencia.

Frente a esta infravaloración del impacto de la reforma laboral en materia de negociación colectiva, parece oportuno realizar un balance de conjunto de los

efectos que pueden tener estos cambios en el desarrollo futuro de los procesos negociales, que, a nuestro juicio, pueden ser de mucha mayor importancia a la que inicialmente parece que se proyecta de una primera lectura del texto legal. En efecto, a nuestro entender, las nuevas reglas de juego en materia de negociación colectiva alteran sustancialmente el equilibrio de posiciones en el desarrollo futuro de los procesos negociales, lo que puede reforzar el papel central de los convenios colectivos dentro de nuestro sistema institucional de relaciones laborales en su conjunto.

Ante todo, frente a una actitud de clara desconfianza por parte de la reforma laboral de 2012 respecto de los efectos de la negociación colectiva sobre el mercado de trabajo y, en general, de la gestión de la negociación colectiva, la reforma de 2021 recupera el valor positivo del convenio colectivo en nuestro sistema laboral, refuerza su protagonismo en el conjunto del desarrollo de las relaciones laborales y establece una relación más pacífica y enriquecedora entre la norma estatal y el convenio colectivo. A mayor abundamiento, se trata de una reforma que, en general, se construye sobre una premisa de mayor respeto a la autonomía negocial de las organizaciones sindicales y empresariales y, por tanto, de menor condicionamiento desde la norma estatal del marco normativo de la propia negociación colectiva. Veamos todo esto concretado en cada uno de los aspectos básicos de la reforma laboral objeto de comentario.

6.2. La concurrencia convencional en materia salarial

La primera modificación, y probablemente la de mayor trascendencia en la arquitectura de nuestro sistema negocial, consiste en la supresión de la preferencia imperativa e indisponible del convenio colectivo de empresa respecto de los convenios sectoriales en lo que afecta a la totalidad de la cuantía de la retribución, tanto en lo que refiere al salario base como a los complementos salariales⁴⁵. Aun cuando se mantenga la preferencia aplicativa del convenio empresarial respecto del resto de la lista introducida con la reforma de 2012, no cabe la menor duda de que la de mayor trascendencia en términos de equilibrio de posiciones entre las partes es la que se refiere a la cuantía del salario, de ahí que haya que hacer hincapié en la importancia del cambio legal.

La preferencia aplicativa del convenio de empresa en materia salarial ha provocado un efecto enorme de devaluación salarial, en una primera fase, y de dificultad de gestión homogénea de la política de rentas por parte de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, en una segunda fase. De ahí que el escenario pueda cambiar sustancialmente a partir de ahora en lo que se refiere a la capacidad de estas organizaciones en el diseño general de la

⁴⁵ Sobre el particular, cfr. el artículo en el presente número monográfico de la Revista de C. Sáez Lara, Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva.

política de rentas. La exposición de motivos, en concreto, señala que la regulación precedente de la preferencia del convenio de empresa ha provocado que las empresas hayan utilizado los convenios colectivos como instrumento de descuelgue que más que crear una unidad de negociación nueva se ha comportado como un sucedáneo de los procedimientos de inaplicación del convenio sectorial. Sin dejar de llevar razón la exposición de motivos en el diagnóstico de lo sucedido y de la necesidad de reconducir institucionalmente los diferentes mecanismos previstos legalmente a estos efectos, efectúa unas consideraciones más amplias respecto del papel de la negociación colectiva más discutibles y, por tanto, menos compartibles. Una cosa es que los convenios colectivos de empresa no deban utilizarse como mecanismo de descuelgue del convenio sectorial, pues para ello existen otras instituciones y procedimientos, y otra diferente es afirmar que los convenios colectivos no constituyan también un instrumento importante de flexibilidad interna. La exposición de motivos defiende que lo pactado en la negociación colectiva tiene una vocación de permanencia y, por tanto, no pueden concebirse como instrumentos de flexibilidad interna. A nuestro juicio, las dos perspectivas no están en absoluto reñidas, de modo que el convenio colectivo hoy en día desarrolla una amplia tipología de funciones, complementarias entre sí, donde al mismo tiempo juega como instrumento de fijación de estándares adicionales de tutela del trabajador, pero también se convierte en un importante instrumento de adaptación de las condiciones de trabajo a las peculiaridades de cada empresa y sector, actuando en este sentido como una importante institución de flexibilidad interna y, a la postre, de gestión del cambio empresarial⁴⁶. Prueba de ello es que la reforma mantiene la preferencia empresarial en materias claves para la gestión del cambio.

En todo caso, lo que no se discute es que la reforma en concreto, eliminando la preferencia empresarial en materia salarial, elimina las distorsiones correctamente detectadas y que, por tanto, se trata de una medida de reforma a valorar positivamente.

Eso sí, el cambio ni va a resultar inmediato, a resultas de lo contemplado en la disposición transitoria 6ª de la norma reformadora, ni va a resultar simple, por cuanto que la reforma no pretende establecer un modelo alternativo desde la norma estatal. A tal efecto, deben aclararse aspectos muy evidentes, pero que han sido confundidos por ciertas lecturas rápidas de la nueva regulación. Ante todo, conviene aclarar que la supresión de la preferencia del convenio empresarial en esta materia no supone que ello venga sustituido por la preferencia aplicativa de los convenios sectoriales. La reforma de 2021 es mucho más respetuosa con la autonomía de los interlocutores sociales en la fijación de las reglas de concurrencia entre convenios colectivos. En concreto, a partir de ahora, en caso de concurrencia entre convenios sectoriales y de empresa para las materias para las que no rige la preferencia empresarial ha de atenderse en primer lugar a lo que se pueda establecer por las organizaciones

⁴⁶ Sobre el particular, AA. VV. (J. Cruz Villalón), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, ed. Cinca, Madrid 2017.

sindicales y empresariales más representativas a través de los correspondientes acuerdos interprofesionales, lo sean ámbito estatal o de Comunidad Autónoma.

En segundo lugar, caso de que no se hayan celebrado este tipo de acuerdos interprofesionales sobre esta materia, que es lo más generalizado en estos momentos, resultaría de aplicación el apartado primero del art. 84 ET, conforme al cual “un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios colectivos de ámbito distinto”. Esta regla es la que se ha interpretado como receptora de un denominado principio “prior in tempore”, que vendría a alterar la regla clásica conforme a la cual la norma o el contrato posterior deroga o sustituye al precedente. Comoquiera que esa regla clásica tiene su plena lógica cuando se trata de idénticos sujetos o poderes normativos quienes expresan una nueva voluntad regulativas (art. 86.5 ET), es más compleja su aplicación cuando se trata de convenios de diverso ámbito que ni tienen entre sí posiciones de jerarquía normativa, ni implican identidad de sujetos negociadores integrantes de mesas que actúan en ámbito diverso. Por ello y por razones de mantener un cierto equilibrio negocial se prevé esa a modo de preferencia del convenio anterior en el tiempo. No obstante, resulta imprescindible realizar algunas aclaraciones. Primera, frente a ciertas interpretaciones en el sentido de que ello suponía que el convenio posterior sería “nulo” por contradecir lo pactado en el primero en el tiempo, se advierte que se trata de una simple preferencia aplicativa, que no impide la negociación de esa materia en otro ámbito, sino exclusivamente que lo pactado no sería aplicable mientras se encuentre vigente el convenio más antiguo. Por ello, en realidad se trata de un “prior in tempore” provisional, limitado en el tiempo, pues a partir de la decadencia del convenio anterior en el tiempo éste deja de gozar de esa preferencia. A partir de estas seguridades, empiezan algunas incertidumbres, que algunas han sido aclaradas por la jurisprudencia, pero otras hasta el presente se mantienen en la nebulosa. Primera aclaración, después de diversos cambios, la jurisprudencia viene interpretando que esa preferencia aplicativa del convenio anterior rige sólo durante la vigencia ordinaria, expresamente pactada en el convenio colectivo, pero decae ya en el período de ultraactividad del convenio anterior en el tiempo⁴⁷, aunque si se mantiene la prioridad temporal cuando sin denuncia del convenio colectivo se encuentra prorrogado a partir de su finalización ordinaria⁴⁸. Segunda aclaración, 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 pactado⁴⁹; dicho de otro modo, a partir de ese momento pasa a regir el principio inverso de la aplicación preferente del posterior en el tiempo.

⁴⁷ SSTs 8 de enero de 2020, rec. 129/2018, ECLI:ES:TS:2020:41, 5 de octubre de 2021, rec. 4815/2018, ECLI:ES:TS:2021:3749.

⁴⁸ STS 27 de enero de 2022, rec. 33/2020, ECLI:ES:TS:2022:300.

⁴⁹ STS 5 de octubre de 2021, rec. 4815/2018, ECLI:ES:TS:2021:3749.

A partir de ahí, emergen las incertidumbres que, hasta el presente, salvo error u omisión por mi parte, no han sido resueltas por la jurisprudencia. En una rápida enumeración de estas dudas básicas serían las siguientes: ¿se produciría una cierta aplicación traslativa de la jurisprudencia relativa a la interiorización en los contratos de los convenios decaídos⁵⁰, de modo que si el convenio posterior de nueva aplicación contiene condiciones retributivas peores para los trabajadores se mantendrían a título individual en sus respectivos contratos las que ya se viene percibiendo por los trabajadores ya incorporados a la empresa, o bien, por el contrario, por analogía resultaría de aplicación la regla de que el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último (art. 86.5 ET)?; ¿qué regla se aplicaría en caso de que a la pérdida de vigencia ordinaria del convenio anterior el posterior también se encontrase en ultraactividad; aunque el posterior se encontrase todavía en su vigencia ordinaria, ¿qué sucedería posteriormente si pasa a vigencia ultraactiva; caso de que se aplicase el posterior por estar todavía en su vigencia ordinaria, si el anterior se renegocia ¿recupera éste o no su preferencia aplicativa de manera inmediata, por poder reclamarse la anterioridad temporal del que se procede a renovar?; de no recuperarla de manera inmediata, al convertirse en convenio posterior ¿pasaría a aplicarse caso de que el otro ahora más antiguo terminase en su vigencia ordinaria por nueva aplicación del art. 84.1 ET?; ¿podríamos estar en un proceso lento pero sucesivo de cambios de ámbito convencional, de aplicación sucesiva de un ámbito convencional diferente conforme decayese la vigencia ordinaria de cada ámbito?.

Todos estos interrogantes están mostrando la clara insuficiencia de la regla de la prioridad aplicativa provisional del primero en el tiempo, incluso de que la complejidad de la estructura de la negociación colectiva actual ha provocado una pérdida de capacidad resolutoria de los escenarios de concurrencia temporal de la regla del art. 84.1 ET. La coherencia del modelo de reglas de concurrencia a estos efectos no creo que deba ser construida sobre la base de pronunciamientos judiciales. A tenor de ello, todas estas incertidumbres están llamando a una intervención decidida por parte de los acuerdos interprofesionales que aborden todas estas cuestiones, incluso la, a nuestro juicio, en exceso formal, envejecida y en cierto modo artificial, de la prioridad temporal entre convenios colectivos.

Finalmente habrá de estarse atento al posible efecto sobre los procedimientos de descuelgue de convenios colectivos derivado de la supresión de la preferencia empresarial respecto de la cuantía del salario. Ha de tenerse en cuenta que, en términos cuantitativos, los procedimientos no han sido muy numerosos, entre otras razones, porque las situaciones económicas que podrían justificar el descuelgue salarial en muchas ocasiones se ha canalizado por la vía de la celebración de convenios de empresa a la baja respecto de los niveles salariales de los convenios sectoriales, especialmente en las pequeñas empresas. En la medida en que la reforma

⁵⁰ STS 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014, ECLI:ES:TS:2014:5504; 18 de mayo de 2016, rec. 100/2015.

laboral impide esta práctica de inaplicación indirecta del convenio sectorial por vía de la firma de un convenio de empresa, podría suceder que las empresas que tuviesen dificultades económicas justificadas conforme a la definición legal de los supuestos de hecho acudiesen en mayor medida a partir de ahora a los procedimientos de descuelgue convencional (art. 82.3 ET). Aunque el procedimiento de descuelgue se presenta complejo por los trámites sucesivos que han de cumplirse, sin embargo, desembocan en una posible inaplicación convencional sin necesidad de obtener el consentimiento de la representación de los trabajadores y, a partir de ahora, sería la vía contemplada legalmente para excluir la aplicación de las cuantías salariales previstas en el convenio sectorial, caso de que este resultara el aplicable conforme a lo dicho previamente.

6.3. En particular en las contrataciones de obras y servicios

La regla de preferencia del convenio de empresa en materia salarial establecida por la reforma de 2012 donde más impactó fue en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras y servicios, especialmente cuando actuaba como contratista una empresa multiservicios. Estas intentaban ofrecer a las empresas principales, antes que un mejor servicio por razón de su especialización, un servicio a costes más reducidos en la medida en que fuesen inferiores los salarios que la empresa auxiliar debería abonar a sus trabajadores. Y esta operación de abono de salarios inferiores a los trabajadores de la empresa contratista se producía por la vía de no aplicar el convenio colectivo sectorial sino el propio de empresa de dicha empresa auxiliar, que, por su carácter preferente en aplicación respecto del convenio sectorial, permitía al convenio de empresa una estrategia de reducción significativa de los salarios establecidos en este último. En los casos más clamorosos ello se realizó sin respetar el principio de correspondencia exigido para la legitimación prevista legalmente para negociar el convenio de ámbito empresarial y la no extensión de la preferencia a los convenios infraempresariales⁵¹. Sin embargo, con esta jurisprudencia sobre el principio de correspondencia no se atajaba el problema de fondo, que se mantenía subyacente en la medida en que subsistiera la preferencia del convenio empresarial en materia salarial. Aparte de ello, incluso cuando no existía convenio colectivo de empresa, se producía una discusión en torno al convenio colectivo de aplicación (sectorial de la empresa principal o de la empresa contratista); incluso, cuando se asumía el criterio del sectorial de la empresa contratista, se presentaban especiales dificultades cuando se trataba de empresas multiservicios, que desarrollaban actividades diversas incluidas en ámbitos funcionales diferentes de los convenios colectivos⁵².

⁵¹ SSTs de 20 de mayo de 2015, rec. 6/2014, ECLI:ES:TS:2015:2363; 19 de febrero de 2020, rec. 169/2018, ECLI:ES:TS:2020:761.

⁵² SSTs 22 de febrero de 2019, rec. 237/2017, ECLI:ES:TS:2019:713; 11 de junio de 2020, rec. 9/2019, ECLI:ES:TS:2020:1957.

Frente a todo lo anterior, aunque sea con una redacción compleja, la reforma intenta dar respuesta a todos estos aspectos, con vistas a corregir las distorsiones en la tutela de los trabajadores y en la competencia empresarial, así como a ofrecer reglas que proporcionen una mínima seguridad jurídica al efecto. En concreto, la exposición de motivos presenta este tipo de distorsiones inciden de manera especialmente negativa sobre ciertos grupos sociales tradicionalmente precarizados, en concreto de las mujeres en el mercado de trabajo, de modo que incluso llega a destacar que concurre una razón de fondo vinculada con el principio de no discriminación, donde resulta difícilmente defendible que dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones laborales diferentes por razón exclusivamente del objeto social o forma jurídica de la empresa contratista a la que se vinculan. En este trasfondo de diferencias de tratamiento difícilmente justificables, ha de tenerse presente que para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que no puede calificarse en sentido estricto como discriminatorios el hecho de que existan condiciones de trabajo diferenciadas por el mero hecho de que a unos de les aplique un convenio colectivo y a otro diferente, por cuanto que ello deriva de la propia estructura de la negociación colectiva, que por su propia naturaleza provoca estos efectos (STC 177/1988, de 10 de octubre). De este modo, atacar estas diferencias de tratamiento a través de las diversas técnicas jurídicas de la tutela antidiscriminatoria no podía ofrecer resultados exitosos, de modo que estaría abocado al fracaso cualquier intento de plantear una reclamación judicial por esta vía, cuando menos con la legislación precedente en materia de estructura negocial y de reglas de concurrencia convencional. Por ello, sin poder afirmarse que en clave estricta de aplicación del principio de no discriminación la situación dada fuese atacable, era precisa una intervención legal que materialmente fuese dirigida a lo que desde el punto de vista práctico sí que comportaba un resultado constatado de discriminación.

Esta intervención legislativa se lleva a cabo, en concreto, por medio de la introducción de un apartado nuevo a la regulación del régimen jurídico de las contratas y subcontratas (art. 42.6 ET), en conexión con lo establecido con carácter general para la concurrencia entre convenios (art. 84 ET) y, más ampliamente, dentro del marco igualmente general del régimen jurídico de la negociación colectiva. Los elementos más significativos de esta nueva regulación se resumen del siguiente modo.

La regulación se inserta dentro de un precepto que regula de modo genérico la descentralización productiva que se articula a través de todo tipo de contratas y subcontratas de obras y servicios. Es cierto que, en ocasiones, el precepto de referencia establece reglas de responsabilidad exclusivamente dirigidas a las que lo son de la propia actividad, pero cuando no figura una referencia explícita a este tipo de contratas la regulación no se restringe a las mismas. Frente a quienes vienen defendiendo lo contrario, en términos telegráficos indicaría los siguientes argumentos: el título del artículo del Estatuto de los Trabajadores alude de manera genérica a la subcontratación de obras y servicios y no específicamente a las de la

propia actividad; resulta razonable aplicar el principio general de que donde la ley no distingue no procede establecer diferencia alguna; tiene fundamento suficiente que se establezca un ámbito de incidencia diferenciado para el régimen jurídico de responsabilidades (art. 42. 1 y 2 ET) y para lo que afecta a los aspectos de información a los trabajadores así como de carácter colectivo sean de representación o de negociación (art. 42.3 a 8 ET); los problemas de distorsiones y abusos derivados de las reglas precedente de determinación del convenio colectivo aplicable se presentaban en relación con todas las contrata, en particular en relación con todas las empresas multiservicios, con independencia de que lo fuesen o no de la propia actividad; la norma de referencia análoga para las contrata para las Administración Pública y entidades del sector público estable una regla en paralelo en la que tampoco se establece diferencia entre contrata y subcontrata de la propia actividad; carece de sentido no establecer una regla específica para las contrata que no son de la propia actividad, con riesgos de seguridad jurídica en esos casos; de no aplicarse el nuevo apartado introducido por la reforma de 2021 en este punto se mantendría en todo caso la ausencia de preferencia aplicativa del convenio empresarial por lo que afecta a la cuantía salarial, mientras que la determinación como convenio de referencia básico en el que sea objeto de la contrata derivaría de la jurisprudencia establecida con precedencia ya citada que viene a ofrecer solución similar a la prevista en la nueva regulación estatutaria. Por tanto, en este caso, comoquiera que el apartado no lo refiere específicamente a las de la propia actividad, ha de interpretarse que la regla rige para todo tipo de contrata y subcontrata.

Esta regla, sin embargo, no altera ni deroga la regla particular establecida para las contrata que se desarrollan en el marco de la contratación pública, pues en este caso resulta de aplicación lo previsto en la legislación específica, que prevalece como normativa especial frente a la general del Estatuto de los Trabajadores⁵³. Si bien es cierto que la nueva normativa manifiesta una clara convergencia con lo incorporado en 2017 para la contratación pública, y así lo destaca la exposición de motivos de la reforma de 2021, las redacciones no son idénticas y se percibe algún matiz diferencial, lo que justifica esa llamada a la presencia de algunas diferencias que sucesivamente señalaremos.

Del mismo modo, la regla que se establece se encuentra en línea con lo previsto con carácter general para la concurrencia entre convenios colectivos y, en particular, para la concurrencia entre el convenio sectorial y el de empresa, si bien de nuevo aparecen algunos matices dignos de señalar.

El elemento singular de partida, como especialidad para estos supuestos, es que a la contrata se le ha de aplicar el convenio sectorial “de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”. Ello se comprende mejor por la vía de precisar, *a sensu contrario*, la exclusión de dos opciones alternativas.

⁵³ Art. 122.2 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, BOE 9 de noviembre.

Primero, no resulta de aplicación el convenio colectivo que le resulte de aplicación a la empresa principal, pues ésta puede tener una actividad diversa de la que es objeto de externalización a la empresa contratista; eso sí, en aquellos casos en los que haya coincidencia de actividades, porque sea la misma la de la empresa principal y la de la actividad objeto de descentralización, se dará la circunstancia de que sí será de aplicación el convenio sectorial de la empresa principal, pero no por ser el que se aplica a la misma sino por coincidir con la actividad objeto de contratación. Lo que en ningún caso sería de aplicación es el convenio colectivo de empresa de la principal, por cuanto que la norma se remite expresamente al convenio sectorial.

Segundo, no se establece la aplicación del convenio correspondiente a la empresa contratista por razón de su actividad, sino en concreto al que es objeto de “la actividad desarrollada en la contrata”. Es cierto que lo uno y lo otro puede resultar coincidente, pero no siempre es así y, por ello, el matiz es importante en algunos casos. Ello se contempla pensando sobre todo en las empresas multiservicios, que pueden tener una pluralidad de contrata, asumiendo la ejecución de actividades diferenciadas. Con ello, se viene a rechazar expresamente el juego del principio de aplicación del convenio colectivo sectorial de la actividad preferente o mayoritaria de la empresa contratista, pues el texto se decanta por la aplicación de una pluralidad de convenios en las empresas multiservicios, uno diferente en atención a la actividad objeto de cada contrata y los trabajadores afectos a cada una de ellas. Puede quedar un resto de incertidumbre respecto de aquellas empresas auxiliares que celebren una contrata por medio de la cual se comprometen a prestar un amplio abanico de servicios, de modo que no sólo se trata de una empresa multiservicios, sino que también nos encontramos ante una contrata “multiservicios”. A nuestro juicio, a pesar de que la redacción del precepto en su literalidad lleva a la aplicación de un solo convenio por cada contrata, no debe aplicarse tampoco en este caso el principio de la actividad principal de cada contrata, sino conforme a una interpretación teleológica del precepto a la aplicación del convenio sectorial correspondiente a cada servicio contratado. Finalmente, ese desgajamiento entre la actividad de la empresa contratista y la actividad objeto de la contrata incide también en el personal que, por entendernos podríamos denominar de “estructura” de la contrata, es decir, el personal administrativo de la empresa contratista no afecto a la ejecución de ninguna concreta contrata; en estos casos, para dicho personal de “estructura” ha de analizarse cuál es el objeto de la actividad de la contratista a los efectos de determinar el convenio colectivo que le ha de resultar de aplicación.

Por otra parte, con una expresión algo confusa, la redacción contempla un criterio de aplicación convencional alternativo al anterior. En concreto, el precepto excluye la aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata cuando exista otro convenio sectorial aplicable conforme a las reglas generales establecidas en el título tercero. La redacción es bastante confusa por

cuanto que el Estatuto de los Trabajadores no establece reglas propias de cuál es el convenio aplicable, pues esta es una tarea que encomienda a los propios negociadores, cuando expresamente contempla que son los convenios quienes deberán establecer el ámbito de aplicación de los mismos (art. 83.1 ET). Podría ello interpretarse como que el precepto deja como salvedad la posibilidad de que vía el último de los preceptos mencionados las partes acordasen que fuese otro el convenio colectivo de aplicación, de modo que la regla anterior que hemos comentado (art. 42.6 ET) sería subsidiaria, pues cedería frente a otra prevista por los propios negociadores. En todo caso, de manera expresa el propio Real Decreto-ley excluye la regla general de aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata para los supuestos de contratas y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo⁵⁴; precisamente se trata de un supuesto para el que existe un convenio colectivo propio, de modo que se convierte en un caso expreso de exclusión para propiciar la aplicación de este convenio propio⁵⁵.

Eso sí, más allá de este supuesto expreso de remisión a otro convenio sectorial propio, la interpretación de esta alternativa resulta menos clara. Tres posibilidades se podrían proyectar al efecto. La primera consistiría en que la regla puede ser importante en aquellos supuestos en los que nos enfrentemos a ámbitos funcionales complejos, de modo que existiendo sectores y subsectores ello quede reflejado en una especial fragmentación de la estructura de la negociación colectiva. La segunda puede materializarse en la hipótesis de las empresas multiservicios, en el caso de que éstas optasen por la celebración de un convenio colectivo sectorial para el conjunto de este tipo de empresa, a pesar de que no conformen un sector como tal, pero lo pudieran hacer a semejanza del actual convenio sectorial para las empresas de trabajo temporal; de verificarse esta hipótesis habría que analizar hasta qué punto el contenido de este convenio sectorial multiservicios se negocia con la pretensión de establecer cuantías salariales inferiores a las propias del convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata, llegando a detectarse con ello una práctica en fraude de ley y, con la misma, una práctica antisindical. La tercera de las posibilidades, en la que probablemente estaban pensando las organizaciones sindicales, seguramente como interesados en esta regla adicional, es que vía negociación colectiva se establezca la aplicación del convenio aplicable a la empresa principal y no a lo que es objeto de descentralización productiva. Dejaría pues el precepto abierta la posibilidad de que así se pudiera establecer en los correspondientes convenios colectivos. Incluso la apelación por parte de la exposición de motivos a que la norma pretende evitar un tratamiento discriminatorio indirecto por vía de las contratas, podría tener una doble lectura

⁵⁴ Disp. adic. 27 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a la redacción dada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

⁵⁵ XV Convenio Colectivo General de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, título IV art. 94 ss (BOE 4 de julio de 2019).

de asimilar las condiciones de trabajo de las personas afectas a una contrata al convenio del sector de su actividad, pero también a los trabajadores que realizan idénticas actividades contratadas directamente por la empresa principal. Eso sí, en la hipótesis de que el convenio aplicable a la empresa principal, al determinar su ámbito de aplicación, incluyese a los trabajadores de las empresas contratistas de la misma, como la propia norma indica debería exigirse que fuese posible establecer ese ámbito de aplicación conforme a lo dispuesto en el título III del Estatuto de los Trabajadores; y, entre los requisitos de lo dispuesto en ese título está el de que se cumplan las reglas de legitimación negocial, que implican, entre otras cosas, el respeto del principio de correspondencia negocial. Dicho en lo concreto, esta operación de aplicación del convenio de la empresa principal sólo sería posible en la medida en que la representación de empresarios y trabajadores presentes en la correspondiente comisión negociadora ostentasen legitimación para representar a las empresas contratistas y a los trabajadores de la misma.

Adicionalmente la precedente regla de aplicación del convenio sectorial viene matizada para el supuesto de que la empresa contratista tenga convenio propio, en cuyo caso se produce una importante convergencia con la regulación general en materia de concurrencia convencional y, en particular, con lo analizado en el apartado precedente relativo a la supresión de la preferencia aplicativa del convenio empresarial en materia de cuantía retributiva, pero manteniendo la preferencia empresarial para las otras materias.

En este punto, la norma específica sobre convenio aplicable a las contratas se remite en su totalidad a la regla general, de modo que cuanto indicamos en el apartado precedente es de plena aplicación al ámbito de las contratas y subcontratas. Es aquí donde se observan los pequeños matices respecto de la regulación especial para las contratas resultado de la contratación pública, que, resumidamente, se concretan en cuatro aspectos. Primero, en las contratas públicas se otorga directa preferencia aplicativa al convenio sectorial, sin que entre en juego el principio “prior in tempore” del artículo 84.1 ET. Segundo, en las contratas del sector público se aplican en todo caso como indisponibles las condiciones salariales del convenio de sector, sin que sea posible que vía acuerdos interprofesionales se proceda a otorgar preferencia al convenio de empresa en materia salarial. Tercero, la regla alternativa de aplicación de otro convenio diverso del correspondiente a la actividad contratada no puede establecerse en el ámbito de las contrataciones públicas, de modo que no cabe pactar la aplicación del convenio aplicable al personal al servicio de la entidad pública que actúa como empresa principal. Cuarto, la aplicación del convenio del sector es más amplia, referida a las “condiciones salariales” y no sólo a su cuantía, de modo que para ellas no rigen las preferencias establecidas a favor del convenio empresarial respecto de aspecto no cuantitativos del salario, como puede ser lo relativo al abono o compensación de las horas extraordinarias y retribución específica del trabajo nocturno (art. 84.2 b ET).

6.4. La ultraactividad del convenio colectivo

La modificación de la reforma de 2012 en materia de ultraactividad del convenio colectivo, una vez denunciado éste por las partes, ha sido una de las cuestiones más controvertidas desde que se introdujo. Si bien dicha modificación fue progresivamente corregida en muchos ámbitos negociales, por cuanto que, tratándose de una regla subsidiaria, permitió que un elevado porcentaje de convenios colectivos recuperase la ultraactividad indefinida, ello no ha sido universal y dejaba abiertas dosis elevadas de incertidumbre.

Por ello, introduciendo la reforma un cambio técnicamente bastante simple, en la práctica presenta un elevado impacto en términos de las posiciones de capacidad de negociación de las partes a la hora de la renovación del convenio colectivo precedente. De este modo, con la última reforma sustancialmente se retorna al régimen precedente de ultraactividad indefinida, eso sí, como regla subsidiaria y, por tanto, con posible alteración por parte de los negociadores⁵⁶. En todo caso, se trata de una regla subsidiaria que, en el contexto de nuestro sistema negocial, se convierte en la generalizada y probablemente sólo en casos muy singulares vendrá alterada por parte de concretos convenios colectivos.

Por lo demás, aunque sea en un segundo nivel de importancia, la redacción completa del precepto estatutario ni vuelve por completo a la redacción precedente a la reforma de 2012 ni siquiera retorna por completo a la versión precedente a la reforma de 2011. En términos de aproximación se puede decir que se tiende a recuperar el régimen precedente a 2011, en concreto por lo que refiere a la pervivencia del fomento de los procedimientos de solución autónoma de conflictos que se introdujeron con la reforma de 2011.

En concreto, sin desmerecer la recuperación de la ultraactividad indefinida, se establece que, transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio, las partes deberán someterse a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes. Esta regla aconseja proceder a adaptar el conjunto de los acuerdos interprofesionales para introducir el carácter obligatorio de esta mediación en estos supuestos. No obstante, comoquiera que en esta materia rige el principio de jerarquía normativa y la reforma legal se establece como de inmediata entrada en vigor sin exigencia de implementación negocial, ha de entenderse que esta regla de la obligatoriedad de la mediación al cabo del año de ultraactividad se encuentra en vigor con independencia de lo que establezcan los acuerdos autónomos de resolución de conflictos.

⁵⁶ Sobre el particular, cfr. el artículo en el presente número monográfico de la Revista de C. Molina Navarrete, Retorno a la ultraactividad indefinida: ¿cambio que bien merece una reforma o valor simbólico?.

Por lo demás, debe indicarse que se trata de una obligatoriedad bastante relativizada y, por tanto, con alcance muy escaso. De una parte, no puede entenderse que el procedimiento de mediación se ponga en marcha de manera automática al cumplimiento del año, pues el mecanismo de mediación siempre requerirá que algún representante bien de los trabajadores o bien de los empresarios lo inicie y, por tanto, lo exija a través de los correspondientes procedimientos de solución autónoma; si bien, al propio tiempo, estos procedimientos autónomos de manera generalizada convierten en obligatoria la mediación cuando una de las partes así lo solicita. De otra parte, caso de que ninguna de las partes incite el procedimiento de mediación y, por tanto, éste no se tramite, ninguna consecuencia práctica se derivará de ello, pues todo se mantendrá igual: el convenio ya en situación de ultraactividad lo seguirá estando en los mismos términos. Ni siquiera el plazo de un año es el que abre la vía de la mediación, de modo que el panorama es prácticamente igual antes o después del transcurso del año. Dicho de otro modo, la nueva regla de la mediación obligatoria transcurrido un año, no impide que voluntariamente las partes se sometan a los procedimientos de mediación establecidos en los acuerdos interprofesionales antes del año de ultraactividad. Los acuerdos autónomos de resolución de conflictos así lo contemplan de manera generalizada en estos momentos y, como tales, no han sido objeto de modificación por la reforma de 2021.

Asimismo, se establece en el Real Decreto-ley que, siempre que exista pacto expreso, previo o coetáneo, las partes se someterán a los procedimientos de arbitraje regulados por dichos acuerdos interprofesionales, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos legalmente. En realidad, este pasaje legal resulta de todo punto inocuo e irrelevante en términos técnico-jurídicos. En efecto, en este punto nada añade la norma, por cuanto que ello ya era posible con anterioridad, conforme a lo previsto en los vigentes acuerdos autónomos y estatal de resolución de conflictos. Por ello, la reforma en este punto no añade nada, ni en sentido ampliatorio ni en sentido restrictivo de lo que ya estaba presente en nuestro sistema arbitral. Dicho de otro modo, constituye tan sólo un recordatorio por parte del legislador de que existe tal posibilidad y, con ello, de manera suave está fomentado a la utilización de los procedimientos arbitrales en estos casos.

6.5. Las remisiones a los contenidos de los convenios colectivos

Aspecto que suele pasar bastante inadvertido es el relativo al juego de espacios entre la norma estatal y la negociación colectiva. Ello se debe a que, de un lado, esa intervención normativa se produce de manera dispersa al hilo de la regulación de cada materia, especialmente de carácter individual y, de otra parte, a que se suelen colocar como centro de atención los asuntos tratados en apartados precedentes. A

pesar de ello, los contenidos de posible intervención por la negociación colectiva son clave, porque al final determinan la capacidad de protagonismo material de la negociación colectiva. En particular, en esta reforma se aprecian novedades de cierta importancia que conviene resaltar, incluso se presentan no pocas dificultades interpretativas del alcance de ciertas remisiones o ausencia de las mismas a favor de la negociación colectiva; incluso, cuando estas se efectúan, la valoración de la opción de realizarla a favor de un concreto ámbito de negociación.

En líneas generales, al ser fruto de un acuerdo social y de la especial predisposición hacia ello por parte del Gobierno, frente actitudes del pasado, esta reforma refuerza el protagonismo de la negociación colectiva a través de un elevado número de remisiones al objeto de que los convenios colectivos puedan desarrollar su habitual labor de desarrollo y adaptación de las genéricas previsiones legales a las peculiaridades sectoriales y empresariales⁵⁷.

Eso sí, sin abandonar esa política general orientada hacia el enriquecimiento de los contenidos de los convenios colectivos, en esta ocasión también, por vía indirecta, se percibe una restricción de la intervención de la negociación colectiva en concretas materias. Se trata de restricciones derivadas bien de una decidida voluntad del legislador de que una concreta materia sea abordada directamente desde la ley, o bien porque la experiencia ha demostrado una falta de respuesta de la negociación colectiva o una actitud de mayor precariedad de las fórmulas contractuales. Son aspectos que se advierten en negativo de la lectura de las medidas contenidas en la norma reformadora, circunstancia que hace especialmente oportuno destacarlas, porque pueden no detectarse en la medida en que la redacción lo que contiene es una ausencia de mención a la intervención sucesiva por parte de la negociación colectiva.

En este orden lo primero a resaltar es la regulación contenida en la norma sobre el encadenamiento de contratos en el mismo puesto de trabajo asumido sucesivamente por diversos trabajadores. Desde hace bastantes años el legislador había encomendado esta tarea a los convenios colectivos, si bien se cambia de criterio a la vista de la respuesta muy pobre por parte de la negociación colectiva, donde ha sido muy reducido el porcentaje de convenios que han asumido esta remisión por parte del legislador. Teniendo en cuenta la muy escasa respuesta de los convenios colectivos, la respuesta del legislador no es otra que la de reclamar para sí la regulación de esta forma de encadenamiento que se mantenía como una materia pendiente de transposición de la Directiva sobre contratos de duración determinada. El resultado final ha sido que ha resultado fallido el primer ensayo, por muy limitado que fuese, de encomienda entre nosotros de transposición de una Directiva a través de la negociación colectiva. Se trataba de un hueco importante

⁵⁷ Sobre el particular, cfr. el artículo en el presente número monográfico de la Revista de M. A. Almendros González, Las remisiones a la negociación colectiva por parte de la reforma laboral.

de evitación de estrategias de elusión de la necesaria causalidad en la contratación temporal, que se cubre con la acción de la norma estatal, a través de una regla autosuficiente, que no precisa para su plena aplicación de la sucesiva intervención por parte de la negociación colectiva. Más aún, de principio, esta regla legal procede de manera implícita a derogar cuantas cláusulas convencionales pudieran estar presentes en los convenios colectivos que pudieran contradecir lo previsto en la norma estatal. Ello, en todo caso, no significa que, por propia esencia, todas las reglas convencionales en esta materia a partir de ahora se deban considerar contrarias a lo previsto legalmente, por cuanto que nada impide que vía negociación colectiva se puedan establecer reglas más ambiciosas de conversión en por tiempo indefinidos de este tipo de contratos, lo que no podría interpretarse como opuesto a la previsión legal.

El segundo de los ejemplos de asunción de la materia por parte de la ley se encuentra en la nueva regulación del contrato de trabajo adscrito a obras en el sector de la construcción, que sustituye al regulado por el convenio estatal a través del denominado como “fijo de obra”. En estos términos, el legislador, sin desmerecer de lo que hacía la negociación colectiva en este terreno, procede a efectuar una intervención más directa sobre la materia, lo que provoca que se entienda como derogado ese contrato “fijo de obra”, por mucho que no se haya derogado expresamente la remisión legal al convenio colectivo en esta materia (disp. adic. 3ª ET); la derogación se produce de manera implícita al modificarse la norma que regulaba el “fijo de obra”⁵⁸, en tanto que la no derogación de la previsión del Estatuto de los Trabajadores se debe exclusivamente al período de transición en la entrada en vigor del nuevo régimen de contratación laboral, que permite mantener como vigentes a todos los contratos fijos de obra que se celebren hasta el final del primer trimestre de 2022. En todo caso, lo importante es que en esta materia también se utiliza una técnica de regulación directa de la norma legal, que impide por la vía práctica la sucesiva actuación en este campo por parte de la negociación colectiva. Ello, de nuevo, requiere advertir que siempre sería posible que la negociación colectiva pueda desarrollar algún papel de complemento a la regulación legal; incluso ello se prevé de manera expresa respecto de algún aspecto concreto, como es el relativo a los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuados en cada caso, que se atribuye en exclusiva al convenio sectorial estatal⁵⁹.

En otras ocasiones la normativa, sin dejar de contemplar una autorización o remisión a la negociación colectiva, viene a establecer un régimen más limitativo respecto del precedente, por entender que deben prevalecer intereses generales, o bien porque se desea evitar que la negociación colectiva produzca efectos

⁵⁸ Disp. adic. 3ª Ley 32/2006.

⁵⁹ Disp. adic. 3ª Ley 32/2006.

distorsionadores respecto de lo que constituyen los objetivos de la reforma. En este orden de consideraciones, aunque se encuentre en otra norma aprobada en paralelo, se encuentra la nueva regulación de las cláusulas en los convenios colectivos en materia de jubilación obligatoria⁶⁰. La propia ubicación de la norma, en una disposición dirigida a la reforma del sistema de Seguridad Social, orienta perfectamente la finalidad de la nueva regulación de las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva. En efecto, el reforzamiento de las políticas dirigidas al fomento de la prolongación de la vida activa para retrasar el momento de acceso a la percepción de la pensión de jubilación, se encuentra claramente en la elevación de la edad de jubilación forzosa vía convenio colectivo y de los mayores requisitos exigidos a tal efecto. También para estas cláusulas se contempla una regulación transitoria que mantiene vigentes durante un plazo prolongado lo pactado en los convenios vigentes con anterioridad (disp. trans. 9ª).

En una línea similar se encuentran las menores remisiones o de carácter menos permisivas a la negociación colectiva en materia de contratación temporal. En esta materia, la experiencia ha sido la de que los convenios colectivos han tendido a establecer regímenes mucho más permisivos de la contratación temporal, de modo que han acentuado las posibilidades de mantenimiento de nuestras altas tasas de temporalidad. A la vista de ello, la reforma, sin dejar de otorgarle un papel importante a los convenios colectivos en materia de contratación temporal, sin embargo, han intentado poner coto a las prácticas precedentes y permitir en casos muy puntuales la ampliación de las duraciones máximas de la contratación temporal y en clave de una ampliación siempre limitada.

A pesar de todos los condicionantes antes referidos, ha de señalarse también que el número de remisiones a la negociación colectiva en la reforma laboral de 2021 es muy abundante y un simple listado de las mismas muestra la trascendencia que se le otorga al convenio colectivo como instrumento de implementación de la negociación colectiva respecto de la regulación contenida en la norma estatal. En una rápida enumeración de las materias para las que se prevé una remisión a la negociación colectiva, cabe identificar hasta un total de 16 remisiones⁶¹, aparte de la ya mencionada sobre cláusulas de jubilación obligatoria.

De todas las previsiones precedentes, la que, a mi juicio, presenta mayores dudas es la última de ellas, especialmente contemplada en el marco de lo

⁶⁰ Disp. adic. 10ª ET, conforme a la redacción dada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, BOE 29 de diciembre. Sobre el particular, cfr. el artículo en el presente número monográfico de la Revista de J. A. Maldonado Molina, Las cláusulas de jubilación forzosa tras la Ley 21/2021.

⁶¹ Retribución del contrato formativo en alternancia (art. 11.2.m ET), duración del contrato formativo en prácticas (art. 11.3.c ET) y del período de prueba de este contrato (art. 11.3.e ET), retribución del contrato formativo en prácticas (art. 11.3.i ET), determinación de puestos y actividades a desarrollar por medio de contratos formativos (art. 11.4.e ET), fijación de criterios de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los contratos formativos (art. 11.6 ET); ampliación

previsto en la Directiva sobre el trabajo a tiempo parcial⁶². A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que el apartado 1 de la cláusula 5 de este Acuerdo establece que tanto los Estados miembros como los interlocutores sociales deben eliminar los obstáculos que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial. Desde esta perspectiva ha de interpretarse que exigir que para celebrar un contrato fijo-discontinuo a tiempo parcial es necesario que ello venga permitido por los correspondientes convenios sectoriales, constituye sin la menor duda un obstáculo de los referidos por la Directiva, que debe eliminarse. En definitiva, o bien se entiende que esta previsión no transpone debidamente la Directiva sobre trabajo a tiempo parcial, o bien obliga a ser interpretada en el sentido de que la ausencia de este acuerdo en el convenio sectorial de aplicación no puede impedir la celebración de un contrato fijo discontinuo a tiempo parcial.

Al margen de las expresas remisiones legales por parte de la reforma a los convenios colectivos, no está de más recordar una vez más que ello no debe conducir al equívoco de pensar que los convenios colectivos sólo pueden intervenir allí donde expresamente se establezca una expresa remisión de las mencionadas. Debe tenerse muy presente que la genérica habilitación legal a que los convenios regulen cuantas materias estimen oportuna, siempre dentro del respeto a las normas imperativas legales, da pie a una intensa y rica actuación sucesiva, complementaria e innovativa, por parte de los convenios colectivos. Dicho de otro modo, a semejanza de lo que se establece con carácter general para la contratación privada, vía convenio colectivo se puede pactar todo aquello que las partes deseen en el ámbito de la regulación de las relaciones laborales, siempre que ello no sea contrario a la ley, la moral o el orden público.

de la duración máxima del contrato temporal ordinario por razones de producción (art. 15.2 ET), planes de reducción de la temporalidad (art. 15.8 ET), acceso efectivo de los trabajadores temporales en el sistema de formación profesional para el empleo (art. 15.8 ET); establecimiento de los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos (art. 16.3 ET), determinación del plazo máximo de inactividad entre contratos de obra y servicio cuando su celebración justifique un contrato fijo-discontinuo (art. 16.4 ET), establecimiento de una bolsa sectorial de empleo en la que se podrán integrar los fijos discontinuos durante los periodos de inactividad, con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua (art. 16.5 ET), acuerdo a través de los convenios sectoriales de la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos discontinuos (art. 16.5 ET); período mínimo de llamamiento e indemnización por fin de llamamiento (art. 16.5. ET); requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuados en cada caso para los trabajadores adscritos a obras en el sector de la construcción, que se atribuye en exclusiva al convenio sectorial estatal (disp. adic. 3ª Ley 32/2006); garantía de empleo de los trabajadores contratados como fijos discontinuos por parte de las empresas de trabajo temporal (art. 10.3 Ley de empresas de trabajo temporal).

⁶² Directiva 97/81, de 15 de diciembre, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

Por último, indicar que a través de estas remisiones se produce por vía indirecta una intervención sobre la estructura de la negociación colectiva y, en ocasiones, específicas reglas de concurrencia convencional, que juegan como normativa especial frente a la general. Se trata de una técnica bastante habitual, especialmente cuando las reformas son resultado de la concertación social y que en muchas ocasiones pasan inadvertidas. En efecto, en esas remisiones podemos encontrar las siguientes variantes: uno, remisión indiferenciada a la negociación colectiva, sin precisa identificación de ámbitos negociales; dos, remisión genérica a los convenios sectoriales, con implícita exclusión de los empresariales; tres, remisión específicas a los sectoriales estatales o autonómicos y, en su defecto, a los sectoriales inferiores, también con implícita exclusión de los empresariales; cuatro, remisión exclusiva al convenio sectorial estatal; quinta, remisión a los convenios sectoriales y, en su defecto, a los de ámbito empresarial. En este último caso la remisión en su defecto es confusa exclusivamente al “acuerdo de empresa”, lo que en clave de interpretación institucional no puede interpretarse como excluyente de que ello se pueda pactar a través del convenio colectivo de empresa.

6.6. La oportunidad de un nuevo Acuerdo Interconfederal

Tal como se puede fácilmente deducir del análisis hasta ahora realizado de la reforma en materia de negociación colectiva, las nuevas reglas introducidas por la misma es posible aplicarlas de manera directa y automática, sin necesidad de intervención de la negociación colectiva. En algunos casos, ya lo hemos apuntado, puede ser oportuno llevar a cabo algún tipo de adaptación del clausulado de los convenios colectivos a los efectos de acompañarlo a lo previsto en algunos aspectos, tanto en lo que afecta al marco jurídico general de la negociación colectiva como al nuevo régimen de las diversas modalidades de contratación. En otros casos, como se observa, puede aprovecharse la ocasión para atender a las diversas remisiones que la norma reformadora efectúa a la negociación colectiva, especialmente en materia de contratación. Especial importancia puede tener la adaptación de las cláusulas de los convenios colectivos en materia de jubilación forzosa, dado que cambian los requisitos exigidos a las mismas, si bien a tenor de lo que se ha dicho para muchos convenios no hay prisas en hacerlo a la vista del mantenimiento durante tres años de las cláusulas precedentes conforme a lo previsto en la correspondiente disposición transitoria. En todo caso, dejando al margen lo relativo a algunos aspectos de las cláusulas de jubilación obligatoria, ninguna de las modificaciones requiere necesariamente del complemento de la negociación colectiva, por cuanto que la regulación legal en los diversos aspectos en los que interviene resulta autosuficiente y no se provoca, por ello, ningún tipo de laguna jurídica por el hecho de que no haya regulación complementaria o alternativa por parte de los convenios colectivos.

En todo caso, en el nuevo escenario derivado de la reforma y, más ampliamente, en el actual marco económico, social y jurídico en el que nos movemos, sí que parece conveniente abordar la posibilidad de alcanzar un nuevo Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva. Así lo aconseja ante todo la virtualidad tan positiva que han tenido los precedentes Acuerdos, especialmente como instrumento de diseño general de la política de rentas y, más ampliamente, de instrumento para marcar pautas de actuación para el conjunto de las comisiones negociadoras.

Ante todo, debe recordarse que el último Acuerdo, pactado con una vigencia de tres años, concluyó su vigencia a finales de 2020⁶³. De este modo, en este momento los negociadores de los diferentes convenios carecen de un instrumento de orientación general, que marque las pautas, sea de incrementos retributivos como de política negocial general. La conveniencia de afrontar este Acuerdo Interconfederal no deriva exclusivamente de una práctica bastante extendida desde hace bastantes años de tener este tipo de criterios orientativos generales acordados desde la cúspide de las respectivas organizaciones sindicales y empresariales más representativas, sino por el nuevo escenario en el que nos encontramos, que requiere de un nuevo diseño de la política de rentas. Baste con señalar al efecto, entre otros, hechos tan relevantes como son el impacto de la subida del salario mínimo interprofesional sobre los niveles inferiores de las tablas salariales, el cambio en la tendencia hacia un incremento de la inflación en cuantía a la que no estamos habituados y que no es fácil diagnosticar si se trata de un fenómeno muy limitado en el tiempo o que va a mantenerse durante un período más prolongado del deseable, los propios cambios normativos en materia de negociación colectiva que abren paso a nuevas estrategias por sus protagonistas.

Por lo demás, a lo largo de este comentario se han apuntado algunos aspectos no resueltos por las reglas de concurrencia legales, que podría ser atendidas a través de los acuerdos interprofesionales; baste con remitirnos a lo que indicamos respecto de las múltiples incertidumbres que presenta la aplicación práctica de la regla de la prioridad aplicativa del convenio más antiguo (art. 84.1 ET), incluso su falta de adaptación al complejo ámbito en el que nos movemos. Finalmente, no está de más anticipar el asunto pendiente de resolver relativo a la prevalencia aplicativa de los convenios autonómicos, en términos tales que haya o no reforma futura de la regulación actual, algún tipo de adaptación de nuestra estructura de la negociación colectiva habrá que acometer desde el diseño propio de los interlocutores sociales. Incluso conviene tener presente que los cambios tecnológicos y organizativos en las empresas están provocando una cierto desfase y antigüedad de la definición convencional de los ámbitos funcionales de los diferentes convenios colectivos, incluso problemas de colisión entre convenios de ámbitos funcionales próximos,

⁶³ IV Acuerdo de 5 de julio de 2018, BOE 18 de julio de 2018.

incluso de emergencia de nuevas empresas que se sitúen en territorios novedosos no incluidos con claridad en los clásicos ámbitos funcionales de los diferentes convenios colectivos; se trata de asuntos de no fácil respuesta a través de los actuales criterios legales de concurrencia, bien que la aplicación de los actuales no ofrece una respuesta razonable a los problemas que se plantean al efecto. En estos términos, puede resultar muy útil aprovechar la elaboración de un nuevo Acuerdo Interconfederal para marcar pautas también en una configuración más moderna y actualizada a los tiempos actuales de nuestra estructura negocial.

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS TRAS EL RDL 32/2021: la centralidad estructural y finalista de la formación

EVA GARRIDO PÉREZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras clave: Contrato de trabajo, aprendizaje, formación, reforma laboral 2021

El artículo 11 ET se presenta ahora bajo un título en singular, *contrato formativo*, a modo de un único contrato, pero con dos posibles objetos, que en definitiva dan forma a dos modalidades con su propia denominación y régimen jurídico diferenciado, más allá de ciertas normas comunes que el propio precepto se ocupa de resaltar. De hecho, de las tres modalidades que se configuraban en el anterior art.11 ET, esto es, el contrato en prácticas, el contrato para la formación y el aprendizaje, y el contrato para la formación dual universitaria, el nuevo precepto efectúa una reorientación combinada de las dos últimas modalidades, y mantiene casi en lo sustancial aquella otra de prácticas. En consecuencia, no se observa con claridad el efecto de singularizar lo que en realidad es una dualidad contractual que ciertamente puede acogerse bajo una genérica orientación finalista, cual es la de mejorar las opciones de incorporación de los jóvenes en el mercado de trabajo.

ABSTRACT

Key words: Employment contract, apprenticeship, training, labour reform 2021

Article 11 ET is now presented under a singular title, training contract, as a single contract, but with two possible objects, which ultimately give shape to two modalities with their own name and differentiated legal regime, beyond certain common rules that the precept itself is responsible for highlighting. In fact, of the three modalities that were configured in the previous art.11 ET, that is, the internship contract, the contract for training and learning, and the contract for dual university education, the new precept makes a combined reorientation of the last two modalities, and maintains almost in substance that other of practices. Consequently, the effect of singling out what is really a contractual duality that can certainly be accepted under a generic finalist orientation, which is to improve the options of incorporation of young people into the labour market, is not clearly observed.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LAS BASES DE UN CAMBIO DE MODELO
2. CONTRATO DE FORMACIÓN EN ALTERNANCIA
 - 2.1. Identificación *in terminis*
 - 2.2. Los sujetos del contrato
 - 2.3. Adecuación entre el trabajo desarrollado y el proceso formativo en curso. La esencialidad de los convenios de colaboración y de los planes individualizados de formación
 - 2.4. Duración del contrato: Discontinuidad y pluralidad contractual
 - 2.5. Condiciones laborales básicas del contrato
3. CONTRATO PARA LA PRÁCTICA PROFESIONAL
4. DISPOSICIONES COMUNES
 - 4.1. Menciones comunes sobre aspectos sustanciales de los contratos formativos
 - 4.2. Remisiones y llamadas a actuaciones complementarias en el régimen de los contratos formativos
5. APUNTES FINALES
 - 5.1. Sobre las peculiaridades de cotización en estos contratos
 - 5.2. Sobre vigencia, derogaciones normativas y desarrollo reglamentario

1. INTRODUCCIÓN: LAS BASES DE UN CAMBIO DE MODELO

Tras varios meses de seguimiento al proceso negociador de la denominada reforma laboral, podría sorprender el importante calado de la modificación operada sobre los contratos contemplados en el artículo 11 del ET, pues no estaba entre los temas que concentraban el mayor foco de atención de los negociadores y de los analistas, aun cuando lógicamente se situaba dentro del contexto de reforma de los contratos y de contención de la excesiva temporalidad característica de mercado laboral español. Este último aspecto, abordar la alta tasa de temporalidad, parecía quedar ajeno a unos contratos cuya naturaleza intrínseca es esencialmente temporal y cuyos problemas operativos y de posible exceso o abuso no venían estrictamente por su temporalidad sino por la eventual bolsa de precariedad asociada al recurso de mano de obra juvenil. También es cierto que después de la modificación del art.11 por obra de la LPGE'21 para incorporar una opción de contrato de formación dual en el ámbito universitario, siguiendo la estela de la proyectada nueva Ley de Formación Profesional, se esperaba una mayor precisión o anotación complementaria en este precepto. Aquello que no se esperaba era una modificación en profundidad en la ordenación de los contratos formativos, y de manera más notoria en la modalidad de alternancia formación-trabajo que aquella otra de prácticas, y que va más allá del objetivo expresado en la exposición de motivos del RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de “establecer una regulación eficaz de los contratos formativos que proporcione un marco idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado de trabajo”.

El artículo 11 ET se presenta ahora bajo un título en singular, *contrato formativo*, a modo de un único contrato, pero con dos posibles objetos, que en definitiva dan forma a dos modalidades con su propia denominación y régimen jurídico diferenciado, más allá de ciertas normas comunes que el propio precepto se ocupa de resaltar. De hecho, de las tres modalidades que se configuraban en el anterior art.11 ET, esto es, el contrato en prácticas, el contrato para la formación y el aprendizaje, y el contrato para la formación dual universitaria, el nuevo precepto efectúa una reorientación combinada de las dos últimas modalidades, y mantiene casi en lo sustancial aquella otra de prácticas. En consecuencia, no se observa con claridad el efecto de singularizar lo que en realidad es una dualidad contractual que ciertamente puede acogerse bajo una genérica orientación finalista, cual es la de mejorar las opciones de incorporación de los jóvenes en el mercado de trabajo.

De hecho, el precepto mantiene la opción metodológica de dedicar sendos apartados a cada una de las dos modalidades formativas que ordena, con la sutil variación de que el primer apartado se dedica al contrato de formación en alternancia (y no al de adquisición de prácticas como en el texto anterior) casi insinuando una especial relevancia de la modalidad de alternancia sobre el de prácticas. Sugerencia que encuentra incluso la evidencia material en la circunstancia de que la mayor concentración reformista se sitúa en dicha modalidad, dejando por el contrario novedades de menor entidad en la modalidad de adquisición de prácticas. Se incorpora también como novedad metodológica en el precepto la adición de un apartado diferenciado para acoger disposiciones comunes a ambas modalidades (apartado 4º), y se añaden tres apartados más (del 5º al 7º) con apuntes que bien podrían haberse incluido entre aquellas disposiciones comunes y que desde el precepto se separan porque refieren a cuestiones más externas que de morfología propia de los contratos formativos.

Ambas modalidades mantienen el elemento común de estructurarse en torno a un componente formativo-práctico asociado a unos estudios que o bien se están cursando o bien ya se han completado, siendo por tanto dicho componente de naturaleza más académica (para una modalidad) o ya de orden más estrictamente profesional (para la otra). Y en ambos contratos se desarrolla un trabajo cuyas tareas o funciones permiten adquirir práctica o poner en práctica un nivel formativo en ese momento ya obtenido. La práctica asociada a la formación es pues el elemento de definición de estos contratos que aparecen en última instancia como medios instrumentales para conseguir una mejor capacitación formativa y técnica de la persona trabajadora. A tal efecto, se insertan en el centro o al final de la formación proporcionada por el sistema educativo, buscando ese complemento de experimentación práctica y técnica de niveles formativos ya adquiridos o en curso de adquisición, y que se procura desde la contratación de la persona estudiante/trabajadora por una empresa o entidad del sector profesional vinculado a determinadas titulaciones o ciclos educativos.

El fin último de estos contratos no es estrictamente incentivar la inserción laboral de los jóvenes, sino la de favorecer su mejor formación y capacitación técnica-profesional para ampliar sus opciones de incorporación en el mercado de trabajo. De este modo, los contratos formativos no son un fin en sí mismos, sino un medio para alcanzar dicho fin de mejorar la ocupación laboral, y de calidad, de los jóvenes. Aun en relación al contrato de adquisición de práctica profesional, su fin intrínseco e inmediato no es el de facilitar una primera experiencia profesional en el sector, una primera contratación que por lo demás ya ha podido tenerse con anterioridad, precisamente a través del contrato de formación en alternancia. Los contratos formativos, bajo el nuevo modelo normativo, se configuran pues como estancias temporales de la persona trabajadora en un entorno de actividad, vinculada a unos estudios previos, y que en distintas fases de su proceso formativo (en curso o a su finalización) le permiten adquirir un nivel técnico y de experiencia práctica que sólo puede conseguirse mediante el desarrollo de una prestación laboral adecuada. El objetivo final es pues favorecer la obtención de un bagaje formativo y de capacitación, tanto de orden académico como profesional, que sitúe a la persona trabajadora en mejor posición cara a su inserción en el mercado de trabajo.

En definitiva, se evidencia un reforzamiento de la causa de ambos contratos, más vinculada a las necesidades de progresión formativa de quienes estudian o han completado determinados niveles o ciclos educativos, lo que explica en paralelo el cambio operado en los contenidos esenciales, tanto de orden material como procedimental, de estos contratos, minimizando las claves de interesamiento de estas modalidades para la empresa y en paralelo su posible recurso en exceso. Al situar estos contratos más en el plano del interés del sistema educativo y no tanto en el del puramente contractual del empresario, se altera el papel que hasta entonces ha asumido aquel en la celebración de este tipo de contratos, pasando de agente principal que disponía casi en exclusividad, y dentro del margen legal habilitante, sobre los elementos de definición contractual, al de colaborador necesario para la consecución última de un fin formativo que se dispone por y para la eficiencia del sistema educativo. Se atribuye así, al menos de manera mas evidente al contrato de formación en alternancia, una función de pasarela, de enlace entre el sistema educativo y el contexto empresarial, para que a través de la relación laboral el estudiante adquiriera una práctica técnica y complementaria del nivel formativo que está en curso de completar. Y desde esta perspectiva funcional, donde tiene una posición predominante el aspecto formativo, es lógica la intervención protagonista de los responsables del sistema educativo en la conformación de esa pasarela de conexión.

Este reforzamiento y vinculación explican sin duda muchas de las variaciones incorporadas en estos contratos, en relación con la regulación conocida de sus precedentes, así como las conexiones entre ambos, más allá de las disposiciones comunes, y que evidencian que este nuevo artículo es algo más que un lavado de cara y un retoque cosmético de los contratos formativos.

2. CONTRATO DE FORMACIÓN EN ALTERNANCIA

2.1. Identificación *in terminis*

Aquello que en primer lugar llama la atención es el término utilizado para nominar a esta primera modalidad de contrato formativo. Se abandona su última denominación de contrato para la formación y el aprendizaje¹, para ser sustituida por el de formación en alternancia. Término que aparece formalmente por primera vez, asociado a esta modalidad formativa, en el RD 1592/2012, de 8 de noviembre, que desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y establece las bases de la formación profesional dual. Según se expresaba su exposición de motivos, pretendía establecer las bases para la implantación progresiva de la formación profesional dual en España, “entendida como el conjunto de acciones e iniciativas formativas, mixtas de empleo y formación, que tienen por objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un *régimen de alternancia* de actividad laboral en una empresa con la actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo” (art.2.1).

Así pues, ya existía esa idea de la formación en alternancia mediante una metodología que permitiera el desarrollo de procesos de formación junto con la prestación de una actividad laboral. Solo era necesario desarrollarla y darle cara de naturaleza, configurando tal metodología como el clarificado y definido objeto de un contrato que en correspondencia iba a recibir el nombre que mejor lo expresara. No se está pues ante una versión actualizada del contrato de formación y aprendizaje bajo una distinta denominación, sino ante un contrato de naturaleza nueva y diferenciada respecto de aquel, y en el que se le han incorporado elementos de definición de esa apuntada pero no desarrollada modalidad de formación dual universitaria. Consiguientemente, el contrato nace con una marcada orientación finalista de mejora de la capacitación formativa de quienes están cursando unos estudios que no solo se limitan al ámbito de la formación y acreditación profesional², sino que se extienden también al sistema educativo universitario, recogiendo de uno y otro su metodología y experiencia en gestionar estancias formativas prácticas de sus estudiantes en empresas e instituciones empleadoras, y en consecuencia

¹ Nombre recibido tras la modificación del art.11.2 ET por el RD-Ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su prestación por desempleo.

² El objetivo no es solo pues, como el anterior contrato de formación y aprendizaje, el “conseguir la cualificación profesional de los trabajadores, como premisa a partir de la cual desencadenar el efecto resultante de la inserción laboral del joven desempleado que tras este contrato ya se encuentra profesionalmente cualificado”. Cfr. 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”. Ed. Atelier, Barcelona 2015, pág. 23.

otorgando a las instancias educativas universitarias y de formación profesional de un papel esencial y clave en el desarrollo del nuevo modelo configurador de esta modalidad contractual.

Por tanto, la alternancia no implica en modo alguno una especie de “suspensión” de la normal actividad académica para la persona estudiante / trabajadora mientras esté prestando servicios laborales. Antes bien, la idea inspiradora de esta modalidad es facilitar la contratación para adquirir un nivel práctico complementario a la formación en curso. Como se verá, los tiempos de prestación laboral están ideados para permitir que se mantenga la actividad formativa teórica derivada de los estudios en curso, sin pretender la norma que el tiempo de la contratación penalice la progresión académica del estudiante, aunque en cierto modo remite a la planificación formativa que la entidad educativa acuerde con la empresa o institución la responsabilidad de que tal efecto no se produzca.

Es así que esta alternancia, entendida pues como una combinación metodológica que permite el desarrollo de ambas actividades, la formativa y la laboral, debe quedar ordenada y garantizada en los correspondientes convenios de colaboración que han de formalizarse entre los centros educativos y la empresa, y particularmente en los planes individualizados de formación a elaborar para cada estudiante/trabajador al amparo del correspondiente convenio. Y son estos mismos instrumentos los que deben contemplar y preservar las consecuencias del periodo de prestación laboral en el *iter* académico y en la normal programación de estudios, y viceversa, es decir, prever cuales pueden ser los efectos sobre el desarrollo de la actividad laboral del requerimiento de asistencia a clase, o de concurrencia a convocatoria de exámenes, sin olvidar el condicionamiento de la superación de créditos/cursos para obtener o mantener becas y demás ayudas a estudios, y que no debe encontrar dificultades por el desarrollo de una actividad laboral³.

Más aún, es evidente que el modelo de referencia utilizado para conformar este nuevo contrato se apoya en aquel otro constituido por el sistema de prácticas curriculares desarrollado por entidades formativas, particularmente de nivel universitario y de formación profesional. De hecho, el planteamiento normativo parecería ser el de dar carta de naturaleza contractual a las prácticas desarrolladas por estudiantes en empresas o instituciones vinculadas a sus planes de estudio, casi pretendiendo normalizar la contratación laboral como cobertura jurídica de unas prácticas que son por lo general parte esencial de la programación formativa de determinados ciclos o formatos educativos. Tal es así que se aprovecha, como

³ Es así que, por ejemplo, dentro de las estructuras académicas universitarias, el desarrollo de prácticas curriculares se ordena en determinados periodos del plan de estudios coincidentes por lo general con el último curso o cuatrimestre de la programación, a los fines no solo de garantizar que el alumnado tuviera casi completada la formación teórica que le posibilitara una mejor adquisición de la formación práctica, sino también de eludir el mayor impacto que el desarrollo de estas prácticas pudiera tener en la progresión académica del estudiante.

se indicaba, la experiencia de las entidades formativas (especialmente de nivel universitario y Formación Profesional) en materia de prácticas curriculares y extracurriculares para ordenar los elementos de conexión formativa entre aquellas y las empresas o instituciones que ofrecerán los contratos laborales para los estudiantes.

Cuestión distinta es que este modelo de contratos de formación en alternancia deba sustituir el sistema previsto de prácticas curriculares y que en definitiva todas las programadas desde las entidades educativas deban articularse bajo una contratación de tal modalidad. Al margen de los numerosos problemas jurídicos y logísticos, así como de recursos materiales y personales, que ello arrastraría para los centros formativos, la intención claramente es otra, y no es más que, en línea con unos de los grandes objetivos de la reforma cual es la contención de la temporalidad, la de normalizar este tipo de contrato en interés más del sistema educativo que desde el estrictamente empresarial, conjurando los posibles excesos o abusos en el recurso al contrato en formación mediante una coordinación hasta cierto punto liderada desde ese sistema educativo para favorecer la mejor formación académica y técnica del estudiante, y facilitar así su adecuada inserción profesional.

2.2. Los sujetos del contrato

a) Requerimientos en orden a carencia de cualificaciones y/ o titulaciones: regla general y excepciones

Como se apuntaba con anterioridad, bajo el régimen normativo anterior la alternancia del trabajo se estructuraba sobre una formación muy delimitada en cuanto a su alcance y extensión: aquella recibida en el marco del sistema de Formación Profesional para el empleo o del sistema educativo, de donde dicho contrato estaba destinado a facilitar, durante el transcurso del mismo, la adquisición de una formación o acreditación profesional de la que se carecía⁴. Con la entrada en el nuevo modelo del contrato de formación en alternancia de un sistema de gestión similar a las prácticas académicas, siguiendo la línea ya abierta con la reforma del art.11 para introducir la referencia a la formación dual universitaria, se opera consiguientemente la extensión de los niveles formativos que pudieran estar cursándose para dar cabida a su alternancia con una prestación laboral contractualizada. Se alude así en el apartado a) del art.11.2 a estudios universitarios, junto a los de formación profesional o de los incluidos en el

⁴ En este sentido, el art.16 del citado RD 1529/2012, de 8 de noviembre, precisaba que la actividad formativa inherente a dicho contrato era “la necesaria para la obtención de un título de formación profesional de grado medio o superior o de un certificado de profesionalidad”, excluyendo claramente la referencia a un posible nivel formativo universitario.

catálogo de especialidades formativas del sistema nacional de empleo⁵. Y son los mismos estudios, al menos los universitarios y de formación profesional, que a su finalización y tras obtener la correspondiente titulación o certificado, habilitarían para la celebración de la otra modalidad formativa con fines de obtención de práctica profesional.

Consiguientemente, de nuevo las dos modalidades se contemplan como excluyentes, de modo que el ámbito de concertación de una excluye a la otra: el contrato de alternancia solo puede celebrarse por quienes carezcan de cualificaciones profesionales conforme a unas titulaciones o certificados que les permitirían acceder a un contrato formativo para la obtención de práctica profesional. Pero tal regla general encuentra una excepción que crea una pasarela entre ambas modalidades por la que pueden transitar trabajadores ya formados y beneficiarios de contratos formativos previos, de una u otra modalidad. Tal excepción prevista en el segundo párrafo del art.11.2.a) consiste en admitir la posibilidad de contratación en alternancia a quienes ya estuvieran en posesión de otra titulación siempre que no fuera del mismo nivel formativo del que se estuviera cursando en ese momento, y hubiera concertado en virtud de dicha titulación un contrato formativo previo (de una u otra modalidad) en el mismo sector productivo donde puede formalizarse ese contrato en alternancia.

Llama la atención, por un lado, que se incorpore también para esta última modalidad formativa la posibilidad abierta inicialmente solo para el contrato en prácticas, cual era la posibilidad de realizar más de un contrato de dicha modalidad tratándose de distinta titulación o certificado de profesionalidad (anterior art. 11.1.c). Por otro lado, obsérvese que la norma apunta al mismo “nivel formativo”, debiendo entenderse hecha la referencia a la misma categoría educativa (grado universitario, máster, título de formación profesional, etc.) aun cuando los estudios o titulaciones formaran parte de la misma área o rama

⁵ Este Catálogo se encuentra regulado por la Orden TMS/283/2019, de 12 de marzo, donde se conceptúa la *especialidad formativa* como la “agrupación de competencias profesionales, contenidos y especificaciones técnicas que responde a un conjunto de actividades de trabajo enmarcadas en una fase del proceso de producción y con funciones afines, o a la adquisición de competencias transversales necesarias para el desarrollo adecuado en el entorno y contexto profesional” (art.3.1). Cada especialidad formativa está adscrita a una familia y área profesional, según criterios de afinidad de la competencia profesional, y tiene asignado un determinado nivel de cualificación (niveles 1, 2, 3, 4 y 5).

El Catálogo incluiría pues la ordenación de toda la oferta de formación, formal y no formal, desarrollada en el marco del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral. Concretamente, la oferta de formación formal está constituida por las especialidades formativas dirigidas a la obtención de los *certificados de profesionalidad*, regulados por el RD 34/2008, de 18 de enero.

de conocimiento, por cuanto cada nivel ostenta diferentes líneas y escalas formativas que justificarían sus propios requerimientos técnicos-prácticos a desarrollar a través de un contrato formativo. Asimismo, repárese que el precepto alude también al mismo sector productivo, que no a la misma empresa donde hubiera podido tener previamente un contrato formativo, otorgando así mayor amplitud a las opciones de incompatibilidad de contratos formativos: la norma una vez más intenta eludir el encadenamiento de contratos de tal naturaleza por la mera sucesión de titulaciones siempre que sean del mismo nivel, y de nuevo no cerrando tal posibilidad a los contratos sustentados sobre títulos de distinto nivel formativo en la presunción de que cada nivel puede requerir o aconsejar su propia contratación en alternancia o para la adquisición de práctica profesional.

La nueva ordenación estatutaria permitiría, por ejemplo, que quien tiene el título de Formación Profesional en Electricidad y esté cursando un Grado universitario de Ingeniería Eléctrica pueda acceder a un contrato en formación en alternancia en una empresa del sector vinculado a dichos estudios universitarios, aun cuando hubiera ya celebrado con anterioridad, y conforme a ese título de formación profesional, un contrato en formación o en prácticas e incluso en la misma empresa o sector, puesto que los títulos son de distinto nivel formativo, que es precisamente la exigencia de la norma, y no la cercanía de los estudios o su pertenencia a iguales o similares áreas de conocimiento o perfiles formativos.

b) Edad

En el nuevo art.11.2 ET se elimina la horquilla de edad mínima y máxima que con carácter general se imponía para celebrar el contrato en formación y aprendizaje (de 16 a 25 años), y se confirma para este nuevo contrato de formación en alternancia su disociación de un determinado tramo de edad, considerándose más las necesidades formativas-técnicas que el cumplimiento de una concreta edad como factor de definición del empleo juvenil a cuya consecución se destinaba finalísticamente el contrato para la formación y el aprendizaje. Y en paralelo desaparece también la línea de separación, por razón de edad, con las personas con discapacidad, así como con colectivos en situación de exclusión social, como posibles sujetos de estos contratos formativos (diferenciación contemplada en la letra a) *in fine* del anterior art.11.2, al no imponer para unos y otros el límite máximo de edad). Evidencia pues de que las necesidades formativas y de alternancia pueden ser comunes para cualquier sujeto que eventualmente acceda a este tipo de contratación, sin necesidad de marcar diferenciaciones por motivos del cumplimiento de una determinada edad.

Siendo pues la regla general la irrelevancia de la edad a la hora de celebrar un contrato de formación en alternancia, de inmediato surge la excepción imponiendo el tope de 30 años cuando dicho contrato se vincule a determinados

procesos formativos mencionados en la letra b) del apartado 2: “certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo–formación, que formen parte del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo”. Desde la norma reguladora de los certificados de profesionalidad y de los niveles formativos integrados en dicho Catálogo, no se detectan condicionamientos de edad para el seguimiento de unos u otros, de donde resulta pues difícil de justificar esta limitación de edad, más allá de entender que por lo general son jóvenes de escasa edad quienes acceden a estas opciones formativas⁶.

Se mantiene en todo caso la línea estratégica pública de vincular estos contratos formativos con programas de activación para el empleo⁷, y del que es prueba su garantía de continuidad a través de la Disposición adicional novena de la Ley de Empleo, introducida por efecto del RD-Ley 32/2021, al posibilitar la contratación bajo el nuevo art.11.2 del ET de las personas trabajadoras mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación previstos en dicha ley.

2.3. Adecuación entre el trabajo desarrollado y el proceso formativo en curso. La esencialidad de los convenios de colaboración y de los planes individualizados de formación

Esta adecuación trabajo/formación ya conocida en el modelo referencial anterior, se reformula bajo los nuevos términos de caracterización del contrato de formación en alternancia, garantizando la exigida concreción de la causa del contrato, cual es la asociación del mismo con los contenidos formativos de los estudios que esté cursando la persona interesada.

Pero aquello que ha cambiado esencialmente ha sido la posición de quien es responsable de determinar o garantizar la inicial adecuación trabajo / estudios contemplada desde la estructura esencial de este tipo de contrato. Bajo el modelo anterior, la empresa que proporcionaba el contrato determinaba la prestación de servicios que encajaba en el nivel formativo que cursara la persona trabajadora,

⁶ De hecho, ni tan siquiera es necesario tener superada la educación básica por cuanto no se exigen requisitos académicos o profesionales para acceder a las acciones de formación de los certificados de profesionalidad, al menos de nivel 1 de cualificación. Cfr. Art. 5.5. *in fine* del RD 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad.

⁷ Recuérdese en este sentido el *Eje 2.Formación* de la Estrategia Española de Activación para el Empleo, tal como se contempla en el art.10.4 del RD 3/2015, de 3 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Empleo, que incluye “las actuaciones de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, dirigidas al aprendizaje, formación, recualificación o reciclaje profesional y de formación en alternancia con la actividad laboral...”.

sin apenas intermediación de sujeto o instancia de naturaleza educativa que participara activamente en esa adecuación, proporcionara garantía de corrección y en última instancia constatará la consecución de la finalidad formativa derivada de la prestación laboral desarrollada mediante un eficaz proceso de seguimiento y control. Sin embargo, conforme a la nueva expresión formal y finalista de este contrato formativo, éste se inserta en el ámbito de interesamiento del sistema educativo, y sale de aquel otro de exclusivo interés empresarial. La contratación formativa en alternancia deja de ser fijada en sus componentes materiales por la sola voluntad del empresario contratante, para tener que compartir espacios de decisión y responsabilidad con la institución educativa. El instrumento formal a tal efecto es el convenio o acuerdo de cooperación suscrito entre la empresa o entidades colaboradoras con las autoridades laborales o educativas de formación profesional o universidades (letra c), y más concretamente el plan individualizado de formación que debe suscribirse al amparo del mismo como antesala condicional para la celebración del contrato. Hasta tal punto es así que en cierto modo se traslada a la ordenación de este contrato la metodología utilizada por centros formativos (Universitarios y de Formación profesional) en el desarrollo de prácticas curriculares o extracurriculares, requiriéndose a tal efecto un convenio entre ambas instituciones donde conste un plan formativo personalizado y articulado de común acuerdo, con dos tutores (uno de cada institución) que actúen de manera coordinada, en seguimiento del programa de actividades, tutorización y calendario fijado en el convenio de colaboración formativa.

La nueva exigencia de una coordinación entre los tutores para dar seguimiento a los contenidos previstos en el plan formativo, encara así posibles designaciones por la empresa de tutores carentes de la especialización profesional y/o formativa que resultara necesaria para garantizar la finalidad laboral práctica asociada a los estudios que la persona estudiante/trabajadora estuviera cursando. El tutor de empresa asume ahora una verdadera responsabilidad en la consecución del fin formativo del contrato, al participar conjuntamente con el tutor académico en el plan formativo individualizado, así como en la identificación del puesto laboral a desempeñar y de las tareas a prestar que mejor se alineen y complementen con los estudios en curso. Responsabilidad que solo puede ser cumplida eficazmente si se garantiza que los tutores de empresa tengan la especialización formativa, técnica y profesional necesaria para el seguimiento tutorizado del plan individualizado de formación.

La formación teórica que se estuviera recibiendo por la persona estudiante/trabajadora conforma pues la premisa justificativa y condición básica para la formalización del contrato de formación en alternancia, pero no es una parte esencial de éste puesto que no forma parte de su contenido y sí lo es la prestación de

un trabajo cuyas tareas o funciones permitan la adquisición de un nivel formativo práctico vinculado o alineado con aquel otro teórico que se estuviera impartiendo en alternancia. En este sentido, surge de la norma la premisa del protagonismo y responsabilidad de las entidades educativas en la formación teórica que habilita al desarrollo de unas determinadas funciones laborales adecuadas o vinculadas a aquélla, dejando pues en manos de la empresa el seguimiento y control no solo de esa correcta adecuación trabajo / formación teórica, sino también del debido aprovechamiento práctico que habría de derivarse de la misma para la persona trabajadora. Consiguientemente, no se espera de la empresa que organice o aporte elementos formativos teóricos de carácter básico o complementario, salvo que así se considerara conveniente desde el plan formativo individual del estudiante/trabajador y que así constara expresamente en el convenio educativo celebrado entre la empresa y la entidad formativa.

Manteniendo pues como premisa general que la formación teórica reside en las instituciones educativas bajo su decisión y responsabilidad, extrañamente la norma remite a un futuro reglamento para ordenar la formación práctica a desarrollar por las empresas o instituciones que proporcionen la contratación laboral: se entiende en buena lógica que deba ordenarse en norma posterior reglamentaria un sistema de financiación de la actividad formativa que podría asumir en su caso la empresa, con el fin de que sirviera de marco general para todas y cada una de las colaboraciones contractuales surgidas para la formación en alternancia. Pero resulta extraño que el art.11 vuelva a reiterar (como en el precedente art.11.2.d ET) la remisión a una norma reglamentaria para que ordene “el sistema de impartición y las características de la formación”, que a bien seguro se insertaran dentro del plan formativo individualizado que será determinado conjuntamente entre la entidad educativa y la empresa o institución empleadora, y que a su vez formará parte del convenio a formalizar entre ambas partes. Y aun en el caso de que tal referencia normativa pudiera entenderse como limitada exclusivamente a la posible impartición de formación teórica por parte de la empresa, también su definición y contenido habría de ser parte de ese plan individualizado y del correspondiente convenio. Posiblemente la alusión tuviera la finalidad de dotar de mayor contenido justificativo a un posterior reglamento (más allá del sistema de financiación para la empresa por sus compromisos formativos), arrastrando del precedente modelo el control de la actuación de la empresa cuando ésta asumía la responsabilidad de proporcionar la formación teórica conjuntamente con la práctica. El problema surgirá si ese reglamento ordena tales cuestiones relativas a sistemas de impartición y características de la formación con un nivel de detalle y de obligado cumplimiento que coarte la autonomía y el margen de decisión de los centros educativos en el desarrollo de la formación que pudieran adquirir sus estudiantes a través del contrato en alternancia.

2.4. Duración del contrato: Discontinuidad y pluralidad contractual

El apartado 2.g) del art.11 aporta como novedad en esta materia no solo el dato cuantitativo de los márgenes mínimos y máximos de duración, variando la horquilla anterior (de uno a tres años) a otra mucho más reducida (mínimo de tres meses a un máximo de dos años), sino también el detalle de la fuente que puntualiza la duración del contrato en cuestión. Ya no queda en las exclusivas manos del sujeto empleador y tampoco se habilita a la negociación colectiva a fijar las duraciones más acordes con las necesidades empresariales, tal y como se contemplaba en la redacción anterior. En coherencia con el nuevo diseño organizativo del contrato en formación en alternancia, el precepto claramente opta por que la duración sea la fijada en el correspondiente plan o programa formativo, y en consecuencia dándole una vez más protagonismo a las partes que en coordinación conforman el contenido de aquel. De forma pues indubitada, se reconoce el mayor peso condicionante, a la hora de fijar la duración del contrato, a las necesidades formativas y de adecuación dentro de la programación de los estudios en curso, y no tanto o exclusivamente al mero interesamiento contractual de la empresa o institución empleadora.

Las particularidades del proceso formativo en cuestión pudieran propiciar o aconsejar que la adquisición de la práctica laboral no se concentre en un único o específico momento temporal dentro de la programación formativa de un concreto nivel, ciclo o itinerario educativo y pudiera reiterarse la vinculación contractual en más de una ocasión a lo largo de tal programación de estudios, siempre bajo la supervisión y seguimiento de la entidad educativa. Sin embargo, quizás tomando como ejemplo el modelo universitario en el que se insertan unas prácticas académicas curriculares por cada titulación, la norma parecía optar como regla general por admitir tan sólo la posibilidad de un contrato en formación en alternancia por cada ciclo formativo de formación profesional y titulación universitaria, certificado de profesionalidad o itinerario de especialidades formativas del Catálogo del Sistema Nacional de empleo (letra h), entendiéndose tal limitación respecto de una persona trabajadora /estudiante con la misma empresa o entidad empleadora, y en un probable afán de evitar el encadenamiento de contratos entre ambos y en consecuencia para conjurar la sospecha de un recurso excesivo o abusivo del contrato formativo en estricto interés empresarial.

Un margen de escape, y de contemplación a la realidad académica, es la posibilidad de que, dentro del margen de decisión de las partes sobre la duración del contrato, sean estas la que fijen la vinculación contractual de la persona estudiante/trabajadora en modalidad discontinua siempre que se prevea así en el plan individualizado de formación. Modalidad no continua que permitiría completar varios periodos de prestación laboral efectiva, coincidentes con determinados momentos temporales de la programación formativa del título o ciclo en cuestión, a través de un único contrato con la misma empresa o entidad

empleadora, siempre que los distintos períodos discontinuos de trabajo efectivo se sitúen dentro de los márgenes admisibles de duración. Es decir, cada uno de ellos habría de tener la duración mínima de tres meses, y el periodo total de prestación laboral así desplegada no podría exceder de dos años.

Es una modalidad en la que en principio tan solo se alterarían los tiempos de prestación efectiva, que pasan a ser discontinuos, y por tanto considerando el mantenimiento en cada uno de ellos de las mismas condiciones contractuales pactadas inicialmente, lo que significa mismo puesto y tareas, retribución, horario, descansos, permisos, etc., salvo que al inicio de cada periodo se aconsejaran variaciones también en las funciones a desarrollar. Piénsese en el caso de que se formalice una contratación en forma no continuada con un estudiante del grado universitario de Relaciones Laborales y Recursos Humanos tras finalizar el segundo curso, reiniciando la prestación laboral durante tres meses al término del tercer curso y por periodo igual estando ya en cuarto curso. El avance y progresión en los conocimientos teóricos a través de los distintos periodos académicos, podría justificar la identificación de nuevas y distintas funciones y responsabilidades laborales a desarrollar mediante el contrato laboral que variarían desde la definidas inicialmente en el contrato para el primer periodo de prestación efectiva. Puesto que esta situación podría exigir y justificar una modificación o renovación del plan individualizado de formación que inicialmente se hubiera pactado entre empresa y entidad educativa, hubiera sido más que aconsejable que la norma proporciona mayores datos sobre las condiciones o reglas a las que someter esta variante discontinua del contrato en formación en alternancia para garantizar su operatividad y efectiva. Quizás ese anunciado reglamento sea el mecanismo propicio a tal efecto.

En todo caso, si se llega a admitir desde la norma que una persona trabajadora/estudiante pudiera estar vinculada con un mismo empresario a través de un contrato de formación en alternancia, pero que se desarrolla en distintos momentos temporales, coincidentes con diversas fases del programa formativo del ciclo, certificado o itinerario de pertenencia, resulta difícil de argumentar que una tal pluralidad de posibles prestaciones laborales vinculadas con esa programación no pueda justificar la celebración de varios contratos formativos del mismo estudiante con distintas empresas.

Consiguientemente, y a renglón seguido de declarar el criterio de un solo contrato de formación en alternancia por cada ciclo, certificado o itinerario, aparece la verdadera regla general que deja a la anterior en realidad en un espacio limitado, al declararse la permisibilidad de que un mismo ciclo formativo o universitario, certificado de profesionalidad o itinerario de especialidad pueda amparar que el estudiante sea sujeto de varios contratos de esta modalidad con distintas empresas, siempre que en cada uno de ellos se desarrollen diversas

actividades laborales de orden práctico en correspondencia con la programación académica en cuestión. La única salvedad es que la suma de los distintos periodos de vinculación contractual con diversas empresas o entidades empleadoras no supere la duración máxima prevista (dos años). En consecuencia, a la norma no le preocupa la pluralidad e incluso dispersión de contratos que pudiera tener como sujeto al mismo estudiante en su vinculación sucesiva con varios empresarios, siempre que así pudiera venir justificado por los contenidos formativos del ciclo, certificado o itinerario que correspondiera. Tan solo el precepto observa la eventualidad de un encadenamiento contractual del que recela su corrección desde los fines formativos de esta modalidad, cuando el puesto a ocupar por la persona trabajadora / estudiante ya hubiera sido desempeñado por esta última con anterioridad bajo distinta modalidad de contrato y por tiempo superior a seis meses. Aun cuando también hubiera debido apuntar la norma un lapso temporal intermedio entre la anterior contratación y la que pudiera formalizarse en formación en alternancia, como evidencia o presunción de un posible recurso abusivo a dicho contrato.

En todo caso, abriendo así la puerta a más de una opción en el vínculo contractual entre un estudiante y una empresa o entidad empleadora, la norma parece propiciar al máximo las posibilidades formativas que pudieran derivarse de esta modalidad, aunque posiblemente no sea consciente del inmenso trabajo de gestión, control y seguimiento que va a recaer sin duda en las entidades formativas y académicas a la hora de garantizar la adecuación entre los niveles educativos de su alumnado y las actividades laborales que desarrollen a través del contrato de formación en alternancia. En última instancia, y una vez más, la norma hace a tales entidades las responsables del éxito y buen fin de esta modalidad contractual, dejando en sus manos la articulación de las pasarelas necesarias entre el ámbito educativo y el empresarial.

Por lo demás, reitera el precepto la posibilidad de que, habiéndose concertado por tiempo inferior al máximo, el contrato pueda prorrogarse mediante acuerdo de las partes, y sin exceder nunca de esa duración máxima. Pero hasta aquí llegan las coincidencias con la previsiones relativas a la prórroga contenidas en el anterior art.11.2.b), pues la nueva redacción que presenta el apartado 2.g) del art.11 no solo no predetermina el número o la duración de cada posible prórroga, dejando pues tales cuestiones a la libre disposición de los sujetos contratantes, sino que además condiciona acertadamente el acuerdo de prórroga a que no se hubiera obtenido el título, certificado, acreditación o diploma al que se asociaba el contrato formativo, pues en tal circunstancia habría de perder éste su causa justificativa para en su caso dar paso a la motivación que admitiría un contrato de adquisición de práctica profesional. Posiblemente, aún bajo la redacción anterior, no se plantearía una prórroga si la persona trabajadora hubiera finalizado los

estudios que alternaba con la prestación laboral, pero resulta más que oportuno su constancia expresa en el reformado precepto para salir al paso de situaciones prácticas pasadas que rayaban peligrosamente la causalidad del contrato para la formación y el aprendizaje.

Por último, en sede de duración del contrato se mantiene aplicable al mismo la regla de la presunción *iuris tantum* de prórroga tácita por tiempo indefinido si una vez alcanzada la duración máxima no hubiera denuncia y se continuara en la prestación de servicios [art.49.1.c)]. Por lo demás, a la vista del condicionamiento de estos contratos por los convenios de colaboración que se celebren con centros educativos universitarios y de formación profesional en relación a sus estudiantes, controlando los tiempos de prestación laboral continua o discontinua que pudieran aquellos desarrollar mientras cursan sus estudios, podría carecer ya de justificación esa certificación que las empresas debían solicitar al servicio de empleo en relación a eventuales contrataciones previas en la modalidad formativa, con el fin de eximirse de responsabilidad por una duración superior a la máxima legal prevista⁸. No obstante, habrá que esperar a lo que, en su caso, pudiera disponerse al respecto en esa futura reglamentación que complemente y desarrolle el artículo 11 ET.

2.5. Condiciones laborales básicas del contrato

- a) Como primera disposición ante la formalización del contrato, el art.11.2. i) ET prohíbe expresamente que esta modalidad contractual se concierte con un *periodo de prueba*, cuando sí se permitía en los contratos para la formación y el aprendizaje⁹. Una prohibición que resulta del todo lógica habida cuenta de la confrontación misma de sus respectivas finalidades (la de este contrato y la del periodo de prueba). Esta modalidad no se plantea como un primer o inicial estadio contractual con vistas a un eventual mantenimiento o continuidad de la relación laboral, sino que tiene una clara orientación finalista de posibilitar la compatibilidad de una prestación laboral de orden técnico y práctico con el seguimiento de una formación teórica al amparo de determinados programas y planes educativos. No tiene pues una proyección más allá del cumplimiento de dicha finalidad buscando una supuesta permanencia o posterior vinculación contractual del estudiante con la empresa. Siendo así, carece de relevancia un pretendido interés de la empresa en comprobar las aptitudes profesionales de la persona trabajadora/estudiante y su adecuación al puesto a desempeñar en

⁸ Según establece el art.23 del RD 488/1998, de 27 de marzo, de desarrollo del art.11 del ET.

⁹ Cfr. Artículo 10.1 del RD 1529/2019, de 8 de noviembre, que desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y establece las bases de la formación profesional dual.

particular o a la organización empresarial en general. Cuestión distinta es que se denotara una falta de adaptación del estudiante con las tareas a desarrollar, y que impidiera la consecución del fin del contrato, pues tal situación habrá de preverse y contemplarse dentro de plan individualizado de formación, y ser objeto de seguimiento y solución desde la coordinación de los tutores académicos y de empresa.

- b) En relación a la *jornada*, la norma estatutaria mantiene para esta modalidad contractual la precedente regla de tiempos máximos de trabajo efectivo (en relación con la máxima prevista en el convenio colectivo aplicable o en su defecto en la jornada máxima legal) destinada a facilitar esa complementariedad entre el seguimiento de la formación teórica y el cumplimiento de la prestación laboral¹⁰, con la salvedad de la reducción del tiempo máximo de trabajo en el primer año de contrato, pasando del 75% que se preveía en el modelo contractual anterior, al 65% fijado en el actual artículo 11.2.i); y manteniendo el 85% como límite de jornada máxima para el segundo año de contratación. Aun con respeto de estos porcentajes de jornada máxima, se hace precisa una vez más esa tarea de coordinación entre empresa y entidad formativa que permita los encajes horarios en la empresa con el fin de que, respetando el interés organizativo de la misma, se posibilite de manera más adecuada el seguimiento de la programación formativa de carácter teórico para la persona trabajadora. En consecuencia, resulta esperable que la determinación de esos tiempos de trabajo efectivo en cumplimiento del contrato formativo, dentro de los márgenes máximos dispuestos por la norma, pueda ser objeto de acuerdo entre los sujetos intervinientes en el plan individualizado y firmantes del convenio de colaboración educativa. Tal actuación resulta especialmente debida desde el lado académico para garantizar que los tiempos dedicados a la prestación laboral, especialmente en el periodo en que pueden ampliarse hasta un 85% de la jornada máxima fijada por convenio en la empresa (o la legal prevista), no perjudiquen o penalicen la continuidad y progresión académica del estudiante/trabajador en cuyo interés formativo, debe insistirse en ello, surge precisamente la opción de un contrato laboral en alternancia.

De forma complementaria, y bajo el fin general de facilitar esa compatibilidad en alternancia de trabajo y formación, se prohíbe legalmente la ampliación de la jornada por la vía de horas extraordinarias de carácter estructural (quedando al margen de la prohibición las horas extra por fuerza mayor) o por la de horas

¹⁰ Motivo por el cual, a pesar de que no se especifica expresamente en el precepto, se debe entender que esta modalidad contractual no puede celebrarse a tiempo parcial, tal y como ya disponía el art.8 del RD 1529/2012, de 8 de noviembre, para los contratos para la formación y el aprendizaje.

complementarias¹¹, así como que la actividad laboral se preste en trabajo nocturno o en régimen de turnos¹². Prohibiciones que en última instancia no hacen más que eliminar de la ecuación contractual en esta modalidad de aquellos elementos de identificación o variación de la prestación laboral que responden directamente al interés organizativo empresarial y no al estrictamente formativo de la persona trabajadora/estudiante, al margen de que algunos de ellos, como es la ampliación de la jornada por la vía de las horas extras o las horas complementarias, podría desnaturalizar de hecho el fin del contrato cual es la compatibilidad de la actividad académica con la laboral. Consiguientemente sólo se contempla de forma excepcional la prestación laboral en régimen de turnos o en horario nocturno cuando la organización de la empresa o la actividad a desarrollar conforme al contrato no facilitara que la prestación laboral de carácter formativo pudiera efectuarse en otros periodos que no fueran nocturnos o a turnos.

- c) En lo afectante a *retribución*, el nuevo artículo 11.2.m) ET introduce importantes variaciones en relación a la prevista en el precedente contrato para la formación y el aprendizaje. Así, como inicial actuación, el precepto mantiene una primera y básica remisión a lo que dispongan los convenios colectivos sobre retribución específica para esta modalidad contractual¹³, apuntando pues a la idoneidad de que la negociación colectiva incluya concretas referencias retributivas para estos nuevos contratos en formación en alternancia que la empresa pudiera celebrar.

Afirmada pues la primera muestra de respeto y sumisión a la autonomía colectiva, y en ausencia de previsión negociada específica para estas modalidades, el precepto estatutario recoge la referencia a los salarios pactados con carácter general en los convenios a la hora de fijar, no una genérica regla de proporcionalidad al tiempo de trabajo efectivo (como en la ordenación anterior), sino una serie de topes mínimos de retribución respecto de los fijados para el nivel profesional o retributivo al que correspondan las funciones desempeñadas por la persona trabajadora/estudiante; topes diferenciales también en atención al periodo de

¹¹ Como ya ha sido puesto de manifiesto (Martínez Moreno, C., *Reforma Laboral*. Claves prácticas Lefebvre, Madrid 2022, pág.26), extraña que el precepto incluya la prohibición de realizar horas complementarias en el contrato de formación en alternancia cuando en realidad este contrato no puede celebrarse en la modalidad de jornada a tiempo parcial que permitiría, conforme al art.12 del ET, realizar dichas horas complementarias. Queda en todo caso afirmada tal prohibición frente a eventuales interpretaciones de que los porcentajes máximos de jornada implican en cierto modo una jornada a tiempo parcial susceptible de ampliación por vía de horas complementarias.

¹² Una prohibición que ya se contemplaba para los contratos de formación y el aprendizaje en el art.10 del RD 1529/2012, de 8 de noviembre.

¹³ Remisión al convenio colectivo ya prevista en el anterior art.11.2.g) ET y en el art.9 del RD 1529/2012, de 8 de noviembre.

duración del contrato formativo, siguiendo el mismo esquema que en el régimen anterior de marcar diferentes tramos máximos de tiempo de trabajo efectivo pero sin coincidencia ahora con los porcentajes: el 60% de la retribución, el primer año de contratación, y el 75% el segundo año.

Pero obsérvese que tales topes mínimos de retribución se fijan respecto del salario que fuera debido en proporción al tiempo de trabajo efectivo, lo que significa que, para un estudiante en un primer año de contratación bajo esta modalidad y que realice el 65% de la jornada efectiva, no se le garantiza la percepción del 100% de la proporcionalidad salarial debida y en función de la categoría o nivel, sino tan solo, como suelo mínimo de contratación, el 60% de la misma. Ello significaría, por ejemplo que, si en el convenio aplicable se especificará que para la categoría de técnicos de proyectos por jornada completa se percibirían 2.100 euros, el estudiante del grado de ingeniería industrial contratado para su alternancia con el desarrollo de funciones de tal categoría, con jornada efectiva del 65%, no habría de percibir 1.365 euros (retribución proporcional al porcentaje de jornada), sino inicialmente 819 euros (esto es, el 60% de la cuantía estrictamente proporcional). Pareciera que la intencionalidad legislativa se dirige a facilitar, desde el lado empresarial, la celebración de estos contratos considerando que se trata de acoger bajo formato contractual unas prácticas académicas universitarias o de formación profesional que han podido y pueden seguir desarrollándose en la empresa de forma gratuita, sin necesidad de formalizar un contrato con el estudiante en prácticas. Por lo demás, la intervención protagonista de las entidades educativas en la determinación y seguimiento del plan formativo mediante la prestación laboral, pareciera también justificar que sea a través de tales entidades que se conjure y eluda el riesgo de que por mediación de esta modalidad contractual los estudiantes desarrollen funciones de la misma entidad y responsabilidad que los trabajadores de plantilla, pero a un menor coste salarial. En todo caso, vuelve la norma a establecer la red de seguridad retributiva que constituye el SMI, fijando su cuantía en proporción al tiempo de trabajo efectivo como retribución mínima a percibir en todo caso por la persona trabajadora en esta modalidad contractual.

d) Por lo demás, durante la vigencia y duración del contrato formativo en alternancia pueden acaecer algunas circunstancias que la norma no contempla expresamente en sede del art.11 ET, pero que vienen causalizadas o justificadas en ámbitos académicos o educativos durante el desarrollo de los correspondientes planes formativos. En este sentido, más allá de las remisiones a otras disposiciones estatutarias en orden a permisos, descansos o causas de suspensión, habrían de considerarse como factores a considerar en la ejecución de este contrato las *ausencias* del estudiante/trabajador para asistencia no solo a exámenes, sino también a otras actividades académicas de obligado cumplimiento, o la *suspensión* temporal del contrato por situaciones de movilidad nacional o internacional del estudiante/trabajador. Eventualidades

que deberían de formar parte del conjunto de estipulaciones del convenio de colaboración entre la entidad educativa y la empleadora, y que sin duda condicionarán, desde el exterior del propio contrato, el normal y/o continuado desempeño de la prestación laboral. Mas aun, también habría de considerarse dentro de ese marco de cooperación aquellas situaciones cuyo acaecimiento pudieran dar por finalizada la contratación de la persona trabajadora/estudiante de forma anticipada o prematura con anterioridad a la llegada de su plazo final de vigencia, debido por ejemplo a la renuncia al contrato, abandono de los estudios o incumplimiento por el estudiante o por la empresa de las condiciones esenciales del contrato.

En todo caso, este contrato puede *extinguirse* por cualquiera de las causas recogidas en el art.49 ET, debiendo mediar denuncia de 15 días si el contrato es superior a un año (tal como dispone el propio art.49.1.c), y en caso de finalización por expiración del tiempo convenido se mantiene igual criterio de no generar el derecho a la indemnización de 12 días de salario por año de servicio prevista en el mismo precepto, en esa línea pues de no oponer excesivos obstáculos de carácter económico a este tipo de contrataciones.

Finalmente, se sigue manteniendo para este contrato el criterio de que su duración computa a efectos de antigüedad en el caso de que tras su finalización continuase en la empresa en nueva y distinta contratación (art.11.4.h).

3. CONTRATO PARA LA PRÁCTICA PROFESIONAL

En una primera mirada se observa una pequeña alteración en el nombre de esta modalidad formativa, de contrato en prácticas a contrato formativo para la obtención de práctica profesional, que esconde sin embargo una alteración más en la filosofía que en sus elementos estructurales, pues a diferencia de contrato de formación en alternancia, ha sufrido menos ajustes o renovaciones en su régimen jurídico respecto al anteriormente vigente.

En la idea inspiradora de este contrato, la práctica que se pretende conseguir a través de la prestación laboral no es estrictamente de naturaleza académica, o no se vincula con contenidos formativos en curso (como en el contrato de formación en alternancia), sino que es de orden profesional en tanto que persigue la adquisición práctica de unos conocimientos ya adquiridos tras la finalización de un ciclo educativo universitario o profesional. Se mantiene pues una especie de pasarela entre ambas modalidades contractuales de naturaleza formativa en tanto que los programas educativos al amparo de los cuales se daba cobijo a un contrato formativo en alternancia, son los que por lo general, a su finalización y tras la obtención de la correspondiente acreditación (título universitario; título de formación profesional en sus niveles de grado medio, superior, especialista o máster profesional; o

certificado de sistema de formación profesional), habilitan a la formalización de este otro tipo de contrato formativo. A tales menciones se añaden también, como novedad, las titulaciones de enseñanzas deportivas y artísticas, no universitarias ni de formación profesional, pero insertas en todo caso en el sistema educativo, que habiliten o capaciten para la práctica profesional a través de este contrato.

- a) Los *sujetos* que pueden celebrar pues esta modalidad contractual son quienes estén en posesión de alguno de esos títulos que acrediten un grado universitario, de formación profesional o certificado de profesionalidad o ciclo formativo (de conformidad con la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio¹⁴) ya finalizado y susceptible de ser puesto en práctica a nivel profesional. No hay pues ningún otro requerimiento personal (por ejemplo, de edad) para la celebración de este tipo formativo.
- b) La definición pues de la causalidad del contrato, con una mayor y más estrecha vinculación con el sistema formativo, explica que el precepto contemple ciertas *condiciones limitativas* para la celebración del contrato con el fin de evitar una indebida reiteración contractual del mismo sujeto con la misma empresa.

Así, por un lado, el nuevo art.11.3. d) reitera la regla general de la unicidad del contrato por titulación o certificado profesional, aun cuando aquel se formalizara en más de una empresa hasta agotar el periodo de duración máximo previsto. En consecuencia, superado ésta, no podrá celebrarse nuevo contrato con la misma o distinta empresa cuando tenga por objeto adquirir la práctica profesional, una vez más, de la misma titulación o certificado. Al respecto, y para la adecuada operatividad de esta condición limitativa, el precepto se ocupa de reafirmar nuevamente que los títulos universitarios de grado, máster y doctorado no se consideran de la misma titulación. Son pues distintos títulos que pueden habilitar a su propia, independiente e incluso sucesiva contratación para la adquisición de prácticas profesionales, a medida que se vaya obteniendo progresivamente el título en cuestión conforme al normal *iter* académico de grado-máster-doctorado. De esta admisible cadena contractual se excluyen los supuestos en los que, al momento de formalizar la primera contratación en esta modalidad, la persona trabajadora estuviera ya en posesión de un título superior. Consiguientemente, tras un primer contrato respecto del título de grado, durante el cual se han podido cursar los estudios de máster, a su término puede celebrarse un nuevo contrato para la adquisición de prácticas profesionales en virtud de esa titulación de máster. Sin

¹⁴ La vigente Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional, contempla la existencia de un Catálogo Nacional de Cualificaciones profesionales constituido por las cualificaciones identificadas en el sistema productivo y que sirve de marco referencial para el diseño de los títulos de formación profesional del sistema educativo, así como de los certificados de profesionalidad que constituirán en suma las ofertas de formación profesional.

embargo, esta segunda contratación resulta prohibida si la persona trabajadora ya tenía ese segundo título al momento de celebrar el primer contrato con el objeto de adquirir práctica profesional en relación al título de grado.

Ahora bien, aun tratándose de distintas titulaciones universitarias, de formación profesional o certificados de profesionalidad, el precepto confirma la prohibición de sucesiones contractuales en formación con la misma empresa y para el mismo puesto de trabajo por un tiempo superior a la duración máxima prevista para el contrato. Regla impeditiva que puede lógicamente eludirse manteniendo a la persona trabajadora en la misma empresa durante periodos inferiores al máximo y con variaciones de puesto de trabajo en cada contratación por el mismo o distinto título. La regla tiene lógica desde el momento en que trata de evitar presencias prolongadas, e injustificadas desde el elemento causal formativo, del mismo trabajador en la misma empresa y en el mismo puesto de trabajo a través de varias contrataciones conforme a esta modalidad, aun bajo la “excusa” de responder a distintas titulaciones, y considerando que por el contrario la adquisición progresiva de títulos habilita una sucesión contractual con distintos objetos que implican que la práctica profesional se obtenga mediante la prestación laboral en distintos puestos de trabajo adecuados al correspondiente título.

Por otro lado, junto a la anterior mención limitativa (no del todo desconocida desde el régimen contractual anterior fijado en el art.11.1 ET) se incluye como novedad en el actual art. 11.3.b) ET otra circunstancia impeditiva para la celebración de este contrato que plantea ciertas dudas interpretativas y aplicativas. En la misma línea de eludir sucesiones contractuales de naturaleza práctica formativa que la norma considera indebidas o injustificadas desde el punto de vista causal, se prohíbe que se formalice este contrato para la adquisición de prácticas profesionales cuando la persona trabajadora ya ha estado vinculada con la misma empresa por un tiempo superior a tres meses y “obtenido experiencia profesional o realizado actividad formativa en la *misma actividad* dentro de la empresa”. Obsérvese que no se refiere a que esa previa experiencia o actividad formativa se haya obtenido conforme al mismo nivel formativo respecto de la titulación que podría habilitar a un posterior contrato de adquisición de práctica profesional, sino “en la misma actividad dentro de la empresa”, debiendo entender que tal expresión alude en un sentido finalista, más que conforme a la literalidad de una frase gramaticalmente desafortunada (“actividad formativa en la misma actividad”), al conjunto de operaciones o tareas ofrecidas por la empresa que presenten como nota común su idoneidad para ser ejecutadas con fines formativos prácticos y/o de obtención de experiencia profesional, y alineadas en todo caso al nivel formativo que presente la persona trabajadora en cuestión. Y nótese por lo demás que el precepto, a la hora de formular esta prohibición, no usa intencionadamente el término contratación o contrato como vía de obtención de esa experiencia profesional o de realización de actividad formativa previa. Consiguientemente, la norma podría estar pensando en vinculaciones previas de estudiantes con una empresa bajo el formato de

becas, ayudas subvencionadas o prácticas académicas en el curso de los estudios conducentes a una titulación, ciclo o certificado de profesionalidad, y donde puede ser habitual que los estudiantes realicen varias funciones o tareas dentro de la empresa para ganar mayor nivel de formación práctica y experimentación. Si la presencia del o la estudiante en la empresa, realizando actividades formativas y prácticas, superara los tres meses (coincidente, por lo demás, con habituales periodos de prácticas en empresas conforme a planes y programas de estudios universitarios y de formación profesional), una vez que hubiera obtenido la titulación correspondiente no podrá celebrar un contrato de adquisición de práctica profesional en virtud de tal titulación.

Ahora bien, posiblemente con el fin de eludir los problemas que para los centros educativos podría arrastrar tal prohibición al momento de llegar a acuerdos con empresas para acoger las prácticas curriculares de su alumnado, en tanto que son parte obligatoria del programa de estudios e ineludibles para obtener la titulación que habilitaría a esta modalidad de contrato formativo, el precepto excluye los periodos de prácticas curriculares a la hora de computar ese periodo máximo de tres meses, que podría llegar a totalizarse en suma sólo contabilizando los periodos de prácticas extracurriculares. Ténganse en cuenta, por lo demás, que, tal como se ha visto anteriormente, el contrato de formación en alternancia está llamado a acoger de hecho el desarrollo de prácticas curriculares al amparo de esos convenios de colaboración entre las entidades educativas y empleadoras, y conforme a los planes individualizados de formación que se acuerden conjuntamente. No obstante, si la empresa no quiere formalizar dicho contrato y prefiere mantener una vinculación no contractual con el/la estudiante para desarrollar sus prácticas curriculares, no parecía en modo alguno oportuno penalizar tal opción cara a una eventual y posterior contratación para la adquisición de práctica profesional que la empresa quisiera celebrar con el/la estudiante una vez en posesión de la correspondiente titulación. En consecuencia, si un estudiante de grado universitario o de Formación profesional hizo sus prácticas curriculares en una empresa, pero sin vinculación contractual bajo la modalidad de formación en alternancia, y cualquiera que sea el tiempo en que se mantuvo su presencia en la empresa, podrá celebrar un contrato de adquisición de prácticas profesionales al finalizar los estudios y obtener el oportuno título.

En todo caso, la ordenación de este contrato para la adquisición de práctica profesional no impide expresamente que este pueda celebrarse con una persona trabajadora en posesión de una titulación que ya estuvo vinculada anteriormente con la empresa en virtud de un contrato de formación en alternancia mientras estaba cursando los estudios de aquella titulación. Si no se prohíbe en relación a unas previas prácticas curriculares que se desarrollaron sin contrato, no tiene mucho sentido impedir la contratación para adquirir práctica profesional si con anterioridad aquellas se desarrollaron en la empresa al amparo de un contrato de formación en alternancia. Al respecto podría aducirse que si la persona trabajadora

ya estuvo vinculada contractualmente con la misma empresa a través de la modalidad de formación en alternancia mientras estaba en curso sus estudios, la experiencia práctica adquirida quedaba cumplimentada, desde el punto de vista formativo, sin necesidad pues de efectuar una nueva contratación, ahora en la modalidad de adquisición de práctica profesional, una vez finalizados aquellos estudios. Pero debe recordarse que el fin del contrato de formación en alternancia no es la adquisición de una práctica profesional sino de una estrictamente académica, vinculada a la formación teórica que se está cursando en paralelo, siendo pues distinta la causa de dicho contrato respecto de la que presenta la otra modalidad formativa. Más aún, esta reiteración contractual resultaría lógica en los supuestos en que la nueva vinculación laboral con la misma empresa sea motivada por la idoneidad de adquisición de práctica conforme a distinto nivel de estudios [por ejemplo, estudiante que celebra un contrato de formación en alternancia durante sus estudios de técnico superior de gestión de alojamientos turísticos (Ciclo de grado superior de Formación Profesional) y que al finalizar los mismos inicia el grado universitario en turismo a cuya finalización concierne con la misma empresa un contrato de adquisición de práctica profesional.

c) En cuanto a la *duración de este contrato*, manteniéndose la duración mínima en seis meses, se reduce también el periodo máximo de contratación, que se fija tan solo en un año (frente a la duración de dos años del anterior contrato en prácticas), en un nuevo cierre de posibles fisuras por las que puede colarse un exceso de temporalidad no justificada para esta modalidad contractual, que no evita sin embargo la pregunta sobre si el periodo de un año habría de ser suficiente para que el trabajador pueda adquirir el nivel de prácticas profesionales cual es el objeto de este contrato. Ciertamente es que cualquiera que sea el tope máximo de presencia de un trabajador en una empresa a tal fin, ello habría de depender indiscutiblemente del nivel formativo previo y del trabajo adecuado al mismo que deba desarrollarse, siendo pues el fin formativo-práctico el que debe prevalecer en la concreción, hasta ese máximo del año, de la duración del contrato para la adquisición de práctica profesional. De nuevo, debe advertirse la línea sutil que transcurre por el art. 11 y es la de asociar más estos contratos con el interés educativo y no con el meramente empresarial de contratación de jóvenes con niveles formativos ya adquiridos, completados o no, en condiciones diferenciales justificadas en la carencia de experiencia laboral.

Debe llamarse la atención que el precepto sigue manteniendo el criterio de permitir a la negociación colectiva no sobrepasar los márgenes de duración pero sí delimitar la duración que fuera más apropiada a las características del sector “y de las prácticas a realizar”; una remisión que, como sucedía bajo el modelo referencial anterior, adolecía de escasa virtualidad por la propia imposibilidad de determinar apriorísticamente la relación de causalidad entre tiempo del contrato

y prácticas requeridas por un concreto y específico nivel formativo de entre una amplia variedad de titulaciones y ciclos educativos posibles.

- d) También se reduce el *periodo en el que puede suscribirse el contrato* a contar desde la finalización de los estudios. Una opción reductora que cabe explicar y justificar dentro de esa misma orientación de reducir los márgenes posibles por el que escape una mayor temporalidad, pues desde el punto de vista educativo no tiene relevancia alguna que el periodo sea de tres años (y no de cinco) a la hora de garantizar la inmediatez de las prácticas con la obtención de la titulación.

Por tal circunstancia, carece de justificación que se siga manteniendo un elemento diferencial, en cuanto al periodo habilitado para la contratación, con las personas con discapacidad (pasando de 7 a 5 años), quienes efectivamente pueden requerir mayor tiempo para la finalización de los estudios que el generalmente marcado en la programación de los mismos, o incluso más tiempo de contratación para adquirir convenientemente la práctica profesional requerida, pero la discapacidad no justifica dos años más en el periodo habilitado para celebrar el contrato.

- e) En relación al *periodo de prueba*, que sí es factible pactar en esta modalidad contractual, su nuevo régimen jurídico introduce un cambio significativo al fijar el art.11.3.e) un único y general periodo de duración máxima de un mes (salvo que en convenio colectivo se dispusiera otra duración) que sustituye así la dualidad de duraciones máximas en función del grado o nivel de la titulación o certificado que se acreditara. Resulta pues apropiado el cambio para unificar la duración máxima del periodo de prueba, cualesquiera que fueran los títulos, ciclos o certificados que habilitan al contrato, y consiguientemente para posibilitar que sean las características de unos u otros las que, en última instancia, y con respeto a ese máximo (o al previsto en su caso en el convenio colectivo), marquen para cada contrato la duración del periodo de prueba. Asimismo, el apartado 4.g) del art.11. sigue manteniendo la regla de la no reiteración del periodo de prueba cuando la persona trabajadora siguiera en la empresa con una posterior contratación tras finalizar el de adquisición de prácticas profesionales.

- f) El apartado 3.f) del artículo 11 mantiene la exigencia de la *adecuación del puesto del trabajo* al objeto último de esta modalidad contractual, de manera que aquel permita la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación. Pero ahora el precepto añade ciertas garantías a tal fin, concretas previsiones que actúan a modo de aseguramiento de que el puesto de trabajo a desempeñar por la persona trabajadora cumpla tal exigencia de adecuación: por un lado, imponiendo al empresario la elaboración de un

plan formativo individual donde se concrete el contenido de la práctica profesional, lo que sin duda deberá asociarse al puesto de trabajo idóneo para adquirir la práctica así concretada; y por otro lado, asignándose un tutor/a con la responsabilidad de vigilar el seguimiento y aplicación del plan, así como “el correcto cumplimiento del objeto del contrato”. Una responsabilidad que no solo debe realizarse por quien cuente con la formación y experiencia adecuada, como indica el precepto, sino que además se entiende debe estar en constante cercanía con la persona trabajadora en prácticas para hacer un seguimiento de su actividad, en alineamiento con el plan, y con el fin en su caso de detectar fisuras en el mismo, inadaptaciones o falta en suma de adecuación del puesto de trabajo con la finalidad de obtención de práctica profesional. Cuestión distinta es la exigibilidad real de esta actuación por parte del tutor/a, su reconocimiento y fundamentalmente los efectos o implicaciones que la misma podría tener en el mantenimiento del propio contrato. Sería del todo aconsejable que el reglamento que se anuncia para el desarrollo de aspectos esenciales de los contratos formativos, incluyera disposiciones que completaran y reforzaran el papel, tan solo apuntado, de los tutores durante el desenvolvimiento de un contrato para la adquisición de práctica profesional.

- g) Otra de las novedades significativas que presenta el régimen de esta modalidad contractual refiere a la *retribución*, eliminándose los porcentajes de percepción mínima, diferenciales para cada uno de los dos años de inicial duración que se contemplaban en el anterior contrato en prácticas, para dejar en su lugar el indubitado derecho a percibir exactamente la cuantía prevista para el grupo y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, sin mas reducciones que las exigidas por su proporcionalidad al tiempo de trabajo efectivo que desarrollara la persona trabajadora, considerando que esta modalidad puede celebrarse a tiempo parcial, y siempre que lógicamente el convenio colectivo aplicable no dispusiera un salario diferenciado para este tipo de contratos.

Pensando en esta eventualidad, y siempre con el fin de garantizar un suelo mínimo de contratación, el precepto mantiene la línea de impedir que la retribución que se perciba en el contrato de adquisición de práctica profesional sea inferior al SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo, y añadiendo que tampoco puede ser inferior a la retribución mínima establecida en el contrato para la formación en alternancia. Una remisión que tiene dudosa explicación pues para este último contrato el art.11.2.m) contempla porcentajes mínimos de retribución que son distintos según el primer o segundo año de duración del contrato, no sirviendo pues como mínimos referenciales para el contrato de adquisición de prácticas que solo tiene un año como duración máxima, al margen de que en cualquier caso, también para la retribución de un contrato de formación en alternancia, se tiene como suelo

mínimo garantizado el SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Quizás esta alusión solo tenga carácter “pedagógico” para el empresario, advirtiendo que no se puede retribuir a los contratos para la adquisición de práctica profesional con una cuantía inferior a la que pueden percibir en la misma empresa los contratos para la formación en alternancia, en proporción al tiempo de trabajo efectivo, lo que tampoco tendría mucho sentido cuando realmente la experiencia aplicativa de estas modalidades formativas ha evidenciado que los contratados en formación perciben menos salario que los de en prácticas, aun bajo los mismos criterios de proporcionalidad al tiempo de trabajo efectivo.

h) A la *finalización del contrato* de adquisición de práctica profesional, el apartado 3.g) del artículo 11 reconoce el derecho de la persona trabajadora a obtener una certificación del contenido de la práctica realizada, al modo ya previsto para el anterior contrato en prácticas por el art.4 del RD 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del ET en materia de contratos formativos. Al igual que para el contrato de formación en alternancia, y también como disposición común, el apartado 4.g) del art.11 mantiene la mención a la posibilidad de computar el tiempo de este contrato formativo a efectos de antigüedad en el caso de que la persona trabajadora continuase en la empresa bajo una nueva y distinta modalidad contractual.

4. DISPOSICIONES COMUNES

El apartado 4º del artículo 11 ET acoge bajo esta mención una serie de cuestiones que responden a variada orientación y finalidad por cuanto algunas de ellas afectan a elementos estructurales o esenciales de ambas modalidades de contrato formativo, mientras que otras no son más que remisiones o llamadas a otras fuentes de ordenación y disposición al objeto de completar la ordenación que presenta en este punto el ET.

Ahora bien, no solo los contenidos de este apartado 4º responden al paraguas formal de disposiciones comunes a ambas modalidades de contratos formativos, pues bajo el mismo también cabe ubicar prácticamente la totalidad de las indicaciones contenidas en los apartados 5º a 7º del mismo precepto, y que bien podrían haber formado parte del contenido de ese apartado 4º. Quizás la atención a consideraciones de orden sistemático o metodológico (evitar una extensión excesiva de las menciones, o resaltar la peculiaridad de algunas de ellas) pudiera estar detrás de la opción de marcar su independencia en apartados diferenciados. Consiguientemente se va a hacer seguida alusión aquí al conjunto de las referencias contenidas en los cuatros apartados finales del art.11 que, como se ha indicado, afectan a elementos estructurales o esenciales de los contratos

formativos o bien son remisiones a intervenciones o actuaciones de naturaleza complementaria para la celebración y desenvolvimiento de los mismos.

4.1. Menciones comunes sobre aspectos sustanciales de los contratos formativos

A este grupo responderían aquellas referencias contenidas especialmente en el apartado 4º y que son en definitiva traslación, bajo nueva formulación de disposición común, de previsiones ya contenidas en el anterior art.11 ET y en otras normas de desarrollo (RD 488/1998 y RD 1529/2012).

1. Como tales, la mención del *apartado 4.a)* del art.11 a la *acción protectora de la Seguridad Social*, cubriendo todas las contingencias protegibles y prestaciones, y que con anterioridad se asociaba tan solo para los contratos en formación y el aprendizaje (anterior art.11.2.h) mientras que en la actual redacción se expresa con carácter general para el contrato formativo, abarcando pues a sus dos modalidades, lo que no significa que a partir de ahora se sometan los contratos de adquisición de práctica profesional a una acción protectora de la que anteriormente se carecía. En puridad, los contratos en prácticas no encontraban ninguna fisura protectora en relación con la dispensada con carácter general, como tampoco los contratos en formación y aprendizaje, pero sí se consideró oportuno indicarlo expresamente para estos últimos habida cuenta de que durante su recorrido normativo en las últimas décadas sí ha habido momentos en los que la norma aceptaba ciertas limitaciones o reducciones en la cobertura prestacional de tales contratos. El legislador reformista parece haber mantenido la idoneidad de conservar la misma mención, ahora común a los dos tipos de contrato formativo, para ahuyentar cualquier duda al respecto.
2. Asimismo, el *apartado 4º b)* recoge la regla de la *interrupción del cómputo de duración del contrato formativo* (de una y otra modalidad) por el acaecimiento de las circunstancias expresamente mencionadas [incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género] que ya se encontraba recogida en la anterior redacción del art.11 ET, pero reiterada para cada tipo de contrato en el apartado correspondiente [*apartado 1.b in fine* para el contrato en prácticas, y *apartado 2.b. in fine* para el contrato de formación y aprendizaje].
3. Igualmente hay una acogida, ahora como disposición común [*nuevo apartado 4.g)*], de la mención que se contenía en el anterior art.11 tanto para el contrato en prácticas (*apartado 1.f*) como para el de la formación y el aprendizaje (*apartado 2.i*), relativa a los *efectos de una continuidad contractual* de la persona

trabajadora en la misma empresa, tras la conclusión de un inicial contrato formativo: cómputo de este periodo contractual a efectos de antigüedad en la empresa, y prohibición de un nuevo periodo de prueba¹⁵. Sin embargo, esta última mención, a pesar de contar entre las disposiciones comunes, no puede aplicarse en relación a un previo contrato para la formación en alternancia en tanto que el propio art.11.2.1) prohíbe que incluyan un periodo de prueba. Posiblemente el legislador se ha dejado llevar por cierta práctica de reiteración de un texto en otro, salvo que quiera interpretarse su inclusión aquí como una implícita intención de que las prácticas académicas efectuadas bajo el contrato en formación y alternancia sirvan a modo de periodo de prueba a gran escala que haga ineficaz un periodo de prueba posterior en un nuevo contrato siempre que se trate del mismo puesto de trabajo o función desempeñada en el anterior formativo.

4. En este grupo de disposiciones reformuladas cabe mencionar la referencia contenida en el *apartado 4.c)* a la debida *formalización del contrato formativo por escrito*, como obligación que aun no mencionada expresamente en el anterior redactado del art.11¹⁶, resultaba en todo caso exigible en virtud del art.8.2 ET (por cierto, no modificado por el RD-Ley 32/2021 para acoger las nuevas denominaciones de los contratos formativos). Pero más importante que un supuesto recordatorio al carácter escrito del contrato, es sin duda el contenido que debe constar en el mismo por imperativo del nuevo art.11.4.c). Habiéndose optado por sustentar deliberadamente tanto el contrato de formación en alternancia como el de adquisición de práctica profesional en unos *planes formativos individualizados* (coordinados con los centros formativos en el primer caso, y elaborados por el empresario en el segundo), resulta de suma importancia que tales planes consten en el contrato como elementos que no solo condicionan y justifican la prestación laboral práctica sino que también actúan de garantes de la correcta adecuación de tal prestación a los niveles formativos adquiridos previamente. Se convierten así los planes formativos individualizados en verdaderas cláusulas contractuales que delimitan las obligaciones prestacionales de las partes del contrato: la empresa debe ofertar y garantizar un puesto de trabajo adecuado para que la persona trabajadora desempeñe unos cometidos o funciones alineadas a sus conocimientos teóricos

¹⁵ Entendiéndose, al igual que bajo el régimen precedente, siempre que el puesto de trabajo en el que se mantenga la persona trabajadora sea el mismo que el prestado conforme al anterior contrato formativo.

¹⁶ Recordando en todo caso la exigencia de forma escrita que se ordena para el contrato en prácticas por el art.4.3 del RD 488/1998, y en el art.7 del RD 11529/2012 para el contrato para la formación y el aprendizaje.

previamente adquiridos (durante un itinerario formativo en curso o ya finalizado) y que les permitan alcanzar un determinado nivel de prácticas. Siendo así, qué duda cabe de que el contrato se va a someter a unas condiciones que no son únicamente las determinadas por la empresa y en respuesta casi en exclusiva a su particular interés, más allá de garantizar o facilitar el fin formativo del contrato. El plan individualizado (y en su caso el acuerdo de colaboración) va a actuar no solo de importante condicionamiento impuesto a la libre y autónoma voluntad contractual del empresario sino también como mecanismo formal a través del cual la entidad formativa (en caso de contrato de formación en alternancia) o directamente la persona trabajadora (para el supuesto de contrato de adquisición de práctica) puedan controlar el cumplimiento de las exigencias prestacionales derivadas de dicho plan formativo y actuar consiguientemente en caso de desconocimiento o inaplicación del mismo. En cierto modo el empresario pierde el control total y absoluto sobre el contenido y condiciones del contrato formativo, en relación al contexto derivado del régimen anterior, y este cambio normativo de efectos contractuales puede originar efectos no deseados, especialmente en cuanto a la celebración de contratos de formación en alternancia donde esa intervención externa por terceros ajenos a las partes del contrato es clara y evidente.

Independientemente de ello, habrá que esperar a cómo se aborda el nuevo formato de los contratos formativos para comprobar el modo de acogida de tales planes individualizados de formación, así como los convenios y acuerdos de colaboración firmados entre empresa y entidad formativa (para el contrato de formación en alternancia) y si se incluyen como anexos necesarios al contrato o bajo otra formalidad hasta el punto de considerar que su ausencia arrastre la invalidez del contrato mismo o la presunción de contrato indefinido por no cumplimiento de la forma escrita.

5. Mención especial merece también el régimen de excepcionalidad en cuanto a la *edad*, previsto para *personas con discapacidad o colectivos en situación de exclusión social* que celebren un contrato formativo con una empresa de inserción, ya contemplado inicialmente en el anterior art.11.2.a) *in fine* del ET, y que se formula ahora en el *apartado 4.d)* con elementos de novedad que no terminan de dotar sin embargo de la necesaria justificación a dicho régimen.

Por un lado, porque la no necesaria observancia del límite de edad en los contratos que se celebren entre los sujetos mencionados sólo tiene virtualidad respecto de la modalidad de formación en alternancia (no para el de adquisición de prácticas) y siempre que se suscriba, como ya se decía con anterioridad a la reforma, en el marco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, y de programas formativos en alternancia que formen parte del Catálogo de especialidades formativas del sistema nacional de empleo, para los que se prevé el límite de edad

de 30 años (nuevo art. 11.2.b). En consecuencia, no tenía sentido incorporar esta mención como disposición común con la modalidad de adquisición de prácticas, y hubiera bastado con mencionar en dicho precepto, allí donde se apuntaba pues a ese límite de edad, su excepcionalidad para determinados sujetos, tanto empresa como trabajador, del contrato¹⁷.

Por otro lado, esta entrada de lo dispuesto en el apartado 4.d) entre las disposiciones comunes sólo cabría entenderla por la adición de una nueva excepcionalidad, para los mismos sujetos, relativa a la duración del contrato formativo, acogiendo pues ambas modalidades. Puede admitirse sin duda que personas con discapacidad y colectivos en exclusión social, en atención a sus personales especificidades, puedan requerir un tiempo, más allá de la duración normal del contrato, para adquirir la formación práctica adecuada. Pero siendo así, considerando pues las particularidades de las personas trabajadoras que celebran el contrato, resultaría incoherente limitar tal contemplación excepcional a los casos en que fueran contratadas por determinadas empresas y no se hiciera extensiva a cualquier empresa contratante. En este sentido, el artículo 11.4.d) ET apunta a la no aplicación de la duración máxima del contrato formativo cuando se concierte “con personas con discapacidad o con colectivos en situación de exclusión previstos” en la Ley 44/2007, reguladora del régimen de las empresas de inserción, en los casos en que “sean contratados por parte de las empresas de inserción”. En un primer momento parecería que la excepcionalidad abarque a los supuestos en que ambos colectivos (personas con discapacidad y sujetos en exclusión social) fueran contratados por empresas de inserción. Sin embargo, una interpretación tanto gramatical como finalista del precepto conduciría a considerar que de tal excepcionalidad sólo se podrían beneficiar las empresas de inserción cuando contrataran en estas modalidades formativas a colectivos en situación de exclusión social (siendo por lo demás su inserción laboral el objetivo fundamental de este tipo de empresas), dejando al margen a las personas con discapacidad cuya contratación en modalidades formativas se beneficiaría también de la misma excepcionalidad en cuanto a la duración del contrato, cualquiera que fuera la empresa contratante. En todo caso, el precepto no resiste la crítica de que se eluda indirectamente la contratación bajo modalidad formativa, y por todo tipo de empresas, de personas

¹⁷ Por cierto, con la debida mención a otra excepcionalidad en cuanto a la edad posible para el contrato de formación en alternancia que recoge la nueva redacción, dada por el RD-Ley 32/2021, de la Disposición Adicional 9ª de la Ley de Empleo, relativa a contratos vinculados a programas de activación para el empleo”, cuyo apartado 2º indica que las personas trabajadoras mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación previstos en la misma Ley, “podrán ser contratadas mediante el contrato formativo previsto en el art.11.2 del ET”. Una deficiencia técnica legislativa ésta de insertar mediante disposición adicional en una ley distinta un aspecto esencial del régimen del contrato formativo, que hubiera podido solventarse con la mención de esta excepcionalidad en la edad en el propio art.11.2 ET y remitiendo al efecto en su caso a la Ley de Empleo.

en situación de exclusión social, habida cuenta de su diversidad como colectivo y consiguientemente de sus particulares condicionamientos, y que no se haya optado por favorecer o impulsar, en cierto modo, su contratación por cualquier tipo de empresa al amparo de un plan formativo individualizado.

Quedando pues indefinida en la letra del precepto la duración de los contratos formativos que puedan celebrarse con unos y otros colectivos (las personas en exclusión social en empresas de inserción y las personas con discapacidad en cualquier empresa, sea del régimen general o del protegido, como son los centros especiales de empleo), se requiere lógicamente fijar unos límites de contratación para ambos supuestos que sean adecuados y suficientes para el desarrollo y cumplimiento del plan formativo, en adecuación a las particularidades de los sujetos (circunstancias de exclusión y grado de discapacidad). El precepto hace a tal efecto una directa remisión a un desarrollo reglamentario, pero dada la esencialidad de la duración del contrato, como condición contractual, hasta que dicho reglamento no vea la luz no podrán celebrarse estas modalidades formativas con personas con discapacidad y con quienes se encuentren en situación de exclusión social.

6. Finalmente cabe mencionar como disposición común de naturaleza estructural la contenida en el *apartado 4.h)* relativa la presunción *iuris et de iure* de celebración como contratos indefinidos de carácter ordinario de aquellos contratos formativos concertados en fraude de ley o en los que la empresa incumpla sus obligaciones formativas, atrayendo al precepto estatutario una mención que ya aparecía en el art. 22 del RD 488/1988, de 27 de marzo, reforzando así su valor en línea con la acogida en sede judicial donde tal presunción ha sido particularmente operativa en el anterior contrato para la formación y en aprendizaje en tanto que el elemento formativo constituía la causa misma de su celebración y consiguientemente su desconocimiento o incumplimiento arrastraba la declaración de fraude de ley con el efecto derivado de la misma.

4.2. Remisiones y llamadas a actuaciones complementarias en el régimen de los contratos formativos

Por muy amplia que fuera la experiencia normativa y aplicativa de los contratos formativos a través de sus diseños precedentes y por muy extenso y detenido que hubiera sido el tiempo dedicado a delinear sus nuevos contornos, es justificable, y hasta cierto punto habitual, dejar ciertas cuestiones, no necesariamente de mero detalle, a una ulterior ordenación a la que da paso la norma estatutaria. Así sucede particularmente en más de una ocasión desde el art. 11 ET con remisiones a fuentes propias de la relación laboral: disposición reglamentaria y convenio colectivo. Una técnica de remisión que tampoco es desconocida en el contexto de los contratos formativos, y que en el nuevo precepto modificado por obra del RD-Ley 32/2021, va a adquirir también una especial significancia por las cuestiones que se dejan

a la ordenación dispensada por dichas fuentes. Pero junto a estas remisiones, el precepto contiene otras indicaciones dirigidas al sujeto empleador, bien en forma de mandato, bien como prohibición, o bien a modo de facultad, (orientando su conducta hacia facultades u obligaciones de no hacer) y que le identifican como colaborador necesario en el cumplimiento de ciertas previsiones y objetivos contemplados en la norma misma.

Comenzando por las remisiones materiales a la intervención reglamentaria, el art.11 se expresa así en varias ocasiones. En primer lugar, en el *apartado 2.f)*, en sede de contrato de formación en alternancia, remitiendo el sistema de impartición y características de la formación, así como los aspectos relacionados con la financiación de la actividad formativa. En segundo lugar, el *apartado 3.j)* remitiendo en relación al contrato para la obtención de práctica profesional, casi en paralelo con el anterior contrato, “el alcance de la formación”, pero añadiendo como de especial contemplación las actividades formativas dirigidas a digitalización, sostenibilidad, e incluyendo microacreditaciones. En tercer lugar, y ya entre las disposiciones comunes, por un lado, el *apartado 4.d)*, dejando en manos reglamentarias los límites de edad y de duración del contrato formativo para la contratación en formación de personas con discapacidad y de colectivos en situación de exclusión social; y por otro lado, el *apartado 4.i)*, realizando igual delegación con los requisitos de celebración de los contratos formativos, como es el número de contratos por tamaño del centro, el número de personas en formación por tutor/a, o las exigencias en relación con la estabilidad de la plantilla.

Por su parte, las remisiones a una necesaria intervención de la negociación colectiva se producen en dos ocasiones, ambas también entre las indicaciones de naturaleza común para ambas modalidades.

La primera de ellas, la remisión que se hace desde el *apartado 4.e)* del nuevo art.11 a la negociación colectiva para determinar no solo, como en el redactado anterior (que por lo demás solo se preveía para el contrato en prácticas), los puestos de trabajo o grupos profesionales que puedan desempeñarse con un contrato formativo, sino también las actividades o niveles que puedan prestarse bajo el mismo, cubriendo así el conjunto de referencias categoriales a utilizar en las empresas (y dispuestas en textos convencionales) para el detalle de la clasificación profesional. En este contexto de remisión a la negociación colectiva, merece un particular apunte el hecho de que a tal efecto se incluya expresamente al convenio sectorial autonómico al mismo nivel que el estatal, en un claro guiño a los defensores de tal estructura negocial y que como es sabido fue objeto de especial atención desde la negociación del RD-Ley 32/2021.

Y la segunda de las remisiones expresas a la negociación colectiva para completar aspectos de la regulación de los contratos formativos es la contenida en el *apartado 6*, y que reproduce literalmente la previsión contenida en el anterior art.11.3 como pauta aplicable para las dos modalidades de contrato formativo: “En

la negociación colectiva se fijarán criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos. Asimismo, podrán establecerse compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido”.

Al margen de estos mandatos a una necesaria ordenación complementaria por la negociación colectiva de cuestiones ya dispuestas en el art.11 ET, en el mismo precepto vuelven a reproducirse conocidas remisiones a lo que ya dispusiera el convenio colectivo aplicable en relación a cuestiones como la jornada máxima para concretar los porcentajes de tiempo de trabajo efectivo de los contratados en formación en alternancia [apartado 2.i)], la retribución a percibir en dichos contratos [apartado 2.m], la duración del periodo de prueba que pueda fijarse en contratos para la adquisición de práctica profesional [apartado 3.e)], o la retribución por el tiempo de trabajo efectivo en estos mismos contratos [apartado 3.i)].

Finalmente, como indicaciones dirigidas al sujeto empleador que celebra un contrato formativo en cualquiera de las dos modalidades, se identifican en el art.11 las siguientes:

En primer lugar, la expresada en el *apartado 4.f)* y que se incorpora como auténtica novedad entre las disposiciones ordenadoras de los contratos formativos y que trata de eludir los riesgos declarados de recurrir a personal en formación para cubrir indebidamente necesidades estructurales de la empresa. La norma es pues firme en declarar una clara obligación de no hacer impuesta al empleador, o antes bien una facultad condicionada en tanto que se le posibilita celebrar contratos formativos aun cuando la empresa esté aplicando medidas de suspensión o reducción de jornada (artículos 47 y 47 bis, en el nuevo redactado expresado en el RD-Ley 32/2021), siempre y cuando los contratados en formación no sustituyan las tareas o funciones de las personas trabajadoras afectadas por tales medidas. El tema que queda abierto es cómo garantizar el correcto cumplimiento de tal condición puesto que, por ejemplo, tratándose de un contrato de formación en alternancia, al definir el objeto del mismo a través del plan individualizado de formación, en coordinación con la entidad formativa, ésta no tiene medio de saber que la empleadora pueda estar aplicando tales medidas de flexibilidad interna y así controlar la no coincidencia de tareas o funciones, así como tampoco la persona que vaya a celebrar un contrato para la adquisición de práctica profesional, que puede desconocer a ese momento la situación que pueda estar atravesando la empresa en tal sentido. Consiguientemente, el peso del debido control para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en este apartado habría de recaer de forma ineludible sobre los mecanismos de representación de los trabajadores preexistentes en la empresa, a falta del oportuno cruce de datos (de contratos formativos celebrados y de ERTES abiertos en la misma empresa) que resultaría aconsejable desde los servicios públicos de empleo para poder detectar posibles irregularidades en la contratación.

La segunda de las indicaciones al sujeto empleador, esta vez expresada en términos imperativos e indicando el sentido obligatorio de su actuación, se recoge en el *apartado 5* del art.11, si bien diversificada en dos referencias. Por un lado, la obligada información a la representación legal de las personas trabajadoras de ciertos datos y elementos que tal como se mencionan afectan exclusivamente al contrato de formación en alternancia y no al de adquisición de prácticas profesionales, en cuanto que deben ser objeto de ese deber informativo los acuerdos de cooperación formativa celebrados con la entidad formativa, con constancia de los debidos planes individualizados de formación, así como los requisitos y condiciones del desarrollo de la actividad de tutorización. De esta manera, los representantes del personal podrán conocer las obligaciones formativas que se derivan para el empleador, tal y como se expresan en dichos documentos cuyo contenido se convierte así, como se indicaba, en el clausulado condicional de la corrección de este contrato y su adecuación a los fines formativos del mismo. Asimismo, y en cuanto que los tutores son parte esencial a tales efectos, resulta mas que oportuno que los representantes tengan conocimiento de las condiciones en las que se nombran a los tutores de empresa y de la actividad encomendada a los mismos, con el fin de que aquellos puedan desarrollar eficazmente su misión de seguimiento y control de la actividad laboral que prestaran los contratados en formación en alternancia. Y, por otro lado, la segunda de las indicaciones destinadas al empleador contenida en el segundo párrafo de este apartado 5º también acoge una actuación debida tan sólo para el supuesto de contrato de formación en alternancia, al exigir igual deber informativo con los representantes del personal cuando la empresa celebre “diversos contratos vinculados a un único ciclo, certificado o itinerario en los términos referidos en el apartado 2.h)”. Una remisión a las circunstancias prevista en este apartado que requiere una precisión interpretativa habida cuenta de que en el mismo se contemplan dos situaciones: una regla general y una excepción.

La primera es la de un único contrato de formación en alternancia por cada ciclo formativo, considerando que fuera a desarrollarse por el mismo sujeto en una sola empresa. La excepción permite, no obstante, la celebración de varios contratos de la misma naturaleza, con el mismo sujeto, y para distintas empresas, correspondiendo al mismo ciclo, aunque con distintas actividades en cada uno de los contratos, y a condición de que la suma de la duración de todos ellos no supere la máxima prevista para este tipo de contratos.

Siendo así, la información a los representantes del personal acerca de “los diversos contratos vinculados a un único ciclo, certificado o itinerario” que celebre la empresa, tal como dispone el apartado 5º, no parece asociarse a los formalizados con arreglo a la regla general, esto es, un sujeto/un contrato formativo/una sola empresa (información a la que ya de por sí accederían en virtud de lo previsto en el art.8.4 ET), sino a la excepción de diversos contratos vinculados a un único ciclo con distintas empresas, pretendiendo aparentemente la norma que los representantes conozcan aquellos casos en los que la persona contratada en formación en

alternancia lo ha sido ya anteriormente en otra empresa y para el mismo ciclo, certificado o itinerario, con el fin precisamente de controlar que al menos la nueva contratación sea para desempeñar distintas actividades de las ya prestadas con anterioridad. Si esta es la intencionalidad del precepto, lógicamente la empresa debe conocer, al momento de formalizar el contrato, que concurre la circunstancia de pluricontratación del mismo sujeto conforme a idéntico ciclo, certificado o itinerario. Condición a la que sirve precisamente la última de las menciones dirigidas a las empleadoras de contratos formativos, recogida en el apartado 7, orientando su conducta hacia la solicitud de información por el servicio público de empleo relativa a si quienes pretenden contratar lo han estado previamente bajo la misma modalidad y en su caso la duración de esas contrataciones. Adviértase, no obstante, que esa indicación a las empresas se expresa en términos facultativos (“podrán”) y no imperativos, y para abarcar una información a proporcionar por el SPE no ligada únicamente a la posible pluricontratación de formación en alternancia (para dar cumplimiento a la obligación informativa señalada en el párrafo 2º del apartado 5º) sino también para la adquisición de prácticas profesionales.

5. APUNTES FINALES

5.1. Sobre las peculiaridades de cotización en estos contratos

En primer lugar, cabe citar la modificación operada por el RD-Ley 32/2021, en la Disposición Adicional 20ª del ET, y que mantiene en lo sustancial el esfuerzo promocional de los contratos formativos con personas con discapacidad a través de una doble vía. Por un lado, unificando el régimen de reducción de cotizaciones para una y otra modalidad al fijar con carácter general la bonificación del 50% de la cuota empresarial de la SS correspondiente a contingencias comunes, previstas para estos contratos, sin distinguir ya (como en la redacción precedente) la situación de los contratos para la formación y el aprendizaje para los que se preveía una cotización especial y en consecuencia sobre la que se aplicaba la bonificación del 50%. No obstante, y como se verá a continuación, por efecto de la nueva Disposición Adicional 43ª de la LGSS, introducida por el RD 32/2021, la cotización prevista para el contrato de formación en alternancia se somete a reglas que apuntan a una cuantía inferior. Y por otro lado, insistiendo en la protección dispensada a las personas con discapacidad que trabajen en Centros Especiales de Empleo mediante contratos formativos, al mantener las peculiaridades que al respecto se recogen en el art.7 del RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo (como duración del contrato, control de los contenidos formativos, bonificaciones, tiempos para la formación teórica, etc.). Pero nótese que dicho precepto se refiere particular y expresamente al “contrato para la formación”, y solo respecto de él resulta lógico pues que contemple la

singularidad de una distinta determinación de los tiempos dedicados a la formación teórica. De ahí que inicialmente la redacción anterior de esta Disposición Adicional 20ª ET aludiera a su aplicación tan solo a los contratos en formación y aprendizaje que se celebraran con dichos trabajadores. En un aparente recurso a la mera técnica de sustituir un término por otro (el de contrato para la formación y el aprendizaje por el de contratos formativos, y que englobaría a las dos modalidades previstas en el art. 11) se ha pasado por alto la dificultad de extender esas peculiaridades del art. 7 del citado RD 1368/1985, al contrato para la adquisición de práctica profesional en tanto que éste presenta singularidades propias que podrían merecer otro tipo de adaptaciones o ajustes tratándose de personas con discapacidad contratadas bajo tal modalidad en centros especiales de empleo.

En segundo lugar, y como se apuntaba anteriormente, el art.3 del RD-Ley 32/2021 introduce una nueva Disposición Adicional en la LGSS (RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), la Disposición 43ª relativa a *cotización a la Seguridad Social de los contratos formativos en alternancia* y a los que, por un lado, les hace aplicación de los beneficios de cotización que ya estuvieran establecidos, al momento de la entrada en vigor de dicha Disposición, para los precedentes contratos para la formación y el aprendizaje (apartado 4); y por otro lado, expresa un inicial sometimiento a las reglas generales de determinación de la base de cotización mensual por contingencias comunes, para a continuación hacer depender de su resultado el importe real último de la cuota a ingresar por empresario y trabajador. De este modo, si por aplicación de dichas reglas generales resultara una base de cotización inferior a la base mínima fijada para el régimen en cuestión, en lugar de aplicar ésta, se ingresará el importe de las cuotas únicas que fije la Ley de Presupuestos Generales del Estado específicas para estos contratos de formación en alternancia¹⁸. Si, por el contrario, la base de cotización resultante por aplicación de las reglas generales fuera superior a la base mínima mensual de cotización, se ingresarían las mismas cuotas únicas fijadas más el importe resultante de aplicar los tipos de cotización correspondientes a la cuantía diferencial entre ambas bases. En definitiva, un sistema de cotización aparentemente intermedio entre el resultante de considerar las reglas generales de cotización sobre bases reales (en función pues de salarios) y otro de cuotas únicas para todos los contratos de formación en alternancia (cualquiera que fuera su retribución) y en consecuencia

¹⁸ Cuotas únicas tanto de contingencias comunes, como de contingencias profesionales, así como las de recaudación conjunta (Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional), apareciendo esta última cotización como novedad en relación al régimen precedente para los contratos para la formación y el aprendizaje a los que se les eximía de cotizar por este concepto.

Desde septiembre de 2021, y a la espera de previsiones para 2022, se mantienen vigentes las cuotas únicas mensuales fijadas en el art.42 de la Orden PCM/1353/2021, de 2 de diciembre, 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 2021.

intentando mantener un nivel de cotización que sin penalizar la carrera de seguro de los trabajadores minimice los costes de esta contratación para el empleador.

Ahora bien, esta nueva Disposición Adicional 43^a no entrará en vigor hasta transcurridos los tres meses de la entrada en vigor del RD-Ley 32/2021, por expresa declaración de su Disposición Final 8^a. De ahí que la Disposición Transitoria 2^o del mismo RD-Ley, relativa al “régimen transitorio en materia de cotización a la Seguridad Social aplicable a determinados contratos formativos”, concrete que, mientras ese momento no llegue, la cotización del contrato en formación en alternancia que se suscriba a partir de la vigencia del RD-Ley 32/2021 se hará conforme a lo dispuesto en el art.106 LPGE¹⁹. En consecuencia, se mantiene el criterio de establecer un sistema de cotización diferenciado únicamente para los contratos de formación en alternancia, dejando al margen los contratos para la adquisición de practica profesional que se someten a las reglas generales de cotización.

De forma complementaria, la misma Disposición Adicional 43^a de la LGSS declara la aplicación a los contratos de formación en alternancia de los beneficios de cotización que estuvieran establecidos para los contratos en formación y aprendizaje. Consiguientemente, se mantiene la aplicabilidad de la Disposición Adicional 20^a del ET, recogiendo bonificaciones en la cotización por la celebración con personas con discapacidad de contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje: 50% de las cotizaciones en el primer caso, correspondientes por contingencias comunes, y en el segundo, de las cotizaciones previstas para dicho contrato. Y con ello se mantiene la incoherencia de fijar una bonificación inferior para personas con discapacidad que la que pudiera percibir la empresa de contratar directamente a quien está desempleado (sea o no persona con discapacidad), porque, en efecto, se mantienen por ahora aquellas otras bonificaciones previstas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral, en caso de contratación para la formación y el aprendizaje con desempleados inscritos en la oficina de Empleo²⁰, sin olvidar las bonificaciones de las que se benefician

¹⁹ El apartado 12 del art.106) de Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de PGE para 2022, relativo a la cotización en los contratos para la formación y el aprendizaje, simplemente señala que a partir del 1 de enero de 2022 se incrementarán las cuotas por contingencias comunes a cargo del empresario y a cargo del trabajador, por contingencias profesionales, por Desempleo y al Fondo de Garantía Salarial, ya vigentes a 31 de diciembre, en el mismo porcentaje que aumente la base mínima del Régimen General de la Seguridad Social. Y al respecto, el art.106.1.2 de la misma Ley recoge lo ya previsto en el art.19.2 LGSS, respecto a que la base mínima equivaldrá a la cuantía del SMI vigente en cada momento, incrementada en un sexto.

²⁰ Una reducción del 100% del total de la cotización de empresa y trabajador si empresa cuenta con una plantilla inferior a 250 trabajadores; y una reducción del 75% de la cuota empresarial y del 100% de la del trabajador, si la plantilla es igual o superior a 250 trabajadores. En ambos casos la reducción se mantiene durante toda la vigencia del contrato.

los Centros Especiales de Empleo cuando contratan a desempleados en prácticas o para la formación y aprendizaje²¹.

En cuanto a las bonificaciones por conversión en indefinido de un previo contrato formativo, habría que entender vigente para los nuevos contratos de formación en alternancia la previsión contenida en el art.3 de la citada Ley 3/2012 que contempla una reducción de la cotización empresarial tan solo en caso de transformación de un contrato en formación y aprendizaje al finalizar su duración inicial o prorrogada (la reducción prevista es de 1.500 euros/año, durante tres años, pero se eleva a 1.800 euros/año si la persona contratada es mujer), así como también aplicable la previsión recogida en el art. 2.2.1. de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo, en el supuesto de transformación en indefinidos de contratos formativos suscritos con trabajadores con discapacidad²².

5.2. Sobre vigencia, derogaciones normativas y desarrollo reglamentario

La Disposición Final 8ª del RDL-Ley 32/2021 contempla una fecha distinta de entrada en vigor para la modificación operada en el art.11 ET, fijándose a los tres meses de su publicación en el BOE, esto es, al 30 de marzo de 2022, para facilitar así el tránsito de un régimen a otro, especialmente tratándose del contrato de formación en alternancia donde son más profundas y complejas las variaciones expresadas. Y entre ellas el nuevo sistema de cotización previsto en la nueva Disposición Adicional 43 de la LGSS, razón por la cual también se aplaza su entrada en vigor a la misma fecha. A partir pues de esa entrada en vigor aplazada no podrán celebrarse otros contratos formativos que no sean los ajustados al nuevo artículo 11 ET, si bien los formalizados en fecha precedente seguirán rigiéndose por los términos recogidos con anterioridad por el mismo, hasta tanto aquellos lleguen a su duración máxima (Disposición Transitoria 1º RD-Ley 32/2021).

Y más allá del artículo 11 ET, queda la cuestión de la situación jurídica en la que se encuentra todo el conjunto de disposiciones de desarrollo de dicho precepto acaecidas en distintas fases históricas que han acogido y expresado a la vez diversas modificaciones en el régimen jurídico de los contratos formativos. Disposiciones como el RD 488/1998, de 27 de marzo, el RD 1529/2012, de 8 de

²¹ De conformidad con el art. 2.3 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo, se trata de una bonificación del 100% de la totalidad de la aportación empresarial durante todo el contrato.

²² Aplicándose la misma bonificación que en caso de inicial contratación indefinida de una persona con discapacidad, esto es, en el supuesto de contratación indefinida, tendrán derecho a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, de su equivalente diario por trabajador contratado, de 375 euros/mes (4.500 euros/año) durante toda la vigencia del contrato.

noviembre, o la Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, y que sin ser derogados expresamente por el RD-Ley 32/2021 deben entenderse bajo derogación implícita al quedar referidos a unos contratos que se acogen ahora bajo nueva denominación y diferente modelo normativo.

En todo caso su derogación expresa queda a expensas de un necesario desarrollo reglamentario, sea conjunto o diferenciado de las dos modalidades de contrato formativo, no solo para cumplimentar aquellas cuestiones de su ordenación que son objeto de remisión por el RD-Ley 32/2021, sino de manera muy particular para resolver algunos interrogantes (en especial en el contrato de formación en alternancia) y cerrar algunas fisuras en el régimen delineado por el ET y que se evidencian como de necesaria integración a los fines de ofrecer, como es pretendido por la propia norma reformista, una regulación eficaz de estos contratos para facilitar y mejorar las posibilidades de incorporación de los jóvenes en el mercado de trabajo. Es de esperar al menos que se cuide esa norma reglamentaria y que no se recurra una vez más a la técnica de la reproducción o traslado de referencias de una disposición a otra, como si solo hubiera un cambio de denominación en los contratos. Las modificaciones han sido de enorme entidad y realmente se aprecia un cambio de modelo en aquella modalidad tradicionalmente más débil desde el punto de vista estructural, como es el contrato en formación, aprendizaje y ahora en alternancia, y que se ve al presente claramente reforzada con la intervención decidida y esencial de las instancias educativas, que por lo demás también esperarán que el camino de la colaboración con empresas y otras entidades empleadoras sea facilitado por una clarificada, segura y eficaz regulación normativa de estos contratos formativos.

EL CONTRATO TEMPORAL POR RAZONES PRODUCTIVAS

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras clave: principio de causalidad, contrato temporal, circunstancias de la producción

La reforma laboral de 2021 establece como uno de los objetivos principales del mismo acabar con los graves problemas de nuestro mercado de trabajo, la temporalidad y la precariedad, en línea con las exigencias de la Unión Europea de afrontar esta carencia. Para ello se vuelve a poner en el centro de la contratación el principio de causalidad (preferencia por la contratación indefinida), reduciendo la tipología de contratos temporales exclusivamente a aquellos que respondan a necesidades objetivas estructurales de la empresa y reforzando el contrato fijo discontinuo. Se delimitan más claramente los dos supuestos que constituyen “circunstancias de la producción” que justifican la contratación temporal: como supuesto principal, el incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere; en segundo lugar, las situaciones ocasionales, previsible y que tengan una duración reducida y delimitada en los términos previstos en la norma. Con la misma finalidad se refuerzan los mecanismos disuasorios de la contratación temporal y los límites al encadenamiento de contratos de duración determinada.

ABSTRACT

Key words: principle of causality, temporary contract, circumstances of production

The labour reform of 2021 sets as one of the main objectives of the reform to put an end to the serious problems of our labor market, temporary and precarious conditions, in line with the demands of the European Union to deal with this lack. To this end, the principle of causality (preference for indefinite contracting) is put back at the center of contracting, reducing the typology of temporary contracts exclusively to those who respond to the objective structural needs of the company and strengthening the fixed contract discontinued. The two assumptions constituting “circumstances of production” justifying temporary recruitment are more clearly defined: as a main assumption, the occasional and unpredictable increase and the oscillations that, even in the case of normal business activity, generate a temporary mismatch between the stable employment available and the one required; secondly, occasional, foreseeable situations which have a short duration and are delimited in the terms provided for in the rule. For the same purpose, the dissuasive mechanisms of temporary recruitment and the limits on the chaining of fixed-term contracts are reinforced.

ÍNDICE

1. LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL DE 2021: SENTIDO POLÍTICO-JURÍDICO
2. EL NUEVO CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN
 - 2.1. Alcance de la reforma de la contratación de duración determinada
 - 2.2. Las causas que justifican la realización del contrato por razones productivas y la duración del contrato
 - 2.3. Garantías de los derechos de los trabajadores temporales y fortalecimiento de los mecanismos para reducir la temporalidad
 - 2.3.1. Equiparación de derechos con los trabajadores indefinidos
 - 2.3.2. Acceso a empleo permanente
 - 2.3.3. El papel de la negociación colectiva
 - 2.3.4. Adquisición de la condición de trabajadores fijos y prevención de abusos en la contratación temporal
 - 2.3.5. Cotización adicional en contratos de duración determinada
 - 2.3.6. Incremento de las sanciones en la LISOS

1. LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL DE 2021: SENTIDO POLÍTICO-JURÍDICO

Las reformas de la contratación laboral se han insertado tradicionalmente en la lógica del conflicto, sobre el que se han construido siempre las políticas públicas de empleo, entre dos finalidades diferentes del ordenamiento jurídico social: el objetivo de “protección del trabajador”, finalidad típica de la norma laboral, por un lado, y el objetivo de fomento de la ocupación o de “protección del trabajo”, finalidad típica de la norma de política de empleo, por otro. En numerosas ocasiones (la mayor parte de las veces), este conflicto se ha utilizado como justificación de medidas desprotectoras, sin que la consecución de estos dos objetivos –protección del trabajador y fomento del empleo– se haya buscado sobre la base de un equilibrio entre ambos. El incesante incremento de los niveles de desocupación y de generalización de las formas de empleo precario, han “justificando” que la realización del objetivo de política de fomento del empleo se llevase a cabo mediante “reformas del mercado de trabajo” centradas en la progresiva flexibilización de las relaciones de trabajo. La idea que ha presidido las sucesivas reformas laborales ha sido la necesidad de “sacrificar” parte del patrimonio de derechos adquiridos por los trabajadores para lograr el incremento de las oportunidades de empleo, considerando que la regulación laboral del mercado de trabajo ha supuesto una “rigidez” del mismo que impide la consecución del objetivo colectivo y “más alto” del incremento del empleo¹. El incremento del empleo se ha convertido así casi

¹ Como señala L. Gallino (Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità. Editori Laterza. Bari, 2007, p 45), se viene considerando que la flexibilidad, entendida de modo más o menos explícito como facilitación del despido, o como difusión de los contratos de duración determinada,

permanentemente en la justificación del legislador para la reducción sucesiva de las garantías laborales a través de las continuas reformas del mercado del mercado de trabajo y de la legislación laboral. De forma que estas sucesivas “reformas del mercado de trabajo” se han basado en la idea de mayor flexibilidad para las empresas a cambio de mayor protección del empleo, sacrificando la “protección del trabajador”, lo que ha tenido como consecuencia un sucesivo incremento de la precariedad y la flexibilización laboral. Este es el paradigma propugnado por las instituciones comunitarias a través del objetivo de “flexiseguridad”: mayor flexibilidad para las empresas a cambio de mayor seguridad para los trabajadores en el mercado de trabajo.

La necesidad de acabar con la excesiva segmentación y precariedad de los mercados de trabajo en los países de la Unión Europea, entre ellos de forma particular en España, viene siendo puesta de manifiesto desde hace tiempo por las instituciones europeas. Así, la *Decisión (UE) 2015/1848 del Consejo de 5 de octubre de 2015 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2015* (DOUE 15-10-2015 L 268/28), señala la necesidad de “mejorar el funcionamiento de los mercados de trabajo” (sobre la base de los «principios de flexiseguridad») reduciendo y evitando la fragmentación en los mercados laborales y luchando contra el trabajo no declarado. Es preciso, se insiste, que se garantice un empleo de calidad en términos de seguridad socioeconómica, organización del trabajo, oportunidades de educación y formación, condiciones laborales (salud y seguridad, entre otras) y un equilibrio entre vida privada y profesional. En la misma línea, en el *Programa Nacional de Reformas para el Reino de España 2019* se destaca que la elevada tasa de desempleo estructural es el principal problema laboral en España, que afecta particularmente a los jóvenes y las personas de escasa formación; que las carencias del mercado laboral español se reflejan también en una profunda segmentación entre trabajadores temporales e indefinidos, así como entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, en una alta rotación, en una falta de intensidad en el trabajo, y en una indiscutible brecha de género. Las instituciones europeas constatan, sin dejar lugar a duda alguna, que las dualidades actuales provocan que el ajuste del mercado laboral se lleve a cabo, fundamentalmente, a expensas de los trabajadores temporales (en torno al 26,8% del total de ocupados de media en 2018). Para hacer frente a esta situación, en el *Programa de Reformas* se propone la reducción de la segmentación del mercado laboral como un objetivo prioritario de política económica, con una primera línea de reforma, dentro de la Agenda del Cambio, con ese propósito: simplificar y reordenar el menú de contratos de trabajo, con el objetivo de avanzar hacia tres fórmulas contractuales básicas –indefinido, temporal estructural y

favorece el aumento del empleo. Por tanto, se considera que incrementar el número de trabajadores flexibles forma parte de los intereses generales de la colectividad.

formativo—. Reforma que debe abordarse en el marco del diálogo social para que su diseño y aprobación cuente con los mayores consensos posibles.

El RD-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 [Acuerdo de convalidación publicado en el BOE de 8-2-2022] establece como uno de los objetivos principales del mismo acabar con los graves problemas de nuestro mercado de trabajo: el desempleo y la temporalidad, en línea con las exigencias de la Unión Europea de afrontar esta carencia². Para ello se vuelve a poner en el centro de la contratación el principio de causalidad (preferencia por la contratación indefinida), reduciendo la tipología de contratos temporales exclusivamente a aquellos que respondan a necesidades objetivas estructurales de la empresa y reforzando el contrato fijo discontinuo.

La reforma que contiene este real decreto-ley pretende corregir la temporalidad excesiva y la precariedad y segmentación existente en nuestro mercado de trabajo y, pese a que la búsqueda del necesario consenso ha impedido ser más ambiciosos en dicha reforma, no cabe duda de que constituye una oportunidad para revertir algunos de los instrumentos que han dificultado que la negociación colectiva contribuya a la mejora de las condiciones de trabajo. Esta reforma, que, como señala la Exposición de Motivos, “camina en dirección contraria a la que ha sido habitual en los últimos años”, puede contribuir a recuperar derechos laborales y su garantía, mejorando la calidad del empleo.

La reforma se inserta en el *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, que fue aprobado formalmente por las instituciones europeas (a través del Consejo ECOFIN) el 13 de julio de 2021³, dentro de las reformas estructurales previstas en su Componente 23 («Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo»). Pretende impulsar una transformación integral de nuestro mercado de trabajo, cambiando las normas que favorecen esta temporalidad por otras que impulsen la estabilidad en el empleo, generando así un cambio en las prácticas y en la propia cultura de las relaciones laborales.

La reforma en este ámbito aborda, así, la simplificación y reordenación de las modalidades de contratación laboral, con el objetivo de diseñar adecuadamente los nuevos tipos de contratos para que el contrato indefinido sea la regla general y el contrato temporal tenga un origen exclusivamente causal, evitando una utilización abusiva de esta figura (agravada además por la realización de contratos temporales de muy corta duración, que suponen un elevadísimo porcentaje del total de contratos que se firman anualmente en España) y una excesiva rotación

² España encabeza el ranking europeo de la temporalidad, con una diferencia de casi 12 puntos porcentuales sobre la media de la Unión Europea.

³ Tras ser adoptado por el Consejo de Ministros el 27 de abril y presentado a la Comisión Europea el 30 de abril, siendo valorado positivamente por dicha institución el 16 de junio.

de trabajadores, especialmente jóvenes (en continuo flujo entre el desempleo y el trabajo temporal) y mujeres. Todo ello genera, además, importantes brechas entre los trabajadores en distintos ámbitos (formativa, salarial, promoción profesional...) y, en definitiva afecta al principio de igualdad (con desequilibrios en el modelo de relaciones laborales según la edad o el género), repercute de manera importante en el crecimiento económico y afecta al sector público que financia con prestaciones por desempleo este proceso de rotación continua.

Así pues, uno de los aspectos más positivos de la reforma es el objetivo de promover la estabilidad en el empleo y la limitación de un uso abusivo, injustificado y desproporcionado de la contratación temporal (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 reforma de la contratación laboral debe, en todo caso, responder de manera plena y efectiva a las exigencias de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. El objetivo último es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada, garantizar la aplicación del principio de no discriminación, y establecer un marco eficaz para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.

2. EL NUEVO CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN

2.1. Alcance de la reforma de la contratación de duración determinada

Con dichos objetivos, en la reforma se lleva a cabo un reforzamiento de la contratación indefinida (volviendo a introducir en el art. 15 ET la presunción del carácter indefinido del contrato de trabajo⁴) y una simplificación de los tipos de contratos, devolviendo a la contratación temporal la causalidad correspondiente a la duración limitada del contrato (atendiendo a la propia “naturaleza” de la actividad por razones inherentes a la empresa: carácter estructural). Al mismo tiempo, se pretende hacer frente a importantes desajustes que la práctica empresarial, la interpretación judicial y a veces la propia práctica negociadora había producido en la delimitación de las razones estructurales justificativas de la temporalidad, muy especialmente en relación al contrato para obra o servicio determinado que ahora se deroga. Y junto a ello se pretende reforzar el contrato fijo discontinuo para

⁴ «Artículo 15. Duración del contrato de trabajo. 1. El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido».

permitir a las empresas hacer frente a necesidades discontinuas de las empresas pero caracterizadas por la previsibilidad de los trabajos y del marco organizativo en el que se prestan (a él se reconducen también los contratos celebrados para el desarrollo de trabajos en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa, que han contribuido enormemente al incremento desmesurado de la temporalidad, con la colaboración de las empresas multiservicios).

Al mismo tiempo, en el marco del consenso al que responde esta norma negociada tripartitamente, se proporciona a las empresas mecanismos internos que les permitan adaptarse con rapidez a las situaciones de crisis, cambios cíclicos de la demanda o transformaciones de modelo productivo, y que sean –en el marco del fomento del empleo– una vía alternativa a la temporalidad y al encadenamiento de los contratos de muy corta duración.

Así, el nuevo art. 15 ET establece que el contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse en dos supuestos: cuando obedezca a circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora. Y “para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista”.

En primer lugar, desaparece la posibilidad de celebrar contratos para obra o servicio determinado, modalidad contractual que se había convertido en la principal modalidad de contratación en nuestro país y que la práctica empresarial (con la generalización de la descentralización productiva) y la interpretación judicial (mediante la aceptación de las contratos o concesiones administrativas como causa justificativa de este contrato temporal hasta el reciente cambio de doctrina –STS1137/2020, de 29 de diciembre de 2020–) había generalizado hasta suprimir de hecho el principio de causalidad⁵. Además, como consecuencia de la desaparición de esta modalidad de contrato temporal, se modifica la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, en relación con los “contratos indefinidos adscritos a obra” (que sustituyen al anterior contrato temporal conocido como “fijo de obra”).

En segundo lugar, solo podrá celebrarse el contrato de trabajo de duración determinada por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora. Para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión, en el contrato, la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su

⁵ Vid. Vicente Palacio, M.A.: “Obituario contrato para obra o servicio determinado: descansa en paz, viva el contrato fijo discontinuo”, en Publicaciones AEDTSS, Briefs, disponible en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/OBITUARIO-ARANTCHA.pdf>.

conexión con la duración prevista. Por circunstancias de la producción se entiende el incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones que, aun tratándose de actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere. Asimismo, se prevé la posibilidad de formalizar contratos por circunstancias de la producción para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada. En ningún caso podrá identificarse como causa del contrato por circunstancias de la producción la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa.

Asimismo, se reformula y clarifica el contrato de duración determinada para la sustitución de un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo; para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo; o para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo.

Se modifican, en un sentido más restrictivo, las reglas previstas en el art. 15 ET para hacer frente al encadenamiento del contrato y a la utilización fraudulenta de la contratación temporal. Y como consecuencia de los cambios en la ordenación y régimen jurídico de los contratos temporales se modifican también los arts. 16 (sobre el contrato fijo discontinuo), 12 (contrato a tiempo parcial) y 49 (extinción del contrato de trabajo por expiración del tiempo convenido) del Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Empresas de Trabajo Temporal.

Para desincentivar la contratación temporal, se modifica el art. 151 LGSS con la finalidad de establecer un incremento en la cotización respecto a los contratos de duración determinada inferior a 30 días, precisando asimismo los supuestos en que no procederá dicho incremento de cotización. Con ese mismo objetivo, también se modifica puntualmente la LISOS para adaptar la norma sancionadora a las nuevas previsiones de la normativa de contratación, con la imprescindible individualización de la infracción y el incremento de la cuantía de la sanción.

2.2. Las causas que justifican la realización del contrato por razones productivas y la duración del contrato

El contrato eventual cuenta con un extraordinario predicamento en el mercado, siendo, con el contrato para obra o servicio determinado, el que más se ha venido utilizando. El art. 15.1,b) ET establecía hasta su reciente reforma⁶ que

⁶ Precepto que ha mantenido su redacción prácticamente igual desde su inicial regulación en el Estatuto de los Trabajadores. El único cambio para limitarlo algo y, sobre todo, delimitarlo del fijo discontinuo, fue la eliminación en el art. 15.1, b) ET de las “razones de temporada” (en su

se podrán celebrar contratos de duración determinada “cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa”. Se entiende así por contrato eventual por circunstancias de la producción el contrato en virtud del cual se hace frente al incremento de actividad empresarial debido a las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos.

Tras la reforma llevada a cabo por el RD-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, el contrato de trabajo por circunstancias de la producción es uno de los dos únicos contratos de duración determinada que podrán celebrarse (por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora). A diferencia de la anterior regulación, ahora se delimitan más claramente los dos *supuestos* que constituyen “circunstancias de la producción” que justifican la contratación temporal: En primer lugar, como supuesto principal, el incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere. En segundo lugar, las situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada en los términos previstos en la norma.

Se lleva a cabo también una *delimitación negativa* de las causas habilitantes al excluir la posibilidad de celebrar un contrato por circunstancias de la producción cuando dichas oscilaciones que generan el desajuste temporal entre la plantilla existente y la necesaria para hacer frente a la actividad de la empresa respondan a los supuestos incluidos en el artículo 16.1 ET, que por tanto determinarían la celebración de un contrato fijo discontinuo. Se quiere, con ello, establecer de forma más precisa la diferenciación entre una y otra modalidad de contratos delimitando las causas que constituyen el supuesto habilitante en cada uno de ellos; cuestión ésta que ha dado lugar a numerosos conflictos judiciales por la práctica seguida en muchas ocasiones por las empresas de contratar trabajadores eventuales para atender a incrementos de la producción que se producen reiteradamente en ciertas épocas del año eludiendo la contratación de trabajadores fijos discontinuos.

Conforme al art. 15.2, el contrato eventual por circunstancias productivas debe utilizarse para la realización de incrementos de producción que sean imprevisibles, por lo que no podrá concertarse para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada; el desarrollo de aquellos trabajos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación

redacción originaria se establecía la posibilidad de realizar un contrato de duración determinada cuando las “circunstancias del mercado, acumulación de tareas, exceso de pedidos o razones de temporada así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa”). Vid. sobre la evolución legislativa de esta modalidad contractual, Ballester Pastor, I.: *El contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados; y trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativos que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. En todos estos casos, conforme al art. 16, deberá concertarse un contrato fijo discontinuo, ya que se trata de una necesidad permanente de trabajadores cada cierto tiempo, de forma reiterada. El principio de causalidad implica que las necesidades permanentes de las empresas deben cubrirse con trabajadores fijos y sólo las necesidades temporales pueden ser cubiertas con trabajadores temporales (temporalidad estructural).

En esta delimitación negativa también se establece expresamente la prohibición de utilizar el contrato eventual por circunstancias de la producción “para la realización de los trabajos en el marco de contratos, subcontratos o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”. Una de las causas que han provocado el desmesurado abuso de la contratación temporal en nuestro país ha sido la utilización del contrato para obra o servicio determinado vinculado a la realización de contratos y concesiones administrativas. Durante mucho tiempo la jurisprudencia ha avalado esta práctica con una interpretación favorable a la misma, aun cuando la actividad desarrollada por los trabajadores de las empresas contratistas se correspondía con la actividad ordinaria de las mismas (en contra de una dirección doctrinal que afirmaba que admitir ello supondría desnaturalizar la causa típica de dicha modalidad contractual⁷. Siendo temporal el vínculo entre la contratista y la empresa principal, dicha temporalidad no puede alcanzar a los trabajadores que prestan los servicios que constituyen la actividad normal de la empresa contratista, con independencia de la relación mercantil o administrativa entre las dos empresas, como finalmente, cambiando su doctrina, estableció la STS de 29 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 5028).

El legislador pretende evitar que, desaparecida la vía de contratación temporal hasta ahora utilizada para la contratación temporal de trabajadores por empresas contratistas en el marco de los procesos de subcontratación o concesiones administrativas, tanto por la propia desaparición del contrato para obra o servicio

⁷ Vid. Monereo Pérez, J.L.: “Identidad de las empresas multiservicios: Régimen jurídico y responsabilidades”, en AEDTSS: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ediciones Cinca. Madrid, 2018, págs. 235 y sigs.; Ib.: “El empleador plural en las empresas multiservicios”, en Sanguinetti Raymond, W. y Vivero Serrano, J.B. (Dirs.): *Impacto laboral de las redes empresariales*. Comares, Granada, 2018, págs. 393 y sigs.; Ib.: “Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI”, en AAVV: *El Estatuto de los Trabajadores 40 años después*. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid 2020, pág. 89.

determinado como por los efectos de la jurisprudencia sentada hoy por el Tribunal Supremo, dicha contratación se pueda intentar vehiculizar a través del contrato por circunstancias productivas. Por eso, el nuevo art. 15.2 ET establece de manera expresa que “No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa”. Al mismo tiempo que el nuevo art. 16.1 prevé que “El contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contrata mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa”, considerando que esta modalidad contractual puede ser la vía adecuada para formalizar dichas relaciones de trabajo cuando la actividad de subcontratación se produzca de forma discontinua. En caso de que la contratista realice su actividad de forma continuada, obviamente los trabajadores deberán ser contratados mediante un contrato por tiempo indefinido. Se respeta con esta nueva regulación el principio de causalidad y se corrige una de las vías más claras de temporalidad injustificada que se ha sido habitual en nuestro país.

No obstante, el art. 15.2 ET respetando la naturaleza del contrato eventual por circunstancias productivas, admite que en la empresa contratista pueden producirse incrementos ocasionales o imprevisibles de la producción, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, que cuando concurren serán causa habilitante para la celebración de un contrato eventual por circunstancias productivas (“sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”, dice el art. 15.2 ET).

- a) El supuesto principal del contrato temporal por circunstancias de la producción es el *incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere*, siempre que no responda a los supuestos incluidos en el artículo 16.1 ET.

El criterio decisivo sigue siendo, pues, el tradicional “carácter temporal, coyuntural u ocasional del trabajo” (STS 21 de diciembre de 1990; 21 de abril 2004, Rec. 1678/2003). Debe tratarse de un incremento transitorio y no con vocación duradera que exige a la empresa un incremento de su plantilla también coyuntural u ocasional, de forma que se produce la necesaria correspondencia entre necesidad temporal de mano de obra y contratación temporal. La temporalidad obedece a razones estructurales de la empresa básicamente de carácter cuantitativo (no tanto por su cualidad como por su cantidad), ya que aun tratándose de la actividad normal de la empresa es el incremento ocasional o coyuntural de su actividad lo que constituye el supuesto de hecho que habilita para realizar un contrato temporal. Ese incremento ocasional puede deberse a circunstancias de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, como, de manera ejemplificativa, establecía el

anterior art. 15.1, b) ET, que en un corto período de tiempo van a desaparecer y que en otros momentos pueden volver a aparecer, aunque siempre con un grado de incertidumbre.

La norma recoge así lo que ya se había ido delimitando por los tribunales respecto del supuesto de hecho, destacando que su excepcionalidad determina que no sea razonable ajustar la plantilla a las necesidades existentes mediante el aumento de personal fijo, puesto que el desajuste existente es de carácter transitorio, y puede consistir en una actividad ordinaria de la empresa que se incrementa ocasionalmente o actividades distintas o nuevas pero de carácter transitorio (SSTS de 21 de abril de 2004; 5 de mayo de 2004; 6 de mayo de 2003). Se trata, en definitiva, de un exceso de trabajo o un defecto de plantilla para hacer frente a un incremento cuantitativo de la actividad de la empresa, que sea transitorio, ocasional y, sobre todo, imprevisible, que produce un desajuste entre el empleo estable disponible y el que se requiere en un momento concreto.

Se añaden ahora expresamente las “oscilaciones”, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, provoquen igualmente un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere. En dichas oscilaciones se entienden incluidas aquellas necesidades temporales de personal derivadas de las vacaciones del personal estable de la empresa, que la norma encuadra dentro de las circunstancias de la producción pero que, tanto en la regulación anterior como en la actual, realmente constituyen circunstancias organizativas de la empresa.

Lleva tiempo siendo objeto de polémica doctrinal si las circunstancias organizativas son o no causa habilitante –causa justificada– para la realización del contrato eventual. La doctrina jurisprudencial interpretó que la acumulación de tareas puede producirse por razones distintas de las estrictamente productivas o de mercado, extendiendo la causa del contrato eventual a otras circunstancias de las que también se podía producir la acumulación de tareas⁸. No obstante, esto dio lugar a difíciles supuestos de delimitación de aquellos casos en que el déficit de personal, que provoca dicha acumulación de tareas, debería cubrirse a través del contrato de interinidad (tratándose de la ausencia de un trabajador individualizado que sustituye a un trabajador de vacaciones con una clara delimitación del trabajador sustituido y del puesto de trabajo a cubrir), y aquellos otros casos en que se alegue la acumulación de tareas derivada de un déficit acusado de personal

⁸ STSJ de Baleares de 10 de junio de 1995, con apoyo en jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 16 y 23 de mayo de 1994), señala que “lo que caracteriza a la ‘acumulación de tareas’ es, precisamente, la desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal del que se dispone, de forma tal que el volumen de aquél excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de éste; y ello se produce tanto cuando se trata de un aumento ocasional de las labores y tareas que se tienen que efectuar aun estando al completo la plantilla correspondiente, como cuando, por contra, se mantiene dentro de los límites de la normalidad el referido trabajo pero, por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo”.

estructural (como puede ser el disfrute de vacaciones, licencias y permisos de varios trabajadores al mismo tiempo) que precisa cubrirse con inmediatez, para los que, en ciertos casos, excepcionalmente, el Tribunal Supremo ha admitido la modalidad de contrato eventual⁹.

Posteriormente, la doctrina jurisprudencial ha ido delimitando el supuesto habilitante del contrato de interinidad por sustitución circunscribiéndolo a la necesidad de sustituir a un trabajador con derecho a la reserva del puesto de trabajo cuyo contrato queda en suspenso. De tal forma que el Tribunal Supremo (STS de 30 de octubre de 2019) ha precisado que las vacaciones no implican una suspensión del contrato de trabajo sino “una mera interrupción ordinaria de la prestación de servicios” que no implica una reserva del puesto de trabajo propiamente dicha, por lo que cubrir las vacaciones mediante un contrato de interinidad supondría la calificación de fraudulento para dicho contrato.

La jurisprudencia más reciente [STS, Sala de lo Social, 983/2020, de 10 de noviembre, recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2323/2018, con cita de la doctrina contenida en la SSTs de 26 de marzo de 2013 y de 30 de octubre de 2019 y otras sentencias] sigue manteniendo que se puede utilizar el contrato eventual para cubrir déficit de personal –que se produzca debido a vacaciones o licencias del personal fijo, o puestos que no están vacantes y se van a cubrir con los titulares de la plaza– siempre que se acredite y justifique y siempre de manera restrictiva en aquellos casos en que tal circunstancia sea puntual, extraordinaria y no previsible¹⁰. La concurrencia de tales circunstancias extraordinarias debe estar claramente acreditada para lo que se precisa especificar las concretas circunstancias concurrentes en la plantilla, el número de puestos de trabajo y las vacantes existentes en la misma. Considera el Tribunal Supremo que el déficit de la plantilla solamente podría justificar el uso del contrato eventual cuando aparezca de forma puntual, imprevisible y/o sobrevenida, y no cuando este déficit sea un problema organizativo que se constata en la plantilla en general¹¹.

⁹ Vid. Ballester Pastor, I.: *El contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción*, op.cit., págs. 252 y sigs.

¹⁰ En el ámbito de la Administración Pública y sector público, la jurisprudencia ha sido mucho más flexible al admitir que la acumulación de tareas por déficit de personal pueda justificar la contratación eventual (STS de 13 de febrero de 2006). En la misma línea flexibilizadora en el sector y en el empleo público, se ha admitido por la jurisprudencia para cubrir bajas generalizadas en Correos y Telégrafos (STS de 12 de septiembre de 2017 y de 20 de junio de 2017). Vid. Olarte Encabo, S.: “El contrato temporal eventual. La quimera de la causa”, en AAVV: *Las modalidades de contratación laboral. Libro Homenaje al Profesor Francisco J. Prados de Reyes* (Dir.: Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada). CARL, Sevilla, 2018, pág. 271.

¹¹ Vid. Ballester Pastor, I.: “El contrato eventual por acumulación de tareas en la Administración originado por un déficit de personal aludir a las concretas circunstancias extraordinarias que lo justifiquen”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 2/2021.

De esta forma, el Tribunal Supremo viene entendiendo que cuando la empresa es plenamente concedora de las vacaciones y descansos correspondientes a la plantilla de la empresa con regularidad ello forma parte del normal desarrollo de la actividad en la empresa y forman parte de la previsión organizativa que corresponde realizar al empresario, y, en consecuencia, no existe la excepcionalidad que el contrato eventual viene a solventar (SSTS núm. 745/2019, de 30 de octubre y núm. 983/2020, de 10 de noviembre de 2020, entre otras). Por ello, el Tribunal Supremo no considera adecuado, como regla general, la utilización de los contratos eventuales por circunstancias de la producción para cubrir las vacaciones de los empleados (incluso aunque se especificara en el contrato el trabajador o trabajadores que se encuentran en tal situación y la acumulación de tareas derivada de dichas ausencias), y sólo considera que estaría justificado en el caso de que concurrieran la excepcionalidad e imprevisibilidad que definen a este contrato temporal.

El nuevo art. 15.1,b) incluye dentro de las causas que justifican la celebración de un contrato por circunstancias de la producción, junto con el incremento ocasional e imprevisible, las oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, incluyendo entre tales oscilaciones las que se derivan de las vacaciones anuales. No parece adecuado, sin embargo, interpretar que en cualquier supuesto se pueden cubrir las vacaciones mediante contratos eventuales. Por el contrario, las vacaciones del personal deben estar planificadas y deben ser contempladas organizativamente y el precepto exige que haya un desajuste temporal entre el empleo existente y el que es necesario; el desajuste no sería temporal sino estructural y permanente si la empresa¹² cubriera masivamente las vacaciones de los trabajadores de su plantilla mediante contratos eventuales. En cualquier caso, como en el contrato se debe “especificar la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista” (art. 15.1,b ET), ello permitirá valorar en cada caso y en atención a las circunstancias concretas si está justificada la realización de dicho contrato eventual¹³.

Cuando el contrato de duración determinada obedezca a estas circunstancias de la producción, su duración no podrá ser superior a seis meses. Por convenio

¹² “Males endémicos de la plantilla”, como señala Pérez Rey, J.: *El contrato eventual por circunstancias de la producción*, Bomarzo, Albacete 2006, pág. 27.

¹³ Vid. en este sentido, entre los primeros comentarios a la Reforma laboral, Nogueira Guastavino, M.: “El contrato eventual por circunstancias de la producción en el RDL 32/2021”, en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf>. No obstante, en UGT: “Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre. La nueva regulación sobre contratación temporal”, se dice que “se establece una excepción al cumplimiento de estos requisitos: el supuesto de las vacaciones anuales. Si no se hubiera incluido expresamente (“entre las oscilaciones se entenderán incluidas”), no se ajustaría a las razones que justifican este tipo de contratación (por lo que era necesaria su expresa inclusión)”. Disponible

colectivo de ámbito sectorial se podrá ampliar la duración máxima del contrato hasta un año. En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse, mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima.

Se fija ahora la duración máxima del contrato para atender a incrementos ocasionales e imprevisibles de la producción atendiendo a un único parámetro temporal, a diferencia de lo que ha sido tradicional en el contrato eventual cuya duración se fijaba en el anterior art. 15.1, b) ET utilizando un doble parámetro: 6 meses como máximo dentro de un periodo de referencia de 1 año. Se atribuía, además, a los convenios una importante capacidad de configuración del periodo de referencia y, sobre todo, de su duración. Así, el convenio de sector estatal o, en su defecto, de ámbito inferior estaba autorizado para modificar tales límites legales, cuando el carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir lo requiriera, pudiendo establecerse un período máximo de referencia de 18 meses, siempre que la duración del contrato fijada convencionalmente no sobrepasase las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido ni, como máximo, 12 meses. La ampliación requería justificación aunque la práctica convencional suele ignorar esta exigencia.

La nueva regulación del art. 15.2 ET elimina el período de referencia dentro del cual se fijaba la duración máxima del contrato y se establece exclusivamente que su duración no podrá superar 6 meses, por lo que se entiende que la duración del contrato deberá ser continuada sin admitirse interrupciones dentro de un marco de referencia. Se mantiene la posibilidad de ampliación de la duración máxima legal a través de convenio colectivo sectorial hasta un máximo de 12 meses. Se ha planteado en ocasiones en la jurisprudencia que la fijación de un término final supone una desconexión entre la causa y la vigencia del contrato (el contrato debería estar vigente mientras duran las circunstancias productivas imprevistas, ocasionales o coyunturales que han determinado su celebración, y el período máximo de vigencia establecido legalmente significa configurar un contrato a término). Sin embargo, la fijación de este límite temporal obedece propiamente a su naturaleza o carácter temporal, ocasional o coyuntural del trabajo, de forma que 6 meses es el tiempo que se presupone adecuado para atender un incremento de la actividad de la empresa o una acumulación de tareas que tenga esas características –ocasional o coyuntural–, considerándose en consecuencia que si la necesidad de personal persiste más allá de dicho período tiene ya carácter permanente debido a una mejora de la situación de la empresa en el mercado¹⁴. La posibilidad de

en: <file:///C:/Users/mnmvi/Downloads/N-c2-ba-2035-20-20An-c3-a1Iisis-20RDL-2032-2021-20Nueva-20regulaci-c3.pdf.pdf>.

¹⁴ STSJ Islas Canarias/las Palmas, 27/06/2005 (nº 761): “estimándose que la excepcionalidad no se da ya si se mantiene por tiempo superior al año o si, dentro de éste, se precisan los servicios

ampliación por convenio colectivo hasta 12 meses podrá utilizarse en determinados sectores de actividad por sus peculiares características¹⁵. Pero la celebración de contratos eventuales de 12 meses en muy pocos casos se produce, siendo, por el contrario, cada vez más frecuente en la práctica, de modo generalizado en todos los sectores, la celebración de contratos eventuales de duración cada vez más reducida (contratos por días o incluso por horas).

Se admite una única prórroga del contrato cuando se concierte por plazo inferior al máximo, legal o ampliado (convencionalmente) –regla aplicable también, desde 1999, para los contratos eventuales celebrados mediante ETTs, pese a la negativa anterior judicial– sin que la duración del contrato inicial más la prórroga pueda exceder de la duración máxima. Se mantiene en este punto la misma regulación anterior (art. 15.1, b ET y art. 3.2 d RD 2720/1998). Acordada esta prórroga no cabe ya después ninguna otra, ni tan siquiera al amparo del artículo 49,1. c) ET, conforme la interpretación que se había ya consolidado. Con esta norma se persigue frenar una práctica abusiva, según la cual se ha venido reduciendo artificialmente la duración de estos contratos (ya era esa la intención del legislador anterior y sobre ello se quiere incidir más duramente con la reforma laboral actual). Ya había apreciado la jurisprudencia la existencia de fraude de ley en supuestos en los que, no solamente se había realizado más de una prórroga, sino también por el fraccionamiento de la contratación, suscribiendo contratos eventuales de forma concatenada dentro del período de referencia y de la duración máxima para atender necesidades temporales que son estables durante el período de referencia (para atender a un incremento de pedidos durante el período estacional de referencia) ya que lo pretendido era que la finalización de tales contratos coincidiese con el fin de semana [STSJ de Cantabria de 9 de octubre de 2002 (Rec. 115/2002)]¹⁶.

b) El segundo supuesto contemplado ahora legalmente para celebrar un contrato temporal por circunstancias de la producción está previsto “*para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada en los términos previstos en este párrafo*”.

por más de seis meses”; STS de 21 de abril de 2004 (Rec. 1678/2003). Vid. Costa: Ponencia, págs. 23-24. Disponible en file:///C:/Users/mnmvi/Desktop/Monogr%C3%A1fico%20Reforma%20Laboral/Ponencia%20Antonio%20Costa%20(2)%20(39%20Jornadas).pdf.

¹⁵ Se prevé en Resolución de 31 de mayo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes (BOE 11-6-21). art. 10; Resolución de 7 de julio de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XX Convenio colectivo general de la industria química. BOE 19-7-2021.

¹⁶ Vid. un análisis de la duración del contrato eventual a la luz de la jurisprudencia en Roqueta Buj, R.: “La duración del contrato eventual”, en *Trabajo y Derecho* 50/2019 (febrero), Nº 50, 1 de feb. de 2019.

Se trata de un supuesto que en principio plantea dudas interpretativas, puesto que se aparta parcialmente de la configuración tradicional del contrato eventual por circunstancias de la producción. El recurso a esta modalidad de contrato temporal se justifica por un incremento de la actividad empresarial, pero en su configuración general (supuesto principal) no es suficiente con que se produzca dicho incremento sino que tiene que estar cualificado con una serie de notas cuya concurrencia es imprescindible para que se pueda recurrir de forma lícita a este contrato: que el incremento de la actividad se deba a circunstancias de mercado, que tales circunstancias sean imprevisibles y que se trate de un aumento de la actividad ocasional o temporal¹⁷. En este segundo supuesto que ahora introduce en su nueva redacción el art. 15.2 ET se mantiene la exigencia de un incremento de la actividad debida a circunstancias de la producción y el carácter ocasional de duración reducida, pero frente al carácter imprevisible que tradicionalmente ha caracterizado esta modalidad de contrato –y que se mantiene en el principal supuesto previsto en el art. 15.2 ET–, en este segundo supuesto se permite su realización cuando tales incrementos de actividad que requieren un refuerzo temporal de la plantilla se produzcan debido a situaciones que son ocasionales pero previsibles.

Conforme a la delimitación que lleva a cabo el art. 15.2 ET de este supuesto habilitante para la celebración de contratos eventuales por circunstancias de la producción, las empresas solo podrán utilizar este contrato un máximo de noventa días en el año natural, independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato. Estos noventa días no podrán ser utilizados de manera continuada. Además, puesto que se trata de situaciones previsibles –pero no cíclicas o intermitentes que determinaría la celebración de un contrato fijo discontinuo–, las empresas, en el último trimestre de cada año, deberán trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras una previsión anual de uso de estos contratos.

Parece así que se ha querido (quizás como concesión a la parte empresarial por la derogación del contrato para obra o servicio determinado para la búsqueda del consenso en la aprobación de esta reforma laboral –que presionó incluso para conseguir ampliar más la duración prevista de 90 días–) permitir un margen de temporalidad sin una exigencia causal muy estricta pero sometiéndola a una duración muy reducida¹⁸ con el que las empresas puedan hacer frente a supuestos ocasionales variados que son previsibles que en determinados momentos se

¹⁷ Vid. Pérez Rey, J.: *El contrato eventual por circunstancias de la producción*. Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 13 y sigs.

¹⁸ En este sentido se pronuncia Nogueira Guastavino, M.: “El contrato eventual por circunstancias de la producción en el RDL 32/2021”, en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf>, que apunta que este

produzcan y requieran reforzar la plantilla. También puede permitir encauzar más claramente al contrato eventual por circunstancias de la producción algunos supuestos generalmente dudosos derivados de la práctica empresarial o incluso previstos a través de la negociación colectiva¹⁹ que han dado lugar a muchos pronunciamientos jurisprudenciales: realización de campañas concretas, lanzamientos, promociones, ventas extraordinarias, picos de producción, puesta al día de trabajos habituales atrasados como consecuencia de decisiones organizativas de movilidad del personal para hacer frente a concretas circunstancias del mercado. Se trata de actividades extraordinarias planificables que planteaban dudas al no existir la “previa ocasionalidad externa” (“no dependiente del círculo de la empresa ni del riesgo en el mercado que ésta debe asumir”)²⁰ y que ahora es posible que puedan ser fácilmente reconducidas al contrato eventual a través de este segundo supuesto. En cualquier caso, debe quedar claramente justificada la causa en el contrato y las circunstancias concretas que se producen y no puede constituir una vía para hacer frente a desajustes de la plantilla ordinaria de la empresa respecto a su actividad normal.

Puede plantear dudas si este contrato está justificado para las campañas de rebajas²¹ o de Navidad debido a su carácter cíclico o recurrente, que se llevan a cabo normalmente en fechas homogéneas, puesto que si bien han sido supuestos tradicionalmente vinculados al contrato eventual, la filosofía de la reforma de restringir la temporalidad fortaleciendo el contrato indefinido y el contrato fijo discontinuo puede llevar a una interpretación favorable a considerar este último

supuesto puede ser la vía para reconducir los anteriores contratos para obra o servicio determinado, aunque sometidos a limitaciones más estrictas y con una duración muy reducida.

¹⁹ Vid. Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, SA, y Forns Valencians Forva, SA, Unipersonal (BOE 18-2-2019). “2. Contrato eventual. a) (...) En todo caso constituirá causa de eventualidad la *suplicia de: Personal destinado temporalmente a la formación propia o de empleados de nueva incorporación. Personal destinado temporalmente al refuerzo en otro centro de trabajo.* b) En los supuestos de suplencia, la jornada ordinaria podrá limitarse únicamente a los días de mayor venta de la semana”; Convenio colectivo interprovincial del sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña (DOGC 26-4-2021): “Artículo 25. Contratos eventuales por circunstancias de la producción: (...) la duración máxima de los contratos eventuales por circunstancias de la producción podrá ser de hasta 12 (doce) meses trabajados dentro de un período de 18 (dieciocho) meses. Para la *realización de los servicios extraordinarios* podrá utilizarse igualmente el contrato eventual por circunstancias de la producción de duración inferior a cuatro semanas”.

²⁰ Costa Reyes, A.: “Contratos temporales causales”, en AAVV: *Análisis actual de la contratación laboral*. XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Cádiz 2021. CARL.file:///D:/Monogr%C3%A1fico%20Reforma%20Laboral/Ponencia%20Antonio%20Costa%20(2)%20(39%20Jornadas).pdf.

²¹ En sentido contrario a esta posibilidad se manifiesta Nogueira Guastavino, M: “El contrato eventual por circunstancias de la producción en el RDL 32/2021”, en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf>.

como el más adecuado en estos casos, al estar previsto para trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o que sin tener esta naturaleza, “sean de prestación intermitente, y tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”. La reiteración de las campañas de rebajas o de Navidad en sectores como el comercio presenta esa reiteración intermitente, regularidad temporal, que justificaría la realización de contratos fijos discontinuos. “Ocasionalidad” es un concepto jurídico indeterminado pero su interpretación en ningún caso puede llevar a identificarlo con “estacionalidad”.

Parece, en cualquier caso, que la ley ha optado por permitir ese margen de temporalidad (como una especie de “extra” complementario o “bolsa” de temporalidad) de duración muy reducida para hacer frente a circunstancias eventuales que previsiblemente pueden aparecer y que deben estar planificadas. Se admite pues esa temporalidad extra para hacer frente a situaciones ocasionales que puedan surgir pero deben estar planificadas y controladas. La Exposición de Motivos señala que “Para que se reduzca la temporalidad es necesario simplificar los tipos de contratos, generalizar la contratación indefinida y devolver al contrato temporal la causalidad que se corresponde con la duración limitada”. Pese a ello, se regula este supuesto de contrato eventual sin gran exigencia causal –referida de forma vaga y genérica a situaciones ocasionales y previsibles de duración reducida, aunque deberá en cualquier caso justificarse– que debe, por ello, ser interpretado de forma restrictiva al constituir una excepción dentro del contrato eventual por circunstancias de la producción.

Aun aceptando este margen de temporalidad con una genérica causa de incremento de la actividad, la ley somete este supuesto a fuertes condicionamientos relativos a su vigencia: sólo se puede utilizar un máximo de 90 días en el año natural y estos 90 días no podrán ser utilizados de manera continuada. Supone que la empresa va a contar con ese margen de temporalidad de 90 días al año con una previsión de los supuestos en que se podrá necesitar incrementar la plantilla de forma ocasional por un corto período de tiempo. El número de trabajadores que pueden ser contratados con esta submodalidad de contrato eventual no queda fijado por la norma, cuya preocupación es establecer un límite máximo al uso de la misma “con independencia de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones”. En cualquier caso, los trabajadores deberán estar debidamente identificados en el contrato y deberán corresponderse con las necesidades estructurales que justifican dichos contratos.

Pudiera parecer, en principio, que esta modalidad está sometida a un fuerte límite al establecer una duración muy corta, un máximo de 90 días –no continuados– en el año natural. No obstante, pese a que el precepto plantea dudas interpretativas que deberán ser resueltas por los tribunales, el cómputo de los 90 días parece que debe entenderse como un cómputo global por empresa (no por contrato) al señalar expresamente que se podrá utilizar este contrato con el límite temporal señalado con independencia “de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender *en*

cada uno de dichos días las concretas situaciones”. De esta forma, el rígido límite establecido no va a impedir que se pueda convertir en una vía masiva de contratación temporal (por ejemplo, una gran empresa podría contratar para una campaña promocional a 100 trabajadores, repartidos entre sus diferentes centros de trabajo, durante 7 días en dos períodos del año, de modo que agotaría 14 de los 90 días de temporalidad que puede haber previsto para el año natural, lo que implicaría la contratación de 200 trabajadores temporales en contratos de muy corta de duración).

Además del límite temporal, se impone otro condicionamiento al establecer que la empresa estará obligada a entregar a los representantes legales de los trabajadores, en el último trimestre del año, la previsión anual de uso de estos contratos. Pero, en la mayor parte de los casos, tales previsiones serán expectativas de una mayor carga de trabajo en determinados momentos del año que deberán estar identificadas de forma clara, aunque sin una total especificación ya que son solamente previsiones. En cualquier caso, con ello se pretende permitir un control sobre tales supuestos por los representantes de los trabajadores que evite su utilización indiscriminada y fraudulenta.

Junto a ello, se deberá llevar a cabo una interpretación siempre restrictiva en el sentido de garantizar el principio de causalidad y por tanto el principio de estabilidad en el empleo.

- Primero, para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. Así lo establece expresamente el art. 15.1 ET con carácter general para los contratos temporales previstos en este art. 15 tras su reforma por el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral. No basta por lo tanto con indicar de forma genérica la modalidad de contratación o el motivo de la misma, sino que se exige expresar claramente las circunstancias que justifican dicha contratación y, especialmente, su conexión con la duración prevista.
- En segundo lugar, deben delimitarse los supuestos permitidos para esta submodalidad de contrato eventual y los supuestos que deberán ser realizados mediante el contrato fijo discontinuo. Como se ha dicho, ocasionalidad previsible no es ni puede confundirse son estacionalidad. Los trabajos vinculados a la estacionalidad o a las actividades de temporada deberán realizarse mediante la celebración de contratos fijos discontinuos pero también aquellas actividades de carácter intermitente que tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados. La interpretación de aquellos supuestos que puedan plantear dudas entre ocasionalidad previsible y actividades que se realizan con carácter intermitente en períodos de ejecución ciertos (en los que la causalidad exigida para un contrato temporal no está clara) debería realizarse siempre de forma favorable al contrato fijo discontinuo.

- Por último, se debe llevar a cabo una interpretación teleológica con arreglo a la finalidad y a los objetivos previstos por el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, que claramente se expresan en la Exposición de Motivos de la misma. La reforma de la contratación laboral tiene como objetivo principal el “reforzamiento del contrato indefinido”. Para ello, se pretende “diseñar adecuadamente los nuevos tipos de contratos para que el contrato indefinido sea la regla general y el contrato temporal tenga un origen exclusivamente causal, evitando una utilización abusiva de esta figura y una excesiva rotación de personas trabajadoras”. En virtud de esta finalidad pretendida por la norma las dudas interpretativas que se puedan plantear respecto a esta submodalidad de contrato eventual (y respecto a todas las modalidades contractuales).

Los noventa días que la ley permite para esta temporalidad ocasional “extra” no pueden utilizarse de manera continuada, lo que no quiere decir que todos los días deban ser discontinuos. Se acepta, pues, que pueda existir una contratación temporal de muy corta duración (lo que en la práctica ha venido siendo habitual, con la celebración de contratos de semanas o de un mes) para hacer frente a determinadas necesidades ocasionales aun previsibles de las empresas. Pese a ello, el legislador no obvia “la particular fuente de precariedad y de ineficiencias que supone la contratación temporal de muy corta duración y que supone un porcentaje elevadísimo del total de contratos firmados anualmente” y se trata de hacer frente a esta anormal duración de los contratos temporales (días, de lunes a viernes...) incrementando fuertemente las cotizaciones correspondientes a este tipo de contratos a través de la modificación del artículo 151 LGSS.

2.3. Garantías de los derechos de los trabajadores temporales y fortalecimiento de los mecanismos para reducir la temporalidad

Reconociendo que, pese a las sucesivas modificaciones que ha experimentado la legislación laboral española, el marco institucional no ha sido capaz de abordar de manera eficaz el problema de la excesiva tasa de temporalidad, que se sitúa de manera sistemática muy por encima de la media europea, la nueva reforma operada por el RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, pretende decididamente promover la estabilidad en el empleo y la limitación de un uso abusivo, injustificado y desproporcionado de la contratación temporal y acabar con la práctica, arraigada en general en nuestras relaciones laborales y muy generalizada por sectores, de recurrir injustificadamente a la contratación temporal, lo que genera ineficiencia e inestabilidad económica y una precariedad social inaceptable.

Por ello, conforme al paquete de medidas previstas en el Componente 23 «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo» del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en el RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, se establecen una serie de reformas dirigidas a reforzar

una serie de instrumentos, en distintos ámbitos (negociación colectiva, sistema de seguridad social, inspección de trabajo, derecho sancionador), que permitan frenar la temporalidad excesiva e injustificada, modernizar nuestro mercado de trabajo para hacerlo sostenible e inclusivo y hacer compatible la estabilidad en el empleo con las necesidades de una economía en plena evolución marcada por las transiciones ecológica y digital.

2.3.1. Equiparación de derechos con los trabajadores indefinidos

Uno de los objetivos de la reforma laboral ha sido, como ya se ha indicado, modernizar y simplificar las modalidades de contratación de forma que se pueda superar la segmentación injustificada existente en nuestro mercado de trabajo y reducir las tasas de temporalidad. Pero este objetivo tiene que estar presidido necesariamente por el cumplimiento de las exigencias de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, de modo que se mejore la calidad del trabajo de duración determinada, se garantice plenamente la aplicación del principio de no discriminación, y se establezca un marco eficaz para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.

Este principio de asimilación, implícito en la prohibición de discriminación, legal y judicialmente afirmada, se recoge expresamente como también se hacía antes: los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las peculiaridades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos.

Este principio de equiparación e igualdad de derechos sigue estando matizado con el principio de proporcionalidad o regla «prorrata temporis»: “Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado”. No obstante, se incorpora en la nueva regulación la doctrina establecida por el TJUE en relación con la aplicación de la Directiva 1999/70/CE, estableciendo ahora el art. 15.6 que “Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad de la persona trabajadora, esta deberá computarse según los mismos criterios para todas las personas trabajadoras, cualquiera que sea su modalidad de contratación”.

2.3.2. Acceso a empleo permanente

Se prevén, como ya se contemplaba en la normativa anterior garantías de transparencia de los empleos permanentes a cubrir, estableciéndose para ello un deber del empresario de información suficiente (art. 15.7 ET). Con estas garantías se pretende que los trabajadores temporales puedan tener las mismas oportunidades de acceso a un empleo estable que el resto, aunque salvo disposición expresa del convenio colectivo no hay concedida ninguna preferencia de acceso.

Para reforzar estas garantías se precisa que dicha información también deberá ser trasladada a la representación legal de los trabajadores, así como los contratos realizados de acuerdo con las modalidades de contratación por tiempo determinado previstas en el art. 15 ET cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos.

2.3.3. El papel de la negociación colectiva

A la negociación colectiva se le atribuye (art. 15.8 ET, disposición común para los distintos supuestos de contratación temporal), como antes ya se hacía, aunque con escasos resultados, la facultad de establecer planes de reducción de la temporalidad, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa. También podrán establecer criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, así como fijar porcentajes máximos de temporalidad y las consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos.

Se añade ahora, además, la posibilidad de que los convenios colectivos puedan establecer criterios de preferencia entre las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidas las personas puestas a disposición.

También se atribuye a los convenios colectivos la función de establecer medidas para facilitar el acceso efectivo de estas personas trabajadoras a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales.

Un aspecto interesante a tener en cuenta deriva de la modificación que, después de aprobada la reforma laboral, se ha llevado a cabo del art. 84.2 ET. Como ya se sabe, el apartado 9 del art. Primero del RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral ha llevado a cabo una importante modificación relativa a la prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en determinadas materias (art. 84.2 ET). Con posterioridad, el RD-Ley que modifica diferentes normas referentes a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y sociedades de gestión

de activos (RD-Ley 1/2022, de 18 de enero²²) introduce otra modificación específica que afecta, exclusivamente, a la letra d) del artículo 84.2 ET, que se refiere a “la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los *convenios colectivos*”. Con arreglo a la modificación efectuada, la prioridad aplicativa del convenio de empresa se refiere ahora a “la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los *convenios de empresa*” (tal y como estaba previsto en la redacción del ET antes de la reciente reforma laboral).

Se introduce esta corrección, como explica la Exposición de Motivos, “en aras de garantizar la debida seguridad jurídica y evitar cualquier duda interpretativa en su aplicación”. El legislador ha sido consciente de los importantes problemas que se podían plantear al referirse genéricamente a convenios colectivos, de forma que muchos aspectos –como la ampliación de la duración máxima de contrato por circunstancias de la producción– que tiene que llevarse a cabo mediante convenio colectivo sectorial, o aspectos relativos a otras modalidades de contratación que se pueden establecer sólo mediante convenios colectivos sectoriales, o aquellos aspectos relativos a las modalidades de contratación que, dentro de las posibilidades legales, las partes negociadoras hayan decidido negociar mediante convenios sectoriales estatales o de ámbito inferior, podrían verse afectados por la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Por ello, el legislador no ha tratado esta cuestión como una corrección de errores, sino que ha querido evitar cualquier duda interpretativa llevando a cabo legalmente esta modificación puntual.

2.3.4. Adquisición de la condición de trabajadores fijos y prevención de abusos en la contratación temporal

El principio de causalidad no es la única garantía a favor de los trabajadores temporales. Junto a la exigencia de aplicación de dicho principio, se establecen mecanismos adicionales de protección de los trabajadores temporales que tratan de prevenir abusos y establecer restricciones del uso de la contratación temporal.

Pese a que con las anteriores reformas laborales la tradicional presunción legal a favor del carácter indefinido del contrato de trabajo se diluyó, aunque no desapareció, ha sido frecuente introducir en nuestro ordenamiento un régimen de presunciones del carácter indefinido del contrato de trabajo. Así, la Ley ha venido recogiendo expresamente algunas situaciones en que se presume, con finalidad

²² Artículo Cuarto. Uno del Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero, por el que se modifican la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito; la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, en relación con el régimen jurídico de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (BOE 19 de enero de 2022).

disuasoria, el carácter de indefinidos para los contratos (contratos celebrados en fraude de ley, incumplimiento del deber de alta en la Seguridad Social y haya transcurrido un determinado plazo, falta de forma escrita, continuación de la prestación de servicios en ETT finalizado el contrato de puesta a disposición, cesión ilegal de trabajadores ex artículo 43 ET, sin perjuicio del derecho de opción). En la mayor parte de los casos el efecto disuasorio buscado carecía por completo de eficacia al tratarse de presunciones *iuris tantum* por lo que se presumía el carácter indefinido “salvo que de la propia naturaleza de la actividad o de los servicios contratados se deduzca la naturaleza temporal de los mismos”. Además, para apreciar la existencia de fraude de ley –que tenía como consecuencia una presunción *iuris et de iure* del carácter indefinido del contrato– no bastaba la mera sucesión de contratos temporales, ni un mero incumplimiento o error sobre la causa, sino un uso intencionadamente desviado.

Además, a fin de prevenir el abuso de la contratación temporal, por tanto al margen de la existencia o no de causas ciertas de temporalidad, la reforma de 2006 introdujo, en el artículo 15.5 ET, un límite temporal absoluto al uso de los contratos temporales, pasado el cual, el trabajador se convertiría en indefinido. La redacción dada admitía, sin embargo, varias vías de escape para el empresario en detrimento del trabajador, de ahí que la reforma de 2010 diera una nueva redacción a ese límite temporal. En consecuencia, la garantía se concreta hoy del siguiente modo, siendo aplicable también a las Administraciones Públicas (salvo ciertos casos específicos), así como en situaciones de subrogación empresarial.

Sin embargo, la extrema temporalidad que padece nuestro mercado de trabajo evidencia que no ha sido una medida suficientemente disuasoria para acudir a la temporalidad injustificada, de ahí que ahora, tras las continuadas llamadas de atención de la Comisión Europea y del TJUE, se haya abordado una importante reforma legislativa de la contratación temporal. Con esta reforma, las presunciones se refuerzan de manera importante. Ya no se puede destruir la consecuencia de la presunción atendiendo a la propia naturaleza temporal de la actividad o de los servicios contratados (no cabe la prueba en contrario). El art. 15.4 ET establece *iuris et de iure* que las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas. También adquirirán la condición de fijas las personas trabajadoras temporales que no hubieran sido dadas de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba.

Por otro lado, también se endurece el límite temporal absoluto al uso de los contratos temporales, pasado el cual, el trabajador se convertiría en indefinido. Por una parte, el límite se reduce a un plazo de 18 meses en un período de veinticuatro meses (antes era un plazo superior a veinticuatro meses dentro de un período de treinta meses) respecto a un trabajador que hubiera estado contrato, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de

la producción. Por otro lado, este mismo límite se aplica también a los supuestos en los que la rotación de contratos se produzca con distintos trabajadores, de forma que también adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

2.3.5. Cotización adicional en contratos de duración determinada

Un mecanismo que se ha venido utilizando para luchar contra la altísima temporalidad existente en nuestro sistema de relaciones laborales ha sido el incremento de las cotizaciones a la Seguridad Social para los contratos de duración determinada. Se vuelve a utilizar este instrumento como complemento de la nueva regulación establecida en el art. 15 ET. De forma que se actúa conjuntamente desde la vertiente laboral y desde la vertiente de la Seguridad Social. De manera muy particular se pretende desincentivar el recurso a los contratos temporales de corta duración (que constituyen un altísimo porcentaje de los contratos firmados anualmente) que producen una rotación excesiva, constituyen una fuente de especial precariedad para los trabajadores y perjudica el buen funcionamiento del mercado de trabajo y del desarrollo económico de nuestro país.

Con esa finalidad se modifica el art. 151 LGSS, estableciendo una cotización adicional a cargo del empresario para todos los contratos de duración determinada inferior a 30 días a la finalización de dicho contrato. Dicha cotización adicional se calculará multiplicando por tres la cuota resultante de aplicar a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para contingencias comunes, el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de las contingencias comunes.

Con la nueva regulación se amplían los contratos respecto a los cuales se establece esta cotización adicional puesto que antes se aplicaba limitadamente a los contratos de carácter temporal cuya duración efectiva fuera igual o inferior a cinco días y ahora se amplía su aplicación a todos los contratos temporales de duración inferior a 30 días. Y, por otro, se encarece esta cotización adicional respecto de la anterior regulación.

Mediante la nueva regulación del art. 151 LGSS se precisan también los supuestos en los que no procederá este incremento de la cotización. Así, se establece una excepción referida a los contratos por sustitución y a los contratos celebrados con trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, en el Sistema Especial para Empleados de Hogar o en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, a los cuales no se aplicará dicha cotización adicional. La anterior regulación excluía de su aplicación sólo a los trabajadores del Sistema Especial para trabajadores agrarios por cuenta ajena, por lo que la ampliación de supuestos excluidos puede reducir algo el alcance de esta medida.

2.3.6. *Incremento de las sanciones en la LISOS*

El artículo quinto del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, modifica puntualmente el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, con el objetivo de adaptar la norma sancionadora a las nuevas previsiones de la norma material respecto a la nueva normativa de contratación, así como de los demás aspectos que han sido objeto de reforma.

En este ámbito de la normativa de contratación, destaca la modificación del 7 de la LISOS que 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 colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva”. Los aspectos especialmente relevantes de la reforma llevada a cabo son la “imprescindible individualización de la infracción” (como indica la Exposición de Motivos) y el incremento de la cuantía de la sanción (nueva redacción del art. 40.1 LISOS).

De forma paralela, se modifican en los mismos términos, otras conductas constitutivas de infracción grave relativas a los contratos de puesta a disposición por parte de las empresas de trabajo temporal y de las empresas usuarias [arts. 18,2,c); 19,2,b) ;19,bis,1,b) y 19,ter,2,b) de la LISOS].

Esta individualización de la infracción es requisito necesario en el ámbito del derecho punitivo sancionador, pero pese a ello en la regulación anterior la sanción impuesta al empresario se podía graduar en función del número de trabajadores afectados por la infracción. Ahora, cada infracción individualizada supone la aplicación de la sanción correspondiente a cada una de ellas, de forma que existirán tantas infracciones laborales y tantas sanciones como trabajadores afectados por ellas. Además, como también se ha apuntado ya en la doctrina, esta reforma tendrá especial trascendencia en la función de control llevada a cabo por la Inspección de trabajo²³.

Por otra parte, se incorpora una nueva letra c bis) al artículo 40.1 LISOS que establece que estas infracciones graves se sancionarán con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 1.000 a 2.000 euros; en su grado medio, de 2.001 a 5.000 euros y, en su grado máximo, de 5.001 a 10.000 euros.

²³ Vid. García Blasco, J.: “Reforma laboral, infracciones en el orden social y reforzamiento del papel de la Inspección de trabajo”. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/juan-garcia-blasco.pdf>.

EL CONTRATO TEMPORAL DE SUSTITUCIÓN

FEDERICO NAVARRO NIETO

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

EXTRACTO

Palabras clave: Principio de causalidad, contrato temporal, sustitución e interinidad

El estudio aborda el nuevo régimen del contrato de sustitución introducido por el 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. Tras el análisis de la regulación común del nuevo art. 15 ET, se aborda la problemática específica de la modalidad de los contratos laborales por cobertura de vacante en las Administraciones Públicas recogida en la DA 4ª del RDL 32/2021 y las nuevas previsiones al efecto de la Ley 20/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

ABSTRACT

Key words: Principle of causality, temporary contract, substitution and interim

The study addresses the new regime of the replacement contract introduced by RDL 32/2021, of December 28, of urgent measures for labor reform, the guarantee of stability in employment and the transformation of the labor market. After the analysis of the common regulation of the new art. 15 ET, the specific problem of the modality of labor contracts for vacancy coverage in the Public Administrations included in the DA 4th of RDL 32/2021 and the new provisions for the effect of Law 20/2021, of urgent measures for the reduction of temporality in public employment, are addressed.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN EN EL NUEVO ART. 15 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.
 - 2.1. De sustitución a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo.
 - 2.2. Para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora.
 - 2.3. Para cubrir un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo.
3. EL CONTRATO LABORAL DE SUSTITUCIÓN POR VACANTE EN LAS AA.PP.
4. LOS CONTRATOS LABORALES POR COBERTURA DE VACANTE EN LAS AA.PP. EN LA LEY 20/2021.
5. ASPECTOS DIFERENCIALES Y COMUNES DEL RÉGIMEN DEL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL
6. DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y DEROGATORIAS.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades más relevantes 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*, es la reforma del marco normativo de la contratación temporal. Dejando al margen su Exposición de Motivos (EM), de una extensión desmedida y, lo que es más relevante, poco provechosa como instrumento hermenéutico para el entendimiento del contenido del articulado¹, se puede decir que básicamente incorpora correcciones muy pertinentes a los efectos perversos de la reforma de 2012 y añade nuevos tratamientos normativos a problemas endémicos de nuestro mercado de trabajo, siendo emblemático la problemática de la temporalidad. Eso sí, se trata de una norma apoyada en la concertación social, que ratifica el papel relevante de la misma en la dinamización de nuestras relaciones laborales de los últimos años.

Ni es necesario profetizar con entusiasmo desmedido, como hace la EM, que esta reforma laboral puede ser decisiva “para dar lugar a la gran transformación del mercado de trabajo español” o para “la modernización del Estatuto de los Trabajadores que plasme las bases de un nuevo contrato social”, ni tampoco, en

¹ Interesante la comparativa de la extensión de las EM de las grandes reformas laborales: la Ley 11/1994 ocupa 27 págs. BOE, y su EM, 3 pág. y media; la Ley 35/2010: 46 págs. BOE, con 6 págs. de EM.; el RDL 3/2012, 64 págs. BOE, y 8 pág. y media de EM. Las EM de estas reformas legales se caracterizan por una encomiable concisión y precisión en los objetivos y fundamentos de las reformas, eludiendo la descripción del texto articulado. Frente a ellas, el RDL 14/2021, ocupa 18 págs. BOE, 13 págs. de EM (posterior Ley 20/2021: 17 págs. BOE, 10 págs. de EM) y el RDL 32/2021 ocupa 51 págs. BOE, con 15 págs. y media de EM, de las cuales tres páginas tienen un carácter esencialmente doctrinal y divulgativo y cinco págs. y media dedicadas a describir (casi reiterando) el articulado de la norma.

el lado opuesto, ver en la legislación laboral de etapas anteriores “un larguísimo proceso de cambios normativos que no han logrado, sin embargo, acabar con los graves problemas de nuestro mercado de trabajo”, que parece hacerse eco de la tesis de la culpabilización del Derecho del Trabajo, que, como se sabe, no pasa de ser una *vue de l'esprit*.

Se puede decir que han sido dos los detonantes inmediatos de esta reforma legal, en primer lugar, el pacto programático de la coalición de gobierno PSOE-UP, “Coalición Progresista. Un nuevo acuerdo para España”; en segundo lugar, las exigencias comprometidas con la Unión Europea, que me parece más relevante en sus resultados, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que se concretan en el programa de reformas del Componente 23 del Plan. En el caso de la reforma de la contratación temporal también ha sido relevante el importante giro normativo a partir de la evolución de la jurisprudencia española, que encuentra su motivación en las exigencias de la Directiva 99/70 y la importante jurisprudencia del TJUE. De hecho, los aspectos más significativos de la reforma constituyen la cristalización normativa de la más reciente doctrina jurisprudencial.

Dicho lo cual, cabe añadir que el contrato de interinidad ocupa un papel secundario en la temática de la reforma de la contratación temporal. Los grandes temas polémicos sobre la contratación temporal estructural, como la delimitación causal, su limitación temporal, la limitación del número de contratos en relación con la plantilla, etc., son ajenos a esta modalidad contractual.

El nuevo esquema de los contratos temporales del art. 15 ET se caracteriza por la simplificación de los tipos contractuales, el tratamiento más abierto de sus causas justificativas y simultáneamente más exigente en cuanto a las condiciones de uso de dichas modalidades contractuales por las empresas. No obstante, estamos ante una norma muy imprecisa en su terminología (nos referimos al contrato por circunstancias de la producción), lo que, a falta de desarrollo reglamentario y una interpretación judicial, aboca a una situación de enorme inseguridad jurídica. Hay que entender vigente, claro está, el RD 2720/1998, en tanto no contradiga o se oponga a lo dispuesto por el RDL (apartado 1º de la DDU), y en todo caso durante el periodo transitorio de vigencia de la actual regulación legal (DDTT 3ª y 4ª del RDL 32/2021).

El legislador de urgencia pasa a denominar el tradicional *contrato de interinidad* como *contrato de sustitución*. El cambio de denominación es incorrecto técnicamente, porque mientras la denominación tradicional permite abarcar en su terminología todos los supuestos causales, como veremos, la nueva denominación no abarca todos los subtipos porque no en todos puede hablarse propiamente de “sustitución”.

2. EL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN EN EL NUEVO ART. 15 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

En el actual régimen del art. 15 ET sólo se admiten dos causas de temporalidad: por circunstancias de la producción o por sustitución de trabajadores. Añade el art. 15.1 ET que para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. Lo cual presupone la exigencia de la formalización por escrito del contrato, y así lo recoge el art. 8.2 ET y expresamente el art. 6.1 RD 2720/1998.

La nueva versión del régimen legal del contrato de sustitución mantiene estrictamente la lógica jurídica de esta modalidad contractual, vinculándola a razones organizativas de la empresa, al margen de las circunstancias productivas o de prestación de servicio de la misma². La singularidad de la causa condiciona el uso de esta modalidad contractual, su duración, la causa legítima de su extinción, e incluso su uso al margen de ciertas limitaciones o prohibiciones de contratación temporal en determinados casos. Así, la facultad que se atribuye al convenio colectivo para adoptar medidas de reducción de la temporalidad (art. 15.8 ET) parece tener como destinatario natural el contrato por circunstancias de la producción; la incompatibilidad entre contratación temporal y contratación fijo-discontinua, particularmente en contrataciones y concesiones de servicios (previstas en el art. 15.2 ET), parece dejar al margen la contratación temporal por sustitución; en fin, la prohibición de nuevas contrataciones laborales del art. 47.7 d) ET, dado que la causa del contrato de sustitución es ajena a las causas empresariales que motivan un ERTE.

El art. 15.3 ET prevé tres supuestos bajo esta fórmula contractual temporal.

2.1. De sustitución a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo

En este caso en el contrato de trabajo se debe especificar el nombre del sustituido y la causa de sustitución. Esta causa es relevante porque condiciona la vigencia del contrato. La norma se refiere a supuestos de suspensión del contrato de trabajo con un derecho a reserva del puesto de trabajo en virtud de norma legal (art. 45.1 letras c, d, e, f, g, h, k, n LET), aunque el art. 4.1 RD 2720/98 recoge la previsión de otras causas de suspensión con derecho a reserva del puesto de trabajo establecidas por convenio colectivo o pacto individual.

² Respecto de la regulación anterior a la reforma, remito a Costa Reyes, “*Contratos temporales causales*”, en XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, “*Análisis actual de la contratación laboral*”, noviembre 2021, pág. 26.

Se excluye por tanto el supuesto de contrato de sustitución para sustituir a trabajador con suspensión del contrato por excedencia voluntaria, que no conlleva el derecho a la reserva del puesto de trabajo³, obviamente salvo pacto en contrario. La jurisprudencia aclara, además, que no se incluyen aquí los casos de permisos o interrupciones periódicas de la prestación, sino exclusivamente los supuestos de reserva de puesto de trabajo que traen su causa en una suspensión del contrato⁴. De ahí que la jurisprudencia avale que no puede emplearse el contrato de sustitución para sustituir a trabajadores en situación de vacaciones (STS 30-10-2019, rec. 1070/17). En la nueva regulación esto es claro al preverse para este supuesto el uso del contrato por circunstancias de la producción. Aunque no es extraño ver convenios que incluyen las vacaciones y permisos como causa de sustitución⁵.

El TS admite el contrato de sustitución para algún supuesto singular, basado en el destino temporal del trabajador sustituido a otro puesto de trabajo, pero siempre que la causa “sea verdaderamente temporal y puramente coyuntural, de corta duración, y motivada por circunstancias productivas de naturaleza singular que justifiquen la cobertura temporal de su puesto de trabajo por haber sido destinado de manera ocasional a otro distinto” (STS 6-7-2021, rec. 2746/2019, STS 19-10-2021, rec. 2758/20)⁶.

El art. 4.3 RD 2720/1998 también admite esta modalidad contractual para sustituir a un trabajador autónomo, a un socio trabajador o a un socio de trabajo de una sociedad cooperativa en el supuesto de riesgo durante el embarazo o en los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente.

³ STS 5-7-2016, rec. 84/15: ““la conservación del puesto” se predica de la excedencia forzosa (art. 46.1 ET), mientras que la voluntaria solo da derecho “al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”. En consecuencia: sin trabajador cuyo contrato se suspenda y conserve la reserva del puesto de trabajo tampoco es posible la celebración de un contrato de interinidad clásico”.

⁴ Sobre tal jurisprudencia remito a Costa Reyes, “*Contratación laboral y temporalidad: modalidades y problemática a la luz de la doctrina judicial*”, en Navarro Nieto y Costa Reyes, *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, Bomarzo, 2021, pág. 173.

⁵ VI convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (art. 18.2 y su desarrollo con el Reglamento de la bolsa de trabajo).

⁶ Prescindiendo de la literalidad del art. 4.2 RD 2720/1998, entiende la primera de las sentencias citadas que es cierto que esta norma “señala que la duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo, pero los términos literales de dicha previsión legal tan solo pueden aplicarse a los supuestos en los que efectivamente se produce la suspensión de la relación laboral del trabajador sustituido, pero no cuando se trate de su adscripción a un puesto de trabajo diferente sin que se hubiere producido la suspensión de la relación laboral”.

La novedad introducida aquí por la reforma legal es que la prestación de servicios mediante esta modalidad contractual podrá iniciarse antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida, coincidiendo en el desarrollo de las funciones el tiempo imprescindible para garantizar “el desempeño adecuado del puesto” y, como máximo, durante quince días (se entiende que laborales, de cara al desarrollo de las funciones) antes de la efectiva sustitución. La norma parece estar previendo que la sustitución debe vincularse al puesto ocupado por el trabajador a sustituir. Recordemos que el RD 2720/1998 admite la posibilidad de que el puesto de trabajo a desempeñar por el sustituto sea el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pase a desempeñar el puesto de aquél, lo que debe hacerse constar en el contrato (art. 4.2 a) párr. 1º). Solución avalada por el TS, que entiende que no es contrario a la interinidad por sustitución que no se ocupe el mismo puesto o las funciones que el sustituido (STS 1-12-2021, rec. 122/20)⁷. Creo que ambas previsiones no son incompatibles, pudiendo interpretarse que el adelanto del contrato de sustitución estaría justificado también en este supuesto, es decir, para garantizar el desarrollo adecuado de las funciones del puesto que le corresponda en virtud de la ausencia del trabajador sustituido.

La extinción del contrato en el caso de sustitución tendrá lugar, en el supuesto normal, por la reincorporación del trabajador sustituido, pero igualmente podrá tener lugar por la desaparición de la causa que justifica el derecho a reserva de puesto de trabajo, al margen de la reincorporación del trabajador sustituido. De ahí que el art. 15.3 ET exija la determinación de la persona a sustituir y la existencia de un derecho a reserva del puesto de trabajo. En este sentido, el art. 8.1 c) RD 2720/1998 indica que son causas de extinción del contrato de interinidad, además de la reincorporación del trabajador sustituido, “el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación” y “la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo”.

Se puede plantear aquí la duda sobre la justificación causal del contrato de sustitución cuando se mantiene la sustitución, pero con un cambio de la causa del derecho de reserva del puesto de trabajo de la persona sustituida. En este caso considera el TS que al mantenerse el derecho a la reserva del puesto de trabajo se justifica la continuidad de la vigencia del contrato de sustitución, pero sólo para el supuesto de que no se especifique en el contrato una concreta causa de suspensión, en cuyo caso la desaparición de la causa concreta justifica la extinción, al margen de un nuevo supuesto de sustitución basado en otra causa específica⁸.

⁷ La sentencia subraya dos aspectos relevantes. En primer lugar, la interinidad debe salvaguardar el derecho a la promoción del trabajador sustituido. En segundo lugar, el trabajador puede quedar sometido a las reglas sobre movilidad funcional al igual que podría ocurrir con el trabajador sustituido.

⁸ STS 10-5-2011, rec. 2588/10: “si el contrato suscrito no hace mención alguna a la IT de la sustituida como causa de la interinidad, sino más ampliamente a su «derecho a reserva» y ésta se

Por otra parte, si el contrato de sustitución por cobertura de vacante se extingue antes de la finalización del procedimiento reglamentario al que se vincula la duración del contrato se entenderá que estamos ante un despido irregular (STS 21-1-2013 rec. 301/12).

2.2. Para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora

Esta modalidad se justifica cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo. Obviamente se excluye como causa motivadora una reducción de jornada en aplicación de un ERTE *ex art. 47 ET* (aparte ahora de la prohibición de nuevas contrataciones laborales del art. 47.7 d) ET).

La regulación anterior ya recoge este supuesto, aunque con un tratamiento más restrictivo en sus causas. Concretamente el art. 5.2 b) RD 2720/1998 justifica el contrato de interinidad a tiempo parcial “cuando el contrato se realice para complementar la jornada reducida de los trabajadores que ejerciten el derecho reconocido en el artículo 37, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores, o en aquellos otros supuestos en que, de conformidad con lo establecido legal o convencionalmente, se haya acordado una reducción temporal de la jornada del trabajador sustituido”. También recoge esta norma reglamentaria el supuesto contrato de interinidad a tiempo parcial “cuando el trabajador sustituido estuviera contratado a tiempo parcial o se trate de cubrir temporalmente un puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se vaya a realizar a tiempo parcial”. En la regulación vigente parece deducirse que la causa de la sustitución está conectada a la reducción de jornada y a efectos de su cobertura, lo que debe instrumentarse mediante un contrato a tiempo parcial. Aunque podría darse la posibilidad de un contrato a tiempo completo para la cobertura de la reducción de jornada de varios trabajadores, siempre que se hiciese constar los supuestos que justifican la jornada en dicha contratación temporal y que finalizada alguna de las reducciones de jornada se produjese la conversión del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial⁹.

mantiene sin solución de continuidad primero por la IT surgida durante el embarazo [y con más que probable causa en el mismo, dada su duración de cinco meses] y posteriormente por el descanso por maternidad, para la Sala es claro que no cabe aplicar el art. 8.c).3^o RD 2720/1998 [que extingue el contrato cuando cese la causa que dio derecho a la reserva], porque el contrato no contemplaba como causa generatriz la «causa de la reserva» [hipotéticamente la IT], sino la de la propia «reserva» y mientras la misma se mantuviese, y como efectivamente se mantuvo –sin solución de continuidad, repetimos– con la segunda causa [descanso por maternidad], por eso mismo y porque persiste « la ausencia del trabajador sustituido » [precitado art. 4.2 .b)], no llegó a producirse la extinción del contrato con el alta médica y la consiguiente finalización de la IT”.

⁹ Durán López, *Análisis en profundidad de la reforma laboral*, Wolters Kluwer, 2022.

Los tribunales han venido sancionando el incumplimiento de este límite en la duración de la jornada con la conversión en indefinido, por cuanto no se ajustaría a la causa que lo justifica. Ahora la sanción debe corresponderse con la previsión del art. 15.4 ET.

2.3. Para cubrir un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo

Esta causa ya se recogía en la anterior regulación, aunque en la normativa reglamentaria (en el art. 4.2 RD 2720/1998). La norma reglamentaria diferenciaba el supuesto de cobertura de vacante en el ámbito privado y en las AAPP.

Como novedad formal hay que destacar la sistematización dentro de la ley de todos los supuestos de contratos de sustitución. Esta novedad es relevante en la medida en que cierra los debates relacionados con el carácter *ultra vires* de la regulación reglamentaria, sobre la que no se ha llegado a plantear ninguna cuestión de ilegalidad durante su larga vigencia.

El artículo 15 ET en su versión de la Ley 8/1980 se ha mantenido vigente con la misma redacción en relación con la contratación temporal por sustitución, de la misma forma que la norma reglamentaria de desarrollo inicial (RD 2104/1984). A principios de los 90 el TS, mediante una interpretación espiritualista de la norma, considera que dentro de la modalidad del contrato de interinidad se incluyen los contratos de interinidad concertados por las Administraciones Públicas a fin de ocupar provisionalmente determinadas plazas o puestos vacantes de las mismas, en tanto no se cubran por los cauces legalmente establecidos al efecto. El RD 2546/1994 introdujo en el art. 4 de esta norma un segundo supuesto de interinidad, que tomaba en consideración esta jurisprudencia, pero amplió tal posibilidad de contratación a cualesquiera empresas, públicas o privadas. Esa regulación pasó después al art. 4 RD 2720/1998. Es llamativo que en este periodo de tiempo tan dilatado desde 1980 no se haya aprovechado ninguna reforma legal del ET para “legalizar” esta anomalía jurídica, ahora abordada por el RDL 32/2021.

Pero la solución de la reforma en términos formales es asistemática, en tanto se hace mediante una separación del marco legal del tratamiento para el ámbito privado (art. 15.3 ET) y para el ámbito público (DA 4ª del RDL 32/2021).

Respecto del tratamiento del art. 15.3 ET otra novedad, ahora en el contenido de la regulación, es que tras la reforma se exige ahora que el puesto debe ser cubierto mediante “contrato fijo”, esto es, indefinido. El tratamiento legal es escueto. Por ello es importante recordar diversos aspectos de la regulación reglamentaria todavía en vigor.

El RD 2720/1998 añade como requisito formal que el contrato deberá identificar el puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna (art. 4.2 a) pár. 2º). Esta exigencia

está implícita en la nueva versión del art. 15.1 ET, que al exigir que conste la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista, está requiriendo la acreditación de la vacante a cubrir. La jurisprudencia ha venido estimando que la inexistencia de plaza vacante de cara a su cobertura implica la inexistencia de causa que justifique el contrato y por tanto el carácter fraudulento del mismo (por todas, STS 20-6-2000, rec. 4282/99) y además que “el contrato solo permite un desempeño provisional de un puesto concreto: el mismo cuya ‘cobertura definitiva’ comportará la terminación de la interinidad” (STS 5-7-2016, rec. 85/15).

El art. 15.3 párr. 3º ET exige que el contrato se justifique para la cobertura temporal de un puesto de trabajo “durante el proceso de selección o promoción” para su cobertura definitiva, lo cual viene a exigir implícitamente que exista la vacante y que, además, esté previsto formalmente el proceso de selección en el momento de la contratación. De hecho, es la existencia del proceso de cobertura el que sirve de referencia en la fijación de las reglas de esta causa contractual.

El art. 15.3 ET contempla la duración del contrato, que será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva y que, en todo caso, no puede ser superior a tres meses (la duración del contrato, no la del proceso de selección). El convenio colectivo está facultado para reducir dicha duración, pero no para ampliarla. En el ámbito de la empresa privada no cabe una intervención convencional flexibilizadora de la duración del contrato¹⁰. El TS lo admite en algún caso¹¹, con una doctrina que debe ser contextualizada. Efectivamente, reitera el TS que “en las interinidades por vacante que se producen fuera del ámbito de las Administraciones Públicas sea preciso distinguir entre aquellos procesos en los que el empresario actúa con plena libertad en la forma de organizar la selección y promoción, y aquellos otros en los que una norma con rango suficiente –incluido el convenio colectivo– impone unos trámites determinados, que no siempre pueden cumplirse en el período de los tres meses que fija el artículo 4.2. b). 2º del Real Decreto 2720/1998. Esta distinción se funda en que mientras que en el primer caso la aplicación de un plazo máximo es una garantía frente a los abusos o fraudes, en el segundo la limitación temporal específica no se justifica, pues la garantía surge de la propia regulación legal o convencional, y el empresario no tiene disponibilidad sobre la aplicación de un proceso reglado”.

Pero, como digo, esta doctrina debe ser contextualizada, porque se expone en relación con un supuesto excepcional, las sociedades mercantiles públicas (inicialmente respecto de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos SA),

¹⁰ Costa Reyes, “*Contratos temporales causales*”, cit. pág. 28, respecto de la regulación del RD 2720/1998.

¹¹ SSTS 11-4-2006 (rec. 1387/2004, 2025/2005, 1184/2005, 1394/2005), STS 18-6-2020 (rec. 1911/2018), STS 27-4-2021 (rec. 618/2020).

donde resultaba aplicable la DA 12ª LOFAGE (actualmente DA 1ª EBEP), y en consecuencia no se excluyen por completo los criterios públicos de provisión de puestos de trabajo; por eso, en estos casos, y solo en estos, “una norma con rango suficiente –incluido el convenio colectivo– impone unos trámites determinados, que no siempre pueden cumplirse en el período de los tres meses que fija el artículo 4.2. b). 2º del Real Decreto 2720/1998”.

No puede celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima¹². La norma legal se limita a recoger la previsión del art. 4.2 b) pár. 2º RD, añadiendo la posibilidad de reducción del plazo por convenio colectivo. De forma que en la norma es indiferente el resultado del proceso de cobertura, no admitiéndose un nuevo contrato “con el mismo objeto”, es decir, para el mismo proceso de cobertura, superado el plazo de tres meses, o para una nueva convocatoria de cobertura del puesto de trabajo, por haber quedado vacante en el proceso anterior.

3. EL CONTRATO LABORAL DE SUSTITUCIÓN POR VACANTE EN LAS AA.PP

Como hemos indicado una novedad formal en el contrato de sustitución por vacante es el tratamiento legal separado para el ámbito público, que se recoge ahora en la DA 4ª del RDL 32/2021, que plasma esencialmente la anterior previsión reglamentaria del RD 2720/1998.

Las AAPP por tanto disponen de los contratos de interinidad por sustitución y para la cobertura de una reducción de jornada, conforme a los dos primeros supuestos del art. 15.3 ET, y la modalidad de cobertura de vacante prevista en el pár. 3º de la DA 4ª del RDL. Es precisamente este último supuesto el que ha concentrado buena parte de la conflictividad del empleo público laboral temporal en las AAPP¹³.

Indica en este sentido el pár. 3º de la DA 4ª RDL 32/2021 que se podrán suscribir contratos de sustitución en el sector público para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura

¹² En el caso de las AAPP, el TS considera fraudulento el encadenamiento para distintos procesos de cobertura permanente de vacantes (STS de 1 de julio de 2015, rec. 2349/2014).

¹³ Un balance jurisprudencial sobre la interinidad laboral antes de las reformas laborales de diciembre de 2021, en Jover Ramirez, “*Interinidad laboral*”, en *XXXIX Jornadas Universitarias Andaluas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, “*Análisis actual de la contratación laboral*”, noviembre 2021; Jurado Segovia y Ramos Moragues, “*Singularidades de la contratación laboral y sus modalidades en el sector público: panorama general*”, en García Murcia (Dir.), *Contratos de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, MTES, 2021, pág. 136 y ss.

definitiva, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021.

La plaza vacante debe estar identificada, al igual que el proceso de cobertura que sirve de referencia a la duración del contrato (procesos de promoción interna o concurso de traslado, o mediante oferta pública, debe estar incluida en la RPT y en la OEP correspondiente). No obstante, estas exigencias suelen eludirse y de hecho en este punto los tribunales han demostrado bastante permisividad¹⁴. Un dato normativo que puede estar avalando esta práctica hacia el futuro es el art. 10.1 a) EBEP, que prevé que el personal funcionario interino podrá permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria “dentro del plazo de los tres años, a contar desde la fecha del nombramiento del funcionario interino”. No obstante, en el ámbito laboral, el TS recientemente trata de subrayar las diferencias entre el trabajador calificado como indefinido no fijo y el interino por vacante, indicando al efecto que en el primer caso la vinculación no se establece normal y necesariamente con un puesto de trabajo concreto, “a diferencia de lo que ocurre con el contrato de interinidad por vacante” (STS 28-1-2022, rec. 3781/2020).

El nuevo apartado 3º del art. 11 EBEP prevé que “los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia”. Esta norma, por lo demás, constituye una concreción de la regulación general del art. 55 EBEP.

La norma no diferencia los principios básicos que deben respetarse según estemos ante el acceso a plazas de fijos o temporales. En el caso del personal laboral temporal “se regirá igualmente”, es decir, a partir de los principios de igualdad, mérito y capacidad mencionados anteriormente, por el principio de celeridad, de necesidad y urgencia. No creo que de la literalidad de la norma se pueda deducir “la existencia de diferencias esenciales entre el acceso al empleo público fijo y el acceso al empleo temporal”, como se indica en la STS Pleno 25-11-2021 (rec. 2337/20); cuestión distinta es, como se añade en la sentencia citada, que “la celeridad, necesidad y urgencia que caracterizan la cobertura temporal del empleo público, condicionan los requisitos de mérito y capacidad exigibles a los aspirantes”.

Esta norma quizá pueda ser relevante de cara a la consideración de fijo o indefinido no fijo del trabajador con un contrato laboral temporal declarado

¹⁴ Roqueta Buj y Goerlich Peset, *Interinos en el empleo público*, T.B., 2021, pág. 35; Jurado Segovia y Ramos Moragues, “Singularidades de la contratación laboral y sus modalidades en el sector público: panorama general”, cit. pág. 137.

fraudulento¹⁵. La cuestión dista de ser pacífica en la Sala de lo Social del TS. Para la jurisprudencia, la figura del indefinido no fijo persigue salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público (los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad), a fin de evitar que el personal laboral temporal en situación irregular vinculado a una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando, al margen de aquellos principios. Como doctrina general (STS Pleno 25-11-2021, rec. 2337/20; STS 24-11-2021, rec. 2341/20) se considera que “la mera superación de un proceso selectivo” para la suscripción de un contrato de trabajo temporal “no garantiza que se hayan cumplido dichos principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”. Para la plena efectividad de dichos principios “no vale cualquier tipo y clase de convocatoria o proceso de selección, si no respetan adecuadamente las exigencias legales que aseguren la justa ponderación de tales principios”. Se entiende que el proceso selectivo debe cumplir con los requisitos legales derivados de los principios constitucionales (en particular, los contenidos en el art. 55 EBEP). Así, “no cabe conmutar automáticamente los requisitos de acceso ajustados a los repetidos principios que lo gobiernan legalmente, con las bases, entrevistas o revisión de CV diseñadas en el inicio para una contratación temporal de personal interino por vacante” (SSTS 26-1-2021, rec. 71/20; 5-10-2021, rec. 2748/20).

En la práctica, si tomamos como referencia los sistemas selectivos en las CCAA, es frecuente la exigencia de publicidad y los requisitos de igualdad, mérito y capacidad a través del sistema selectivo clásico más ágil (el concurso), completado con la creación de bolsas de trabajo a las que se incorporan quienes hayan concurrido al concurso, ordenadas por la puntuación obtenida conforme al sistema de baremación fijado¹⁶.

Pero conforme a la doctrina general que estamos exponiendo, aun siendo exigible en todos los casos el respeto de los principios constituciones en cuestión, en pura teoría los niveles de exigencia están condicionados por la naturaleza temporal (que puede ser de muy corta duración) o fija del puesto de trabajo a cubrir, de forma que se conculcarían aquellos principios “de atribuirse la condición jurídica de personal laboral fijo del sector público a quien únicamente ha superado un proceso selectivo para su contratación temporal, en el que el nivel de exigencia de los requisitos de mérito y capacidad es mucho más liviano y manifiestamente distinto al que pudiere requerirse para la provisión definitiva de la plaza”. En cierta manera, se reconoce legalmente una diferenciación en el art. 11.3 EBEP al reclamarse

¹⁵ Para un balance jurisprudencial sobre la problemática de los indefinidos no fijos remito a Pérez Guerrero, “*Persona trabajadora indefinida no fija*”, en *XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, “*Análisis actual de la contratación laboral*”, noviembre 2021.

¹⁶ Roqueta Buj y Goerlich Peset, *Interinos en el empleo público*, cit. págs. 49 y ss.

para la contratación temporal un principio de celeridad. De la misma forma, esta diferenciación de procedimientos está implícita en el art. 10.2 EBEP, donde quedan diferenciados los procedimientos de acceso a la condición de funcionario interino y de carrera. Lo llamativo de la STS Pleno 25-11-2021, rec. 2337/20, es que, a partir de esta doctrina general, y sin entrar en las características del proceso selectivo en cuestión, descarta la conversión del contrato temporal irregular en un empleo fijo.

Sin embargo, en alguna sentencia reciente se ha estimado que, una vez constatado el cumplimiento de dichos principios, la consecuencia del fraude en la contratación debe ser la calificación de la relación como laboral fija, y no indefinida no fija (STS, sección 1ª, 16-11-2021, rec. 3245/19). Por tanto, se abre la hipótesis de que el cumplimiento de las exigencias del nuevo art. 11.3 EBEP puede abocar a la aplicación del art. 15.4 ET, en sus propios términos, esto es, que “las personas contratadas incumpliendo lo establecido en el art. 15 ET adquirirán la condición de fijas”, y en definitiva que en ciertos casos se adopte una solución distinta a la general de la conversión de los contratos temporales irregulares en indefinido no fijo, como vemos en esta última STS.

4. LOS CONTRATOS LABORALES POR COBERTURA DE VACANTE EN LAS AA.PP. EN LA LEY 20/2021

La Ley 20/2021, *de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*, aborda esta problemática del empleo público temporal, pero centrándose en el empleo funcional interino. De hecho, la EM concentra sus referencias en este colectivo, obviando toda referencia a las reformas que inciden en el personal laboral temporal.

En efecto, en el tema que nos ocupa, la interinidad, el tratamiento detallado se refiere al personal funcionario interino. El art. 10 EBEP (redactado conforme al art. 1.Uno Ley 20/2021) prevé su nombramiento temporal por diversas causas que actúan en paralelo a la versión del art. 15.1 ET anterior a su reforma por el RDL 32/2021. Concretamente, en lo que nos interesa, se prevé el nombramiento temporal para la cobertura de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera (por un máximo de tres años) (art. 10.1 letra a, con un supuesto específico en la DA 3ª, para la cobertura de plazas vacantes por jubilación), y el supuesto de nombramiento por sustitución de los titulares del puesto, por el tiempo estrictamente indispensable que motive el nombramiento (art. 10.1, letra b)¹⁷. En el supuesto de cobertura de vacante en particular [art. 10.1

¹⁷ A los que se añaden, en las letras c) y d) del art. 10.1 el nombramiento para ejecutar programas de carácter temporal, por un máximo de tres años, ampliable a doce meses más por las leyes de función pública de cada Administración, o en el supuesto de exceso o acumulación de tareas, por un plazo máximo de nueve meses. Obsérvese que incluso el nuevo art. 10.1 d) EBEP (9

a)], el nuevo art. 10.4 EBEP prevé una duración máxima de tres años desde el nombramiento, aunque, excepcionalmente, el personal funcionario interino podrá permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria dentro del plazo de los tres años, a contar desde la fecha del nombramiento del funcionario interino y sea resuelta conforme a los plazos establecidos en el artículo 70 del TREBEP. En este supuesto podrá permanecer hasta la resolución de la convocatoria.

En el caso del empleo temporal laboral no se introducen reglas de este tipo, por lo que cabe entender aplicable el régimen general del art. 15 ET, con las especialidades introducidas por la jurisprudencia (STS 28-6-2021, rec. 3263/19, ya comentada). La doctrina del TS considera que los contratos de sustitución por vacante en el caso de las Administraciones Públicas se extinguen al finalizar el procedimiento selectivo (con cobertura o no de la plaza) o por amortizarse la plaza vacante ocupada, exigiendo la aplicación de los mecanismos propios del despido objetivo (o colectivo) cuando se amortizan plazas ocupadas.

La problemática de la duración máxima de los contratos laborales temporales por vacante, ha sido abordada por el TS inicialmente mediante el criterio del carácter fraudulento de la contratación temporal cuando se prolonga durante “un periodo inusual e injustificadamente largo”, es decir, si no hay justificación para la demora en el cumplimiento de la obligación de convocatoria y cobertura de la plaza (STS 27-4-2021, rec. 2186/19). Posteriormente, la STS (Pleno) 28-6-2021, rec.3263/19, corrige este criterio y estima que pasados los 3 años ex art. 70 EBEP, como regla general, el trabajador interino pasa a ser trabajador indefinido no fijo¹⁸. Esta sentencia del Pleno establece que “cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta; y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo”. Esta sentencia fija como criterio general que, salvo ciertas excepciones, “los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga”, puesto que ese plazo máximo de duración de la temporalidad “ha sido utilizado por el legislador en bastantes ocasiones” y además “es el plazo máximo en el que deben ejecutarse las ofertas de empleo público según el artículo 70 EBEP”. Esta regla no significa que, en atención a diversas causas, no pueda apreciarse con anterioridad a la finalización del mismo la irregularidad o el carácter fraudulento del contrato de interinidad. Tampoco que,

meses en el periodo de 18 meses) flexibiliza el régimen legal, ahora derogado, del art. 15.1 b) ET (6 mees /12 meses).

¹⁸ Con posterioridad, STS 4-11-2021, sent. 1087/21.

de manera excepcional, por causas extraordinarias cuya prueba corresponderá a la entidad pública demandada, pueda llegar a considerarse que esté justificada una duración mayor.

Este nuevo criterio es fijado por el TS siguiendo la doctrina sentada por la jurisprudencia comunitaria, que estima que la interpretación que ha venido recibiendo el art. 70 EBEP por nuestros tribunales no impide las prácticas fraudulentas y por ello es contraria a la cláusula 5 de la Directiva 99/70 (STJUE 19-3-2020, C-103, 429 y 760/18, y STJUE 3-6-2021, C-726/19)¹⁹.

En efecto, el TJUE ha estimado una práctica fraudulenta, contraria a la cláusula 5ª del AM contenido en la Directiva 1999/70, el incumplimiento por parte de la Administración empleadora de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo, y subraya que el Derecho de la UE impide entender justificada la renovación sucesiva de nombramientos por razones genéricas que acaban encubriendo necesidades permanentes y estables²⁰.

La doctrina del TJUE contiene algunas puntualizaciones relevantes. En primer lugar, la cláusula 5 AM no enuncia sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal situación, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco. En segundo lugar, se puntualiza que la cláusula 5 AM no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. Ahora bien, para evitar esta conversión el Estado debe prever medidas alternativas suficientemente disuasorias con arreglo a los principios de equivalencia y efectividad. Ello requerirá que se compense suficientemente al

¹⁹ Conviene dejar anotado que, a diferencia de la jurisprudencia social, en esta temática la jurisprudencia contencioso-administrativa es firme en una doctrina que se aleja de la adoptada por la Sala de lo Social del TS. En primer lugar, constatada la utilización abusiva de la interinidad por vacante, no es posible en nuestro ordenamiento jurídico, ni por aplicación de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70, la conversión de la relación de servicios temporal en una de carácter fijo o asimilado, sino que la consecuencia jurídica será el derecho a la subsistencia de la relación de empleo –con los correspondientes derechos profesionales y económicos– hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por el artículo 10.1 EBEP y el derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración con arreglo a las normas generales de ésta. En segundo lugar, el mero hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva, no implica automáticamente que quien se halló en ella haya sufrido un daño efectivo e identificado. De aquí que no quepa reconocerle un derecho a indemnización por esa sola circunstancia; algo que el ordenamiento jurídico español y, más en concreto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no permite (por todas, STS 30-11-2021, rec. 6302/18; STS 20-12-2021, rec. 4659/19).

²⁰ STJUE 7-3-2018, C-494/16, asunto Santoro); STJUE 19-3-2020, C-103/18 y C-429/18, asunto Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez; STJUE 11-2-2021, C-760/18, asunto OTA.

trabajador y que haya medidas adicionales que disuadan a la Administración de llevar a cabo abusos en la contratación temporal, como puede ser la exigencia de responsabilidad patrimonial a los responsables de la Administración. Finalmente, en tercer lugar, apunta el Tribunal, como ejemplos de medidas adecuadas para prevenir y sancionar los abusos, la organización, dentro de los plazos exigidos, de procesos selectivos que tengan por objeto la provisión definitiva de las plazas ocupadas provisionalmente por empleados públicos con una relación de servicio de duración determinada, la transformación del contrato en indefinido no fijo, o la percepción de una indemnización equivalente a la del despido improcedente.

En la STJUE 3-6-2021 (C-726/19, asunto IMIDRA) el TJUE entiende que pese a la existencia de un plazo preciso en el Derecho español para la realización de los procesos selectivos para la provisión definitiva de las plazas (art. 70 EBEP), dicho plazo no constituye un plazo fijo y, por tanto, no parece, en la práctica, ser respetado. Además, reitera su doctrina, puntualizando que el trabajador afectado por esta práctica fraudulenta tiene derecho a una reparación, que puede ser la consideración de su contrato “por tiempo indefinido no fijo”, si bien dicha consecuencia puede ser sustituida por la legislación del Estado por otra distinta, si la misma es suficientemente efectiva y disuasoria, aplicándose en otro caso como consecuencia la naturaleza indefinida de la relación laboral. Y añade que “el abono de una indemnización por extinción de contrato no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco”, porque la misma “parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”. Este argumento va en la línea de su jurisprudencia anterior conforme a la cual para que haya una compensación suficiente al trabajador es necesario que no solamente tenga derecho a una indemnización tasada, sino también a una reparación íntegra del daño por la pérdida de oportunidades de empleo en el sector privado o de acceso al empleo público.

Nuestros tribunales se hacen eco de esta doctrina, planteando dudas sobre la compatibilidad de nuestro derecho interno con la misma. Así, en las SSTSJ Madrid 17-2-2021, rec. 845/2020 y 21-7-2021, rec. 427/21, se concluye que “es obvio y notorio que las medidas existentes en Derecho español no cumplen con dichos criterios, porque si se trata de interinidad por vacante no está prevista indemnización alguna mediante la finalización del contrato e incluso si se aplicara la indemnización creada por vía jurisprudencial para los indefinidos no fijos, esto es una indemnización tasada de 20 días por año de servicio, la misma no cumpliría los requisitos para las indemnizaciones establecidos en la jurisprudencia analizada. Por otra parte la legislación española solamente contiene una declaración genérica e inconcreta de responsabilidad en la disposición adicional 43ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 que no tiene eficacia práctica, hasta el punto de que no consta a la Sala que haya sido aplicada nunca, pese a que actualmente se encuentran en situación de interinidad por

vacante o de indefinidos no fijos (figuras ambas creadas por vía jurisprudencial y no legislativa) cientos de miles de trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas españolas. Por tanto, no existiendo medidas alternativas disuasorias del abuso, la consecuencia ha de ser la fijeza”.

En este escenario jurisprudencial contamos ahora con la nueva DA 17ª EBEP (introducida por el art. 1.Tres de la Ley 20/2021), que prevé un régimen de responsabilidades por incumplimiento del plazo máximo de permanencia del empleo público temporal, que en el empleo laboral debemos completar con la doctrina del TS expuesta sobre dicho plazo máximo. Los dos primeros apartados de la norma se refieren a la responsabilidad de las AAPP de cara al cumplimiento regular de las previsiones de la norma (apartado 1º) y a “la exigencia de las responsabilidades que procedan” por “las actuaciones irregulares en la presente materia” (apartado 2º). Estas previsiones de responsabilidad pueden dar satisfacción a la exigencia de la jurisprudencia comunitaria del carácter disuasivo de las medidas ex clausula 5ª AM (una responsabilidad patrimonial a los responsables de la Administración), pero lo cierto es que difícilmente podrán ser efectivas sin una tipificación de infracciones y sanciones al efecto²¹. Ya hemos anotado que la doctrina de suplicación duda de la efectividad de este tipo de medidas anticipadas en las LLPPGGE de años precedentes.

La Administración está obligada a garantizar el cumplimiento “de los plazos máximos de permanencia como personal temporal” (apartado 4º). De forma que “todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho”.

En el caso del personal laboral temporal no existe una previsión normativa sobre plazos máximos en el EBEP, de forma que hay que remitirse a las previsiones del ET, en nuestro caso, las referidas al contrato de interinidad (por sustitución y por vacante). El apartado 5º de la norma comentada prevé dos tipos de indemnizaciones a partir de dos requisitos cumulativos: 1) el “incumplimiento de los plazos máximos de permanencia”; 2) y el cese efectivo del trabajador interino irregular. Una primera indemnización se denomina “compensación económica”. La norma prevé en el caso de interinidad por vacante que el “incumplimiento de los plazos máximos de permanencia” (que es la principal causa de irregularidades en este tipo de contratos laborales, aunque pueden existir otros motivos para su consideración como contratación abusiva) provoca la conversión del contrato en indefinido no

²¹ Sala Franco, “La temporalidad en el empleo público”, en *Revista crítica de relaciones laborales, Laborum*, nº 1, 2021, pág. 56; Roqueta Buj y Goerlich Peset, *Interinos en el empleo público*, cit. pág. 132; Sempere Navarro, *Las reformas laborales de diciembre de 2021*, Lefevre, 2022, pág. 44.

fijo, que ahora ve reconocida una “compensación económica” con el cese efectivo de la relación contractual temporal. Una segunda es “la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica”, es decir, para el supuesto de que se produzcan irregularidades en la contratación (y lo será sin duda el incumplimiento de los plazos máximos de duración) y se produzca la conversión del contrato en indefinido no fijo, que daría lugar a una indemnización igualmente.

En principio, esta regulación podría estar dando respuesta a la exigencia por el TJUE de medidas para prevenir y sancionar los abusos: conversión de los contratos en indefinidos no fijos, provisión definitiva del puesto de trabajo, indemnización al trabajador que ve extinguido su contrato (incluyendo una compensación económica al margen de la indemnización por extinción del contrato).

Sin embargo, esta hipótesis no es del todo clara. Se indica en el apartado 5º que la “compensación económica” se corresponde con la prevista en el apartado 4º de la norma (veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades), sin perjuicio, como hemos indicado, de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica, que sería la que fija la jurisprudencia por la extinción del contrato de un trabajador fijo discontinuo, es decir, la que corresponde por despido objetivo procedente o despido improcedente, siendo la correspondiente al despido procedente la misma cuantía económica que la correspondiente a la compensación económica, como se acaba de exponer.

Añade el apartado 5º, pár. 2º, de la nueva DA 17ª que la “compensación económica” consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria.

Al ser equivalentes la “compensación económica” por abuso en la contratación temporal y la indemnización por extinción del contrato temporal devenido indefinido no fijo (en el caso habitual de un despido procedente), aquella compensación es inoperante, porque “en caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades”, y no a la acumulación de ambas cuantías. Quizá se ha pretendido que el trabajador perciba la compensación económica, sin necesidad de acudir a la vía procesal laboral en reclamación de la indemnización por extinción (siendo necesaria la sentencia judicial en el indefinido no fijo para acceder a la misma, obtendría el mismo resultado), salvo que por esta

vía se pretenda la calificación del despido como improcedente o la nulidad del mismo²².

Añade la norma que “el derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento”. Sin embargo, con ello se parece ignorar la doctrina jurisprudencial de la “unidad esencial del vínculo”, para el supuesto de encadenamiento de contratos temporales, no siendo probable que los tribunales descarten su aplicación²³.

Es llamativo que esta DA 17 EBEP sólo resultará de aplicación respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor (DT 2ª Ley 20/2021).

5. ASPECTOS DIFERENCIALES Y COMUNES DEL RÉGIMEN DEL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Distintos aspectos de su régimen jurídico diferencian el contrato de sustitución de los contratos para obra y servicio determinado y los contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, de la anterior regulación del art. 15 ET, y el contrato por circunstancias de la producción, vigente a partir de abril de 2022 con la nueva regulación del RDL 32/2021.

En primer lugar, no es aplicable al contrato de sustitución el art. 15.5 ET porque el encadenamiento de contratos se circunscribe a la modalidad de contratos por circunstancias de la producción. En este sentido, la derogación de los ap. 1º y 2º de la DA 15ª ET (DDU del RDL 32/2021), mantiene vigente el apartado 3º, lo que implica su aplicación a las AAPP. Pero todo ello no afecta al régimen del contrato de interinidad, porque esta DA se refieren al anterior art. 15.1 a) y art. 15.5 ET. En segundo lugar, la cotización adicional en contratos de duración determinada inferior a 30 días (art. 151 LGSS) excluye su aplicación a los contratos de sustitución. En tercer lugar, el art. 49.1 c) ET sigue excluyendo el contrato de duración determinada por causa de sustitución del derecho a indemnización por extinción del contrato. Regla avalada por el TJUE y el TS²⁴. En cuarto lugar, finalmente, la DA 5ª del

²² Sempere Navarro, *Las reformas laborales de diciembre de 2021*, cit. pág. 47.

²³ De nuevo, Sempere Navarro, *op. cit.* pág. 48.

²⁴ Remito a Navarro Nieto, “*El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación laboral española sobre contratos de duración determinada*”, Diario La Ley, Nº 9441, Sección Dossier, 21 de Junio de 2018. El TJUE se ha pronunciado sobre la temática de la indemnización por finalización del contrato temporal (SSTJUE 5-6-2018, C-574/16, asunto Grupo Norte, y C-677/16, asunto Montero Mateos; STJUE 21-11-2018, C-619/17, asunto De Diego Porras 2) observando, en primer lugar, ha estimado conforme al derecho de la UE la inexistencia de indemnización en la

RDL 32/2021 prevé supuestos singulares de contratación temporal al margen del art. 15 ET en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Fondos de la Unión Europea. Esta previsión singular de “contratos de duración determinada” se encuentren asociados a “la ejecución de proyectos” vinculados al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y para “la ejecución de programas de carácter temporal” cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea. De esta manera dichos contratos solo se justifican “por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos”. Esta justificación causal de los contratos excluye la figura del contrato de sustitución en cualquiera de sus modalidades.

Por lo demás, es de aplicación el régimen común de los contratos de duración determinada ex art. 15 ET: el art. 15.6 ET (sobre igualdad de derechos); el art. 15.7 ET (sobre información referida a vacantes); el art. 15.8 ET (posibles aspectos del régimen jurídico que pueden ser regulados por convenio colectivo) y el art. 15.9 ET (sobre la certificación de trabajador fijo).

Existen una serie de situaciones irregulares que se sancionan con la conversión del contrato temporal en indefinido. Hasta la reforma del RDL 32/2021 lo que hacía la norma es establecer una presunción a favor del carácter indefinido del contrato. Una presunción *iuris tantum* en los supuestos de los apartados 1º y 2º del art. 9 RD 2720/98 (salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal: incumplimiento de forma escrita y no dar de alta en la seguridad social), y una presunción *iuris et de iure* en el caso del apartado 3º de la misma norma (fraude de ley).

Ahora la norma elimina toda presunción y establece la conversión directa del contrato en los siguientes supuestos (art. 15.4 ET):

1. Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en el art. 15 ET adquirirán la condición de fijas. En el caso de las AAPP la consecuencia es la de conversión del contrato temporal en indefinido no fijo. Se entiende inaplicable el art. 8.2 pár. 3º ET, que prevé que “de no observarse la exigencia de forma escrita, el contrato de trabajo se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal...”.

extinción del contrato de interinidad. Doctrina que se reitera para la extinción de la prestación de servicios por los funcionarios interinos (una vez cubierta la plaza) (STJUE 22-1-2020, C-177/18, asunto Almudena Baldonero). Entiende que la diferencia de trato con respecto a la extinción de los otros tipos de contratos temporales no es discriminatoria y contraria a la Directiva 1999/70. En segundo lugar, el TJUE considera que no es contrario a la Directiva mencionada el establecimiento de una indemnización diferente por extinción del contrato para los temporales (art. 49.1 c) ET) y los indefinidos (art. 53 ET). Una abundante jurisprudencia del TS de 2019 asume y aplica la doctrina del TJUE a partir de la STS Pleno 13-3-2019, rec. 3970/16.

2. Adquirirán la condición de trabajadores fijos, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el período de prueba.

El art. 49.1 c) ET, en su actual versión, parece contradecir este esquema al prever que “expirada dicha duración máxima, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación”. Estaríamos ante un incumplimiento de lo establecido en el art. 15.3 ET, que, sin embargo, admite prueba en contrario.

En el terreno administrativo existe también la previsión en el art. 7.2º LISOS de una sanción administrativa por infracción grave en materia de relaciones laborales por “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 colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva”. El RDL 32/2021 añade a esta redacción una importante regla que endurece sustancialmente el alcance de la sanción: “A estos efectos se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas”.

6. DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y DEROGATORIAS

La nueva versión del contrato de sustitución entra en vigor el 31 de marzo de 2022 (DF 8ª RDL). Además, la DT 3ª del RDL 32/2021 prevé un régimen transitorio aplicable a los contratos de duración determinada celebrados antes del 31 de diciembre de 2021. Concretamente en su apartado 2º prevé que los contratos de interinidad basados en lo previsto en el artículo 15.1. c) ET celebrados según la redacción vigente antes de la entrada en vigor del “apartado tres del artículo primero” del RDL (31 de marzo de 2022), se regirán hasta su duración máxima por lo establecido en dicha redacción. Obviamente lo previsto en el art. 15.1 c) ET debe serlo con su desarrollo del art. 4 RD 2720/1998, que incluye tanto la causa de interinidad, como la cobertura de vacante. Es decir, la norma transitoria se está remitiendo al régimen jurídico del contrato vigente a 31 de diciembre de 2021.

Conforme a la regulación anterior al RDL 32/2021, en el contrato de interinidad por vacante se estará a la duración máxima de tres meses (como término final), pero en el caso de interinidad por sustitución la duración se vincula a su causa, que es la reincorporación del trabajador sustituido.

En coherencia con esta regla, la DT 4ª del RDL 32/2021 prevé un régimen transitorio para los contratos de duración determinada celebrados desde el 31 de diciembre de 2021 hasta el 30 de marzo de 2022. Concretamente se refiere

a los contratos para obra y servicio determinado y los contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, que se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se han concertado y su duración no podrá ser superior a seis meses. Esta DT no hace referencia a los contratos de interinidad celebrados en este periodo transitorio de 2022, que evidentemente podrán celebrarse conforme a la anterior regulación, lo que debe explicarse nuevamente por la causa singular del contrato, y por tanto la duración, inherente a estos contratos. Esta regla no plantea singularidades para el caso de interinidad por vacante (cuya vigencia debe finalizar antes de los seis meses de límite), pero sí para los contratos de interinidad por sustitución celebrados en este periodo, que, por su causa, no están vinculados al límite temporal de la DT 4ª RDL.

Finalmente, la DDU del RDL 32/2021 procede a la derogación de la disposición adicional vigesimoprimera del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que establecía una reducción de cotizaciones sociales empresariales en el caso contratación temporal de trabajadores para la sustitución de trabajadores excedentes por cuidado de familiares (art. 46.3 ET).

LA REFORMA DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS LABORALES: REPERCUSIONES EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS

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

EXTRACTO

Palabras clave: Contratación temporal, encadenamiento de contratos, práctica abusiva, sector público y privado

La reforma de la contratación laboral, y específicamente por lo que nos compete del artículo 15.5 ET, ha venido impulsada por las “exigencias” de la Unión Europea. Inicialmente, a través de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada; en la que ya se ponía de manifiesto “la voluntad de establecer un marco para impedir los abusos en la utilización de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada”; y posteriormente (han pasado casi 23 años desde la aprobación de la Directiva) y desde esa fecha, por peticiones de la Unión Europea de rebajar los altos niveles de contratación temporal y de abusos en su utilización en nuestro país. Finalmente, el marco COVID y la necesidad de obtener los Fondos europeos por España han acelerado el proceso de reforma.

ABSTRACT

Key words: Principle of causality, temporary contract, substitution and interim

The reform of labor contracting, and specifically because of what concerns us in article 15.5 ET, has been driven by the “demands” of the European Union. Initially, through Council Directive 1999/70/EC of 28 June on the framework agreement on fixed-term work for ETUC, UNICE and CEEP; which already showed “the will to establish a framework to prevent abuses in the use of successive fixed-term employment contracts”; and subsequently (almost 23 years have passed since the approval of the Directive) and since that date, due to requests from the European Union to reduce the high levels of temporary hiring and abuses in its use in our country. Finally, the COVID framework and the need to obtain European Funds for Spain have accelerated the reform process.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS
2. EL FORTALECIMIENTO DEL REQUISITO DE CAUSALIDAD EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL TRAS LA REFORMA
3. LA LIMITACIÓN DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS TEMPORALES: UNOS APUNTES DE SU EVOLUCIÓN NORMATIVA
4. EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES: ASPECTOS DE LA REFORMA POR RDL 32/2021
 - 4.1. El alcance de la prohibición de encadenamiento de contratos temporales: duración y período de referencia
 - 4.2. El alcance de la prohibición de encadenamiento de contratos temporales: ¿la exigencia de causalidad en la contratación o el mero transcurso del tiempo?
 - 4.3. La apuesta por aspectos de la redacción anterior del artículo 15.5 ET: valoración
 - 4.4. La repercusión de la desaparición del contrato de obra o servicio determinado en la prohibición de encadenamiento de los contratos temporales tras la reforma
 - 4.5. Los contratos computables a efectos del artículo 15.5 ET: valoración
 - 4.6. Algunos apuntes sobre el contrato de interinidad por vacante en el sector público a la luz de la doctrina del TJUE
 - 4.6.1. Referencia al contrato por sustitución de persona trabajadora a efectos del artículo 15.5 ET
 - 4.6.2. El contrato de sustitución por vacante y la reciente doctrina del TJUE en los procesos de selección o promoción en el empleo público.
5. LA NUEVA FÓRMULA DE PROHIBICIÓN DE ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS TEMPORALES A LA LUZ DE LA REFORMA POR RDL 32/2021: LA REFERENCIA AL PUESTO DE TRABAJO
6. EFECTOS JURÍDICOS DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS. LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE FIJO DE PLANTILLA
 - 6.1. Cuestiones previas
 - 6.2. La adquisición de la condición de fijo de plantilla en el supuesto de encadenamiento de contratos temporales tras la reforma: especial referencia a los trabajadores subrogados en el sector público. La STS (Social) 270/2022, de 28 de enero (Rec. 3781/2020)
7. RÉGIMEN TRANSITORIO SOBRE EL LÍMITE DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS TEMPORALES
8. A MODO DE CONCLUSIONES

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Exposición de Motivos de las diferentes reformas laborales que se han venido sucediendo desde la promulgación del Estatuto de los Trabajadores han puesto de manifiesto el carácter endémico del mercado de trabajo español, caracterizado por altas tasas de temporalidad que resultaban, y resultan, intolerables y que causan repercusiones no sólo económicas, sino también sociales, fragmentando y estratificando el mercado de trabajo en nuestro país.

No obstante, y a pesar de que el diagnóstico de las diferentes normas reformadoras del Estatuto de los Trabajadores pudiera considerarse correcto, no

podemos decir lo mismo de las diferentes medidas que se han venido adoptando en las mismas y mucho menos de su implementación en el mercado de trabajo. Por el contrario, las tasas de temporalidad, y consiguiente precariedad laboral, se han acentuado, forzando a los diferentes Gobiernos a intervenir mediante diferentes mecanismos de fomento de la contratación indefinida, en clave de subvenciones, bonificaciones y diferentes ayudas a las empresas; ayudas que no parecen haber cumplido finalmente con el objetivo global de aumentar los niveles de contratación indefinida y la consiguiente disminución de la contratación temporal.

La reforma de la contratación laboral por 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 (en adelante RDL 32/2021) ha de ser valorada en el contexto precitado. El hecho de que dicha reforma haya nacido del diálogo social ha sido resaltado por los agentes sociales y el Gobierno, y se pone de manifiesto en la propia norma, como un dato relevante que muestra el compromiso de todos de implementarla en la práctica y hacerla efectiva. No es ajeno a nadie que es necesario un cambio en la cultura de la contratación laboral en nuestro país si, como veremos, se pretende conseguir una mayor estabilidad en los puestos de trabajo potenciando la contratación indefinida y dejando la contratación temporal sólo para los supuestos de incrementos ocasionales e imprevisibles y oscilaciones de la actividad normal de la empresa que generen un desajuste entre el empleo estable de la empresa y el que se requiere¹.

La reforma de la contratación laboral, y específicamente por lo que nos compete del artículo 15.5 ET, ha venido impulsada por las “exigencias” de la Unión Europea. Inicialmente, a través de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada; en la que ya se ponía de manifiesto “la voluntad de establecer un marco para impedir los abusos en la utilización de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada”²; y posteriormente (han pasado casi 23 años desde la aprobación de la Directiva) y desde esa fecha, por peticiones de la Unión Europea de rebajar los altos niveles de contratación temporal y de abusos en su utilización en nuestro país. Finalmente, el marco COVID y la necesidad de obtener los Fondos europeos por España han acelerado el proceso de reforma.

¹ Aunque se permite utilizar el contrato por circunstancias de la producción también “para atender situaciones ocasionales, previsibles y con duración reducida” (art. 15.2 párrafo 4 ET, en su nueva redacción por RD Ley 32/2021).

² Un análisis en profundidad, Cruz Villalón, Jesús: “El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la Unión Europea”. Doc. Labor., nº 113, 2018-Vol. I, pp. 73 a 93.

2. EL FORTALECIMIENTO DEL REQUISITO DE CAUSALIDAD EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL TRAS LA REFORMA.

No es objetivo de este trabajo analizar la regulación de la contratación temporal en la reforma del Estatuto de los Trabajadores por RDL 32/2021, sin embargo, es necesario partir de este elemento para entender la nueva regulación sobre limitación del encadenamiento de contratos temporales.

Desde que se introdujeran en el Estatuto de los Trabajadores los contratos temporales ex artículo 15 ET (Ley 32/1984) se ha exigido el cumplimiento de una causa para su celebración que debía estar y quedar acreditada. Sin embargo, a pesar de tal exigencia legal, nuestro mercado de trabajo ha venido utilizando el recurso a la contratación laboral injustificada, maquillando tal recurso con tintes de legalidad. No ha sido suficiente tal previsión o exigencia legal, los contratos del artículo 15 ET se antojaban insuficientes para atender las necesidades de las empresas; y ello llevó a un uso masivo del contrato de obra o servicio determinado por su mayor facilidad y más fácil acreditación del requisito de la causalidad. Obviamente, esta no era la solución en el mercado de trabajo español y así lo han puesto de manifiesto tanto nuestro Tribunal Supremo como el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los términos que veremos.

La reforma de la contratación laboral basa su fundamento en que la regla general es la contratación indefinida, no de otra forma puede interpretarse la previsión contenida en el apartado 1 del artículo 15 ET, precisamente en su primera línea “El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido”, y que la contratación de duración determinada sólo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora.

Sin embargo, aunque el legislador español ha contemplado en las diferentes reformas laborales la contratación indefinida como regla general y la contratación temporal como excepción, las reglas del mercado de trabajo han realizado una inversión de preferencias, que podría verse por otros países como inexplicable en el contexto de dicho marco legal (así la cotización por contratación temporal es más elevada). Este es uno de los retos a los que se enfrenta la reforma de la contratación temporal en nuestro país: invertir dicha tendencia y conseguir una mayor estabilización de los trabajadores en los puestos de trabajo. Por mucho que se insista a los empresarios de que así conseguirán más productividad y competitividad (la contratación indefinida se relaciona con una mayor y mejor especialización, formación y cualificación) e incluso que se premie dicha opción por parte del legislador (mediante bonificaciones, subvenciones al fomento de la contratación indefinida), la realidad es que el cambio de cultura en esta cuestión no es fácil y mucho menos en época COVID.

Bien es cierto que estamos asistiendo a la llamada “Gran Renuncia (Great Resignation)”³, movimiento nacido en EEUU por el que millones de trabajadores están abandonando voluntariamente sus puestos de trabajo antes las nefastas condiciones de trabajo en época de pandemia COVID. Este movimiento está llegando a nuestro país y llevando a muchos trabajadores a dejar su puesto de trabajo ante los bajos salarios y las malas condiciones laborales, fundamentalmente por lo que afecta a la jornada de trabajo y la posibilidad de conciliar la vida laboral, familiar y personal. Esta circunstancia la hemos traído a colación precisamente porque si dicho fenómeno adquiere mayor dimensión va a obligar a los empresarios a ofrecer mejores condiciones de trabajo, entre las que el “caramelito” de la estabilidad en el puesto de trabajo será un factor a tener en cuenta.

En este contexto, la nueva regulación del artículo 15 ET ha fortalecido, entendemos que, por dicho motivo, la exigencia de causalidad de la contratación temporal; por lo que “para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista”.

Tras la derogación del contrato de obra o servicio determinado, restan sólo dos contratos en el artículo 15 ET, el contrato por circunstancias de la producción y el contrato de sustitución de persona trabajadoras. En relación al primero, “se entenderá por circunstancias de la producción el incremento ocasional e imprevisible *de la actividad*⁴ y las oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no respondan a los supuestos incluidos en el artículo 16.1. Entre las oscilaciones a que se refiere el párrafo anterior se entenderán incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales”.

Su duración no podrá ser superior a seis meses, aunque por convenio colectivo de ámbito sectorial se podrá ampliar la duración máxima del contrato hasta un año. En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse, mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima.

Igualmente, las empresas podrán formalizar contratos por circunstancias de la producción para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada en los términos previstos en este párrafo. Las

³ Movimiento que ha comenzado en EEUU y que ha llevado a millones de personas a abandonar su puesto de trabajo en masa en época COVID, ante la disminución e incluso falta de protección social y salarios bajos; diríamos que ante las nefastas condiciones de trabajo, dichos trabajadores han renunciado a su puesto sin tener un puesto alternativo.

⁴ Corrección de errores del RD Ley 31/2021, de 28 de diciembre (BOE 19 de enero de 2022).

empresas sólo podrán utilizar este contrato un máximo de 90 días en el año natural, independientemente de las personas trabajadores que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato. Estos noventa días no podrán ser utilizados de manera continuada. Las empresas, en el último trimestre de cada año, deberán trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras una previsión anual de uso de estos contratos.

No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”.

Las regulación normativa del contrato por circunstancias de la producción es interesante a nuestros efectos, dado que, como veremos, el artículo 15.5 ET, en su nueva redacción, lo que proscribía expresamente es el encadenamiento de contratos por circunstancias de la producción más de 18 meses dentro de un marco de 24 meses; tanto si afecta a un solo trabajador y todos sus contratos, como si es a un único puesto de trabajo que será ocupado por diferentes trabajadores.

3. LA LIMITACIÓN DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS TEMPORALES: UNOS APUNTES DE SU EVOLUCIÓN NORMATIVA

El Estatuto de los Trabajadores en su primera versión (Ley 8/1980) no contemplaba ni la limitación del encadenamiento de contratos temporales ni, por ende, su consecuencia jurídica: la adquisición de fijo de plantilla. Se limitaba a establecer una presunción de indefinido del contrato de trabajo, permitiendo al mismo tiempo la posibilidad de utilizar contratos de duración determinada⁵. De esta forma el trabajador adquiriría la condición de fijo si no era dado de alta en Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual o superior al período de prueba; completándose tal prescripción con la presunción por tiempo indefinido de los contratos de trabajo celebrados en fraude de ley. En tales momentos se permitía el encadenamiento de contratos sin limitación temporal, siempre que se cumplieran las prescripciones legales y el principio de causalidad en la contratación.

⁵ Concretamente, se regularon el contrato de obra o servicio determinado, que ha pervivido hasta la reciente reforma por RDL 32/2021, el denominado contrato eventual (por circunstancias del mercado, acumulación de tareas, exceso de pedidos o razones de temporada, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, el contrato de interinidad por sustitución (aún no se contemplaba el contrato de interinidad por vacante), cuando el Gobierno hiciese uso de medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo e incluso se incluían como contratos de duración determinada los contratos de fijos –y periódicos– discontinuos (art. 15 Ley 8/1980 ET).

La posterior reforma por Ley 32/1984, de 2 de agosto, modificaría el artículo 15 ET, clarificando los tipos de contratos de duración determinada al excluir como tal el de fijos discontinuos, que pasó a considerarse un contrato indefinido, incluyó el contrato por lanzamiento de nueva actividad⁶ y potenció el contrato temporal como medida de fomento del empleo introduciendo una compensación económica a su finalización como medida de protección del trabajador. Con esta reforma del artículo 15 ET –incluyendo la de los contratos formativos y la del contrato a tiempo parcial– se pretendía “dotar al marco legal de una mayor claridad y estabilidad para reducir la incertidumbre empresarial de las actuaciones que conducen a la creación de nuevos puestos de trabajo y en el necesario ajuste de la demanda a las características de la oferta de trabajo” (E.M. Ley 32/1984).

Ni que decir tiene que progresivamente el mercado de trabajo español se fue convirtiendo en un mercado fragmentado, con clara prioridad de utilización de la contratación temporal o de duración determinada por los empresarios; y a solucionar esos problemas estructurales de nuestro mercado de trabajo no iba a ayudar la reforma de 1994⁷. Centrándonos en la Ley 11/1994, de reforma del Estatuto de los Trabajadores, hemos de precisar que no se introdujo mecanismo alguno de limitación al encadenamiento de los contratos temporales como forma de protección para el trabajador; más bien al contrario, se cambió la formulación del precepto permitiendo a los empresarios elegir entre contratación indefinida o de duración determinada, aunque ésta última tenía que cumplir el principio de causalidad⁸. Se hizo hincapié en la necesidad de crecimiento de empleo y convergencia con Europa, en un mercado de trabajo más internacionalizado; manteniendo la previsión de presunción por tiempo indefinido de los contratos celebrados en fraude de ley y la adquisición de la condición de fijo de los trabajadores que no hubieran sido dados de alta en Seguridad Social una vez transcurrido un período igual al del período de prueba, aunque precisando que, en caso de demostrar la naturaleza temporal de los servicios o actividades contratadas, el efecto jurídico no sería adquirir la condición de fijo de plantilla. Significativo a efectos de este trabajo es la aprobación del funcionamiento de empresas de trabajo temporal por Ley 14/1994, a las que se les permitiría utilizar los contratos de duración determinada previstos en el artículo 15 ET, pero sin límites en cuanto al encadenamiento de contratos de duración determinada.

⁶ Este contrato se reguló con la finalidad de “disminuir los riesgos en que incurren las nuevas inversiones, hasta tanto esas actividades no hayan encontrado perspectivas de plena viabilidad para su consolidación” (Exposición de Motivos Ley 32/1984, de 2 de agosto).

⁷ Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación y 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 LISOS.

⁸ Se mantuvieron los contratos de obra o servicio, eventual, de interinidad por sustitución y lanzamiento de nueva actividad como contratos causales, con algunas modificaciones en las que no vamos a detenernos.

La filosofía de las precitadas reformas laborales no estaban tanto basadas en reducir la temporalidad, ya excesiva, como en el crecimiento del empleo, la productividad e incluso en la convergencia con Europa; en las que, si bien se pretendían seguir manteniendo mecanismos de garantía para el trabajador como la exigencia de causalidad en la contratación o la consecuencia de adquirir la condición de fijo en determinados supuestos, sin embargo, se hacía más hincapié en los objetivos empresariales de productividad y competitividad, alineándolos con el objetivo del Gobierno de conseguir disminuir los altos niveles de desempleo y conseguir un mayor crecimiento del empleo en consecuencia; en este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994 es eminentemente ilustrativa.

Haciendo un paréntesis en la evolución de las reformas del mercado español, es necesario citar que en 1999 se aprobó la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre trabajo de duración determinada, a la que posteriormente nos referiremos. Donde ya se remarcaba “la voluntad de establecer un marco para impedir los abusos de la utilización de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada”.

Sólo tres años después, por Ley 63/1997, de 26 de diciembre⁹, se consideró inaplazable y urgente volver a abordar la reforma laboral ante los altos índices de desempleo, rotación laboral y temporalidad existentes en nuestro mercado de trabajo, con la finalidad de contribuir a la competitividad de las empresas, la mejora del empleo y la reducción de la temporalidad. Todo ello derivado de que se había firmado un Acuerdo interconfederal para la estabilidad en el empleo. Por lo que respecta al artículo 15 ET, la reforma se centró en delimitar los supuestos de los contratos de obra o servicio y eventual; pero no planteó nada en relación al uso abusivo de la contratación temporal ni su limitación.

Y por fin...habemus Papam. Por primera vez desde la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, se dota a la negociación colectiva de la posibilidad de regular requisitos para prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación laboral. Nos referimos a la reforma del artículo 15 ET por Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que introdujo un nuevo apartado 5 en dicho artículo. Esta reforma tenía por objetivo reforzar la estabilidad de los trabajadores en sus puestos de trabajo; sin embargo, con el tiempo se descubriría que dotar a la negociación colectiva de la posibilidad de incluir instrumentos para impedir abusos en el encadenamiento de contratos temporales no iba a ser la solución a dicho problema.

Por ello, se comenzó a trabajar en la posibilidad de introducir dicha limitación al encadenamiento de contratos temporales en el propio Estatuto de

⁹ De medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, resultado del Acuerdo Interconfederal para la estabilidad en el empleo.

los Trabajadores. Así, el 9 de mayo de 2004 se firmaría en España el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo entre el Gobierno, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, donde ya se incluyó la necesidad de limitar el encadenamiento de contratos temporales con el objetivo de reducir la tasa de temporalidad. Este Acuerdo se reflejó posteriormente en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo que introdujo un párrafo 5 en el artículo 15 ET; precisando que:

“los trabajadores que en un período de 30 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, 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”.

Dicha limitación de encadenamiento no afectaría a los contratos formativos, de relevo o de interinidad, por prescripción legal. Al mismo tiempo se dotó a la negociación colectiva, de nuevo, de la posibilidad de regular requisitos para prevenir la utilización abusiva de contratos temporales con distintos trabajadores para ocupar un mismo puesto de trabajo, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

Esta regulación por Ley 43/2006 ha sentado las bases de la regulación actual sobre limitaciones al encadenamiento de contratos, a la que nos referiremos en los siguientes apartados.

La puesta en marcha de esta regulación normativa, limitando el encadenamiento de contratos temporales en los supuestos previstos por Ley 43/2006, fue poniendo de manifiesto las puertas que quedaban abiertas al fraude; y ello llevó a posteriores modificaciones del artículo 15.5 ET. Concretamente la Ley 35/2010, en su Disposición Adicional 5ª, párrafo tercero, y en relación a la contratación laboral temporal por las Administraciones públicas, dejó claro que “sólo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. No siendo de aplicación el artículo 15.5 ET a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2021, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley”.

La reforma de 2010 introdujo cuatro modificaciones relevantes en el artículo 15.5 ET:

- 1ª Introdujo la expresión “diferente puesto de trabajo”, poniendo el peso en los contratos temporales encadenados y no en un solo puesto de trabajo, sino todos los que pudiera haber celebrado el trabajador.
- 2ª Introdujo el grupo de empresas, por cuanto se habían detectado prácticas abusivas dentro de los grupos de empresa que con la redacción anterior del precepto quedaban fuera del ámbito de aplicación del artículo 15.5 ET.
- 3ª Incluyó en el ámbito de aplicación del precepto los supuestos de sucesión o subrogación empresarial.
- 4ª Excluyó del ámbito de aplicación del precepto diferentes contratos relacionados con formación¹⁰.

El fomento de la contratación indefinida y la creación de empleo fueron los baluartes de la reforma laboral de 2012¹¹, impulsada por la crisis económica del momento; pero que se centraría en modificar otros aspectos del mercado de trabajo y no la contratación temporal causal prevista en el artículo 15 ET, dejando inalterable la regulación sobre limitación en el encadenamiento de contratos temporales.

Sin embargo, y contrario al espíritu del artículo 15.5 ET, se contempló la suspensión de dicho precepto desde 31 de agosto de 2011 y 31 de diciembre de 2012, hubiera o no existido prestación de servicios por el trabajador en dichas fechas, aunque computándose los períodos anteriores y posteriores a las mismas en aplicación del artículo 15.5 ET “con la finalidad de completar las medidas de fomento de la contratación indefinida e intentar reducir la dualidad laboral lo antes posible¹²”.

¹⁰ “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”.

¹¹ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

¹² El artículo 17 Ley 3/2012 adelantó el fin de la suspensión de la imposibilidad de superar un tope máximo temporal en el encadenamiento de contratos temporales recogida en el apartado 5 del artículo 15 ET, de aplicación a partir de 1 de enero de 2013. En igual sentido el artículo 5 RDL 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo queda redactado del siguiente modo: “Se suspende hasta el 31 de diciembre de 2012, la aplicación de lo dispuesto en el art. 15.5 TRET.

4. EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS TEMPORALES: ASPECTOS DE LA REFORMA POR RDL 32/2021

Como hemos puesto de manifiesto, el legislador español desde la promulgación del Estatuto de los Trabajadores en 1980, no consideró necesario regular una limitación al encadenamiento de contratos temporales hasta que tímidamente en 2001 introdujo una remisión a la negociación colectiva para regular requisitos que previnieran tales abusos. Sólo posteriormente en 2006 y en 2010, el legislador consideró oportuno introducir legalmente una fórmula que permitiría hacer fijos a los trabajadores por el mero transcurso del tiempo cuando estuvieran contratados durante al menos 24 meses en un período de 30 meses.

Nuevamente el legislador, por RDL 32/2021, ha vuelto a considerar necesario introducir modificaciones en el artículo 15.5 ET, en aras de aumentar la estabilidad en el puesto de trabajo y reducir los altos índices de temporalidad y rotación.

En este sentido, el precepto dispone:

“Las personas trabajadoras que en un período de 24 meses hubieran estado contratadas por un plazo superior a 18 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas. Esta previsión será también de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente.

Asimismo, adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de 18 meses en un período de 24 meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados por empresas de trabajo temporal”.

Pasemos a analizar esta nueva regulación de la limitación del encadenamiento de contratos temporales.

4.1. El alcance de la prohibición de encadenamiento de contratos temporales: duración y período de referencia

El artículo 15.5 ET, en su nueva redacción por RDL 32/2021, aparentemente pudiera parecer que se ha limitado a reducir los tiempos de encadenamiento contractual y referencia o marco en el que pudiera producirse a efectos de evitar la condición de fijeza del trabajador. Sin embargo, nada más lejos de la realidad.

En su redacción originaria por Ley 43/2006, se consideraba fijo a un trabajador que hubiera superado los 24 meses en un período de referencia de 30 meses con

contratos temporales. Tras la reforma por RDL 32/2021, el período se reduce a 18 meses en un período de referencia de 24 meses, en un intento de acortar los tiempos en los que los trabajadores pueden estar contratados con contratos temporales y en la línea de fomentar la contratación indefinida y fortalecer el contrato de fijos discontinuos en su nueva configuración tras la reforma precitada.

La finalidad, entre otras, que persigue la reforma es “la configuración de un nuevo contrato social que permita hacer compatible la estabilidad en el empleo con las necesidades de una economía en plena evolución marcada por las transiciones ecológica y digital”; así se pronuncia la Exposición de Motivos del RDL 32/2021, que recoge las líneas previstas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, adoptado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2021 y aprobado definitivamente por las instituciones europeas el 13 de julio de 2021.

En esta línea el legislador español permitirá la contratación temporal con marcados tintes de excepcionalidad y fomentará la contratación indefinida y estable. Es en este contexto en el que podemos leer la reducción de los tiempos de encadenamiento de la contratación de 24 a 18 meses y la de sus respectivos períodos de referencia de 30 a 24 meses. De hecho, consideramos que se ha producido un endurecimiento de la limitación de encadenamiento de contratos, al reducir tanto el tiempo máximo que sería necesario para que el trabajador pudiera adquirir la condición de fijo, y, paralelamente reducir el marco de referencia.

Bien es verdad que el legislador español podría haber reducido en mayor medida ambos aspectos –duración del encadenamiento y período de referencia– con el fin de cumplir con las exigencias que las instituciones europeas vienen desde hace tiempo recomendando en aras de reducir los altos índices de temporalidad en la contratación, que son de los más altos de Europa desde hace años. Sin embargo, entendemos que cualquier reforma del mercado de trabajo en nuestro país debe realizarse de forma progresiva, con el objetivo de ir cambiando lo que se ha dado en llamar la cultura de la temporalidad, altamente arraigada en nuestro mercado de trabajo. Cortar por lo sano con la temporalidad o reducir las posibilidades de encadenamiento de contratos en una economía altamente basada en el sector turístico (podríamos incluir el sector agrario igualmente) podría conducir a un aumento del fraude en la contratación y el encadenamiento de contratos, mediante la utilización de mecanismos de simulación contractual.

La defensa de la flexiseguridad inspira la limitación de la duración y período de referencia en la contratación temporal. La finalidad de aumentar la estabilidad y los mecanismos de garantía para los trabajadores, potenciando las medidas de flexibilidad interna frente al despido, protegiendo al mismo tiempo la competitividad de las empresas y la posibilidad de utilizar formas de contratación temporal, respetando la causalidad en la contratación, se convierte en un difícil equilibrio necesario en nuestro mercado de trabajo.

Por todo ello, pensar que pudiera haberse eliminado de raíz la prohibición de encadenamiento de contratos temporales con una duración y período de referencia delimitado legalmente no tendría sentido alguno. Por cuanto, si un empresario utiliza los servicios de un trabajador encadenando diferentes contratos temporales durante tales períodos de tiempo realmente estaríamos ante una necesidad permanente de mano de obra. Y esto también ha podido ser un factor a tener en cuenta, por cuanto 24 meses de contratación en un período de 30 meses pudiera parecer excesivo.

4.2. El alcance de la prohibición de encadenamiento de contratos temporales: ¿la exigencia de causalidad en la contratación o el mero transcurso del tiempo?

El segundo factor para delimitar el alcance de la prohibición de encadenamiento de contratos temporales se centra en si es o no exigible para que actúe tal limitación temporal que tenga que cumplirse la exigencia de causalidad en la contratación. El artículo 15.5 ET, antes de su reforma por RDL 32/2021, limitaba el encadenamiento de contratos temporales refiriéndose a los contratos de obra o servicio determinado y al contrato eventual y dejando fuera los contratos formativos –en todas las manifestaciones indicadas–, de interinidad y relevo. Tras dicha reforma la limitación se refiere a los contratos por circunstancias de la producción, aunque veremos que se plantean algunos problemas a la luz de la jurisprudencia.

La cuestión que planteamos es si lo que proscribe el artículo 15.5 ET en su versión reformada es que el trabajador adquirirá la condición de fijo de plantilla si no se cumple la causa de tales contratos por circunstancias de la producción que han resultado encadenados. Realmente entendemos que nos referimos a dos cuestiones diferentes: primera, el Estatuto de los Trabajadores exige el cumplimiento de la causalidad en la contratación temporal; concretamente, en su nueva versión, el artículo 15 ET permite dos modalidades de contratación temporal, el contrato por sustitución de persona trabajadora, que no se computa entre los contratos a efectos de determinar si se ha vulnerado el artículo 15.5 ET, y el contrato por circunstancias de la producción, que es al que se refiere expresamente dicho precepto.

En el supuesto de que el primer contrato por circunstancias de la producción a computar, en aras de determinar si se sobrepasan los plazos legalmente previstos para permitir al trabajador la adquisición de la condición de fijo de plantilla, no cumpliera el requisito de causalidad exigido, el trabajador podría desde ese momento exigir ante los tribunales su condición de fijo de plantilla por dicho motivo. No obstante, no debemos de perder de vista que, si bien el ordenamiento jurídico presta al trabajador los instrumentos jurídicos suficientes para reclamar en tales casos ante los tribunales del orden social, los trabajadores, en nuestro país, reclaman siempre en última instancia en aras de conservar su puesto de trabajo el mayor tiempo posible. Esta afirmación es más verdad cuando tales circunstancias

se producen en un contexto de altos niveles de desempleo y de crisis generalizada o estructural, donde los trabajadores tienen mayores dificultades para encontrar un puesto de trabajo en un mercado donde prima mayor demanda que oferta de trabajo, siempre como regla general.

La adquisición de la condición de fijo del trabajador en base al artículo 15.5 ET nace no del hecho del incumplimiento del requisito de causalidad de los contratos encadenados, sino, muy al contrario, por el mero transcurso del plazo; por lo que llegados a los 18 meses en un período de 24 meses, aunque tales contratos por circunstancias de la producción fueran perfectamente legales, el trabajador adquiriría de forma automática la condición de fijo de plantilla en la empresa o grupo de empresas¹³.

4.3. La apuesta por aspectos de la redacción anterior del artículo 15.5 ET: valoración

Cuando por Ley 43/2006 se introdujo un nuevo apartado 5 al artículo 15 ET, su redacción no dejó a nadie impasible. Se trataba de una redacción algo farragosa, que era más fácil de entender si se metían entre paréntesis todos los condicionantes que se exigían a la hora de computar los contratos a efectos de determinar si realmente se habían superado los topes máximos de encadenamiento contractual. Así, se consideraba que los trabajadores que en un período de 30 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses adquirirían la condición de fijos de plantilla. El resto de la redacción nos servía para determinar cómo computar los contratos que habían ido formalizándose a un mismo trabajador.

De esta forma, se tenían en cuenta a dichos efectos los contratos realizados “con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, sea directamente o a través de su puesta a disposición por ETT”.

La expresión “con o sin solución de continuidad”, introducida por Ley 43/2006, de reforma del Estatuto de los Trabajadores y reiterada en la reforma de 2010 (Ley 35/2010), contribuyó a romper la denominada “regla de los 20 días”. No sólo se computan los contratos sucesivos y continuados, sino todos aquellos que se formalicen al trabajador. Lo determinante es que se supere el plazo de 18 meses en un período de 24 meses.

La expresión “para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas” nace con la Ley 35/2010, precisamente a raíz de

¹³ En este sentido ya se pronunció Fernández López, M^a Fernanda: “Nuevas reglas, nuevos problemas en materia de contratación temporal”. *Temas Laborales* nº 85, 2006, p. 32. Valverde Asensio, Antonio: “La limitación a la sucesión de contratos temporales. Un análisis del artículo 15.5 ET”. *Relaciones Laborales* nº 13, 2008, p. 321.

que la redacción originaria de 2006 sólo se refería al mismo puesto de trabajo con la misma empresa; permitiendo así el encadenamiento de contratos temporales más allá de los límites previstos cuando se realizaban dentro del grupo de empresas.

La Ley 43/2006, al introducir la limitación de encadenamiento de contratos temporales en el artículo 15 ET, no contempló la posibilidad de aquellos casos en los que pudiera darse una sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente. Sería por Ley 35/2010 por la que se estableció que dicha limitación de encadenamiento de contratos temporales se aplica también en estos supuestos; previsión que, felizmente, ha sido calcada en la vigente redacción del artículo 15.5 ET por RDL 32/2021.

En relación a la contratación mediante ETT se ha modificado el art. 10.3 LETT¹⁴:

1. La ETT podrá celebrar con el trabajador un contrato para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición con empresas usuarias diferentes, siempre que de los contemplados en el art. 15.2 ET, sólo se modifica la referencia al contrato por circunstancias de la producción, que anteriormente se refería al contrato eventual.
2. Las ETT podrán celebrar contratos fijos discontinuos para cobertura de contratos de puesta a disposición *vinculados a necesidades temporales* de diversas empresas usuarias, coincidiendo en este caso los períodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos.

4.2. La repercusión de la desaparición del contrato de obra o servicio determinado en la prohibición de encadenamiento de los contratos temporales tras la reforma

La reforma de la contratación temporal por RDL 32/2021 ha traído la supresión del contrato de obra o servicio determinado, previsto en el artículo 15.1.a) ET, y ahora derogado (Disposición derogatoria única RDL 32/2021 apartado 3)¹⁵. Este aspecto tiene importantes consecuencias por lo que respecta a la prohibición de encadenamiento de contratos temporales; por cuanto en la redacción anterior el artículo 15.5 ET prohibía el encadenamiento en los plazos y período de referencia

¹⁴ Dicho apartado se introdujo en la LETT por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad.

¹⁵ No sólo se ha producido la derogación del art. 15.1.a) ET sobre contratos de obra o servicio determinado, sino cualquier otra norma del ordenamiento jurídico donde se contemple este contrato, así, en particular, Ley Orgánica 6/2021, de 21 de diciembre, de Universidades y Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (Disposición Derogatoria única RDL 32/2021).

precitados “con la misma o diferentes modalidades contractuales de duración determinada”.

En este contexto hemos de recordar que los contratos temporales causales del artículo 15 ET eran el obra o servicio determinado, el eventual (acumulación de tareas, exceso de pedidos o circunstancias del mercado) y el interinidad (por sustitución y por vacante¹⁶). Todo ello porque el encadenamiento de contrato se producía, con la duración ya archirrepetida, en relación, fundamentalmente, aunque no de forma exclusiva, a estos contratos.

La facilidad de utilización de esta fórmula contractual y la posibilidad de extender su duración por un plazo máximo de tres años, incluso más si se producía su ampliación por convenio colectivo, unido todo ello a una causalidad laxa –obra o servicio determinado con autonomía o sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa–, llevaron a que fuera el contrato causal temporal más utilizado en nuestro país. Permitía su encadenamiento por el mero hecho de acreditar que existía una obra o servicio determinado con autonomía o sustantividad propia, término éste último jurídicamente indeterminado y que ha dado lugar a no pocos problemas de interpretación por los tribunales del orden social.

De esta forma, si se producía el encadenamiento exclusivamente basado en esta forma de contratación, las empresas, para evitar la aplicación de las consecuencias jurídicas del artículo 15.5 ET (adquirir la condición de fijo), no volvían a contratar al mismo trabajador cuando ello pudiera suponer sobrepasar el máximo de 24 meses prefijado en dicho precepto; so pena de que ello pudiera suponer que el trabajador adquiriría la condición de fijo de plantilla. La realidad en dicho contexto era que, aunque el contrato de obra o servicio determinado tenía una duración de tres años (o máximo de cuatro por ampliación convencional), las empresas encadenaban este contrato con un máximo de dos años (24 meses).

Así lo ha entendido el TJUE, en su STJUE de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19), en relación al contrato fijo de obra previsto en el convenio colectivo del sector de la construcción, por cuanto realmente dichos trabajadores “en realidad desempeñan de modo permanente y estable tareas que forman parte de la actividad ordinaria de la entidad o de la empresa que lo emplea”, argumentando que la indemnización por cese del mismo, regulada en dicho convenio colectivo, para que funcione como media preventiva del uso abusivo del encadenamiento de los contratos tiene que ser proporcionada, efectiva y disuasoria¹⁷.

¹⁶ Si bien dicha modalidad no estaba prevista en el artículo 15.1 ET, y sí, por mor de la labor de la jurisprudencia y de los tribunales, en el RD 2720/1998, xx de desarrollo del artículo 15 ET.

¹⁷ Puede verse el comentario a dicha sentencia en el Blog de Rojo Torrecilla, Eduardo: “El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales”.

Ya el Tribunal Supremo en su STS (Social) de 29 de diciembre de 2020 (rec. 240/2018) había cuestionado la utilización del contrato de obra o servicio determinado en el marco de las contrataciones de obras o servicios del artículo 42 ET; utilizando entre otros argumentos, que podría poner en peligro la finalidad de la Directiva 1999/70/UE, al impedir tener “un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales”; pues “no tenía sentido que de la simple externalización de la actividad emergiera una causa de temporalidad inexistente si se acudía a la contratación directa¹⁸”.

4.5. Los contratos computables a efectos del artículo 15.5 ET: valoración. Algunos apuntes sobre el contrato de interinidad por vacante en el sector público a la luz de la doctrina del TJUE

En su redacción originaria por Ley 43/2006, el artículo 15.5 ET limitaba el encadenamiento de contratos “con la misma o diferentes modalidades de duración determinada”, en clara referencia en una primera lectura a los contratos causales del artículo 15 ET (obra o servicio, eventual e interinidad) e incluso a los contratos formativos del artículo 11 ET y otras formas de contratación basadas en formación de trabajadores o relevo intergeneracional, con clara tendencia a la temporalidad o duración determinada, por emplear iguales términos.

Esto obligó al legislador (Ley 43/2006) a introducir expresamente un párrafo aclaratorio en el propio artículo 15 ET, donde establecía que la limitación de encadenamiento de contratos o, dicho de otra forma, el cómputo de contratos para determinar si se superaban los 24 meses dentro del período de referencia de 30 meses, no se aplicaba a los “contratos formativos, de relevo e interinidad”. Posteriormente, mediante la reforma por Ley 35/2010, se incluirían también los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado”, así como las modalidades de contratos de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades y el contrato fijo de obra del sector de la construcción.

La actual redacción del precepto ha permitido eliminar dicho párrafo aclaratorio; por cuanto el encadenamiento máximo de contratos se refiere expresamente a los contratos por circunstancias de la producción. De forma que podrán realizarse por las empresas cuantos contratos de sustitución, en la nueva

En concreto, “Límites a la utilización del contrato fijo de obra en el sector de la construcción en España. Notas a la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2021 (asunto C-550/19).

¹⁸ Puede verse el comentario de Beltrán De Heredia Ruiz, Ignasi, a la STS de 29 de diciembre de 2020: El fin del contrato de obra vinculado a la duración de una contrata (¿y el principio del fin del trabajador externalizado?) en su blog de Derecho del Trabajo.

terminología de la reforma, sean necesarios siempre que no se superen los límites previstos en la norma, tanto por lo que respecta a la contratación de un solo trabajador para un mismo puesto de trabajo como cuando se refiere a la contratación de varios trabajadores para ocupar un mismo puesto de trabajo. Lo significativo es superar tales períodos previstos legalmente.

4.6. Algunos apuntes sobre el contrato de interinidad por vacante en el sector público a la luz de la doctrina del TJUE

4.6.1. Referencia al contrato por sustitución de persona trabajadora a efectos del artículo 15.5 ET

Sin entrar en profundidades, sí creemos oportuno matizar que el término contrato de sustitución del actual artículo 15 ET induce a confusión y debiera ser modificado en la convalidación del RDL 32/2021. Dicho contrato puede utilizarse para:

- a) Sustitución de persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo.
- b) Para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en convenio colectivo.
- c) Para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo.

Insistimos en que la denominación “contrato por sustitución” es coherente con el primer supuesto (se sustituye a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo)¹⁹, pero no lo es en igual medida en los supuestos segundo y tercero. En estos casos el trabajador sustituto no sustituye a ningún trabajador, en el caso de completar la jornada reducida ambos trabajadores prestan servicios sucesivamente, uno en una parte de la jornada y otro en la otra; en el supuesto de cobertura temporal de puesto durante proceso de selección o promoción hasta su cobertura definitiva mediante contrato fijo, el trabajador sustituto tampoco sustituye a ningún trabajador, dado que el puesto está vacante. Este último caso es el que se denominaba en la normativa anterior contrato de interinidad por vacante.

Volviendo a la cuestión que nos ocupa, la nueva redacción del artículo 15 ET limita el encadenamiento de contratos por circunstancias de la producción, y al mismo tiempo permite la posibilidad de encadenar sin límites contratos por sustitución.

¹⁹ Realmente esta causa casa con el anterior contrato de interinidad por sustitución de trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo previsto en el artículo 15.1.c) antes de su reforma por RDL 32/2021.

Evidentemente tiene que cumplirse la causalidad de dichos contratos, por cuanto, sensu contrario, serían considerados en fraude de ley y se consideraría al trabajador fijo de plantilla; es decir, con igual consecuencia jurídica que la prevista en el artículo 15.5 ET para el encadenamiento de los contratos temporales.

Asimismo, será necesario cumplir los límites de duración previstos en cada caso. Si nos referimos a sustitución de trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, la duración del contrato estará vinculada a la circunstancia por la que el puesto del trabajador sustituido tiene que ser cubierto por otro trabajador; por ello, y en iguales términos que ocurriera con la redacción anterior del artículo 15 ET, ha de indicarse el nombre del sustituido y la causa de la sustitución. Pero nada impide que un mismo trabajador pueda encadenar durante toda su vida contratos por sustitución de trabajador con derecho a reserva de puesto cumplidos los requisitos señalados.

Igual afirmación hemos de hacer en el supuesto de contrato por sustitución para completar la jornada reducida de un trabajador en base a causas previstas legal o convencionalmente. En este caso, esta fórmula de contratación permite la conciliación laboral, personal y familiar de los trabajadores, por lo que siempre es bien recibida por este motivo, y como mecanismo de activación del mercado de trabajo. A la luz del reformado artículo 15.5 ET podemos decir que será posible encadenar cuantos contratos por dicha circunstancia cumplan el requisito de causalidad indicado.

En relación al contrato de interinidad para cubrir una vacante, como ya hemos visto no se tienen en cuenta a efectos del límite de encadenamiento de contratos temporales del artículo 15.5 ET; tales contratos tienen una duración máxima de tres meses como máximo, referidos al sector privado, y se utilizan durante el proceso de selección o promoción en una empresa para poder cubrir de forma definitiva tal vacante

Dicha limitación temporal, que ya se encontraba en el RD 2720/1998 de desarrollo del artículo 15 ET, tiene sentido en conexión con la finalidad de que tales procesos de selección o promoción se produzcan en un espacio delimitado de tiempo y cuando éste transcurra se produzca la cobertura definitiva del mismo. Esto es, este contrato sirve para una necesidad temporal –selección o promoción de un trabajador– para cubrir un puesto de forma definitiva y permanente.

La cuestión que se plantea es si finalizado el plazo de tres meses de duración de dicho contrato el puesto de trabajo no se haya cubierto por no haber finalizado el proceso de selección o promoción. Ello obligaría a encadenar el primer contrato con otro por la misma causa (cubrir una vacante durante un proceso de selección o promoción). Con la redacción anterior del artículo 15.5 ET, donde lo que se limitaba era el encadenamiento de contratos con un mismo trabajador, y partiendo de que los contratos de interinidad en todas sus modalidades ni siquiera entraban en el cómputo de contratos a efectos de delimitar si se vulneraba la prohibición, no

se planteaba problema alguno; sin embargo, la actual redacción de dicho artículo, aunque sólo se refiere a la prohibición de encadenar contratos por circunstancias de la producción en los periodos referidos, podría plantear problemas con los contratos de interinidad por vacante si no se cubre la misma en un plazo inferior a tres meses. Esto es, podría darse la circunstancia de que la vacante no se cubre en tres meses y que hay que contratar a otro trabajador para cubrir el mismo puesto de trabajo durante el inacabado proceso de selección o promoción. Ello podría suponer una vulneración de dicho precepto, puesto que se han contratado dos trabajadores durante tres meses cada uno (vgr.) para cubrir un mismo puesto de trabajo porque el proceso de selección o promoción se ha prolongado en el tiempo. No podemos dejar de precisar que el artículo 15.5 ET limita el encadenamiento de contratos por circunstancias de la producción, pero el hipotético caso referido no puede dejarnos indiferente porque podría dejar una puerta abierta al fraude.

4.6.2. El contrato de sustitución por vacante y la reciente doctrina del TJUE en los procesos de selección o promoción en el empleo público

Si bien esto queda claro, el problema lo encontramos en el ámbito de la contratación laboral por las Administraciones públicas y específicamente en relación al contrato de interinidad por vacante en las Administraciones públicas, ahora denominado contrato por sustitución de persona trabajadora y que acoge como causa, entiendo que erróneamente, cubrir una vacante durante un proceso de selección o promoción.

El artículo 15.5 ET no se refiere en ningún momento a tales contratos en procesos de selección o promoción de personal por las Administraciones públicas; por ello, entendemos que sigue vigente el artículo 4.b) párrafo tercero RD 2720/1998²⁰. Dicho precepto establece que la duración de tales contratos, “en los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica”. Concretamente el artículo 70 EBEP establece un máximo de tres años.

En relación a esta cuestión considero relevante la STJUE de 3 de junio de 2021, C-726/19, que se pronuncia sobre la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE, relativa a la utilización abusiva de contratos sucesivos temporales por el Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario. Se plantearon varias cuestiones prejudiciales que consideramos de interés, aunque nos centraremos en la que nos compete en este trabajo y es: ¿puede considerarse conforme a la Directiva 1999/70 un contrato temporal como el de interinidad por

²⁰ Desarrolla el artículo 15 ET en materia de contratos de duración determinada. La Disposición Derogatoria única del RDL 32/2021 establece que “quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango contradigan o se opongan a lo dispuesto en este Real Decreto-Ley”.

vacante que deja al arbitrio del empleador su duración, al decidir si cubre o no la vacante, cuándo lo hace y cuánto dura el proceso?

El IMIDRA y el Gobierno español defendieron que la cláusula 5 no se aplica al caso porque no se ha producido una sucesión de contratos de duración determinada, sino un único contrato de interinidad por vacante. Tras un largo *excursus*, el TJUE considera que la expresión “utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada” de la cláusula 5, “incluye también la prórroga automática de los contratos de duración determinada de los trabajadores del sector público”.

A esto hemos de añadir que se vulnera el espíritu de la norma, artículo 15.5 ET, si un trabajador está ocupando un puesto de trabajo de forma permanente utilizando contratos eminentemente temporales, como es el caso del contrato de interinidad por causa de vacante durante un proceso de selección o promoción. En palabras del TJUE, “la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino, al contrario, permanente y duradero, no está justificada a efectos de la cláusula 5, apartado 1, letra a) del Acuerdo Marco”.

En este sentido, la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, ha previsto una compensación económica para el personal laboral que supere los plazos de permanencia en plazas vacantes compatible con las indemnizaciones que pudieran corresponder reguladas en la normativa laboral. Dicha compensación será la cantidad que corresponda en la diferencia entre el máximo de 20 días de salario fijo por año de servicio con un máximo de 12 meses y la indemnización que le pudiera corresponder por fin de contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a dicha compensación nace a partir de la fecha de cese efectivo y la cuantía se refiere al contrato del que traiga su causa el incumplimiento. No corresponderá en caso de despido disciplinario procedente o en caso de renuncia voluntaria del trabajador (Disposición Adicional 17ª, sobre medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público).

Por todo ello, y a la luz de la Ley 20/2021, que tiene como finalidad reducir la temporalidad en el empleo público, y en base al pronunciamiento del TJUE que considera que las prórrogas en los contratos de interinidad por vacante en las Administraciones públicas se tienen en cuenta como contratos diferentes, entendemos que hubiera sido necesario incluir los contratos de interinidad por vacante en el sector público entre los contratos computables a efectos de limitar el encadenamiento previsto en el artículo 15.5 ET. Son muchos los casos de trabajadores al servicio de Administraciones públicas que se pasan la vida ocupando un puesto vacante porque el proceso de selección o promoción se ha prolongado en el tiempo por diferentes circunstancias (vgr. Impugnación del proceso selectivo ante los Tribunales o la propia crisis COVID por citar dos supuestos).

5. LA NUEVA FÓRMULA DE PROHIBICIÓN DE ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS TEMPORALES A LA LUZ DE LA REFORMA POR RDL 32/2021: LA REFERENCIA AL PUESTO DE TRABAJO

Como ya hemos visto, la Ley 43/2006 introdujo el artículo 15.5 ET y por ende la limitación del encadenamiento de contratos temporales durante un período de 24 meses en un período de referencia de 30 meses, so pena de considerar al trabajador fijo en la empresa.

En dicha prescripción se dejaba claro que encadenar contratos temporales durante tales períodos con un mismo trabajador conducía a la precitada consecuencia jurídica. Sin embargo, no se contemplaba la posibilidad de que el empresario durante tales períodos formalizara y encadenara diferentes contratos temporales con distintos trabajadores para ocupar *un mismo puesto de trabajo*. El legislador no corrigió posteriormente dicha situación (nos referimos a la Ley 35/2010), a pesar de que modificó el artículo 15.5 ET.

En tales momentos, refiriéndonos a ambas reformas de dicho precepto, el legislador se limitó a remitirse a la negociación colectiva para controlar la utilización abusiva de contratos encadenados cubiertos por diferentes trabajadores pero referidos a un solo puesto de trabajo. En este sentido dispuso que:

“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”.

Sin embargo, tal remisión legal a la negociación colectiva se antojaba insuficiente para prevenir el encadenamiento de contratos temporales más allá de los límites previstos legalmente.

El RDL 32/2021, con buen criterio y para no dejar pie a la duda, ha introducido un nuevo párrafo en el artículo 15.5 ET, al prescribir que:

“Asimismo, adquirirá la condición de fija la persona que ocupe *un puesto de trabajo que haya estado ocupado* con o sin solución de continuidad durante más de 18 meses en un período de 24 meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal”.

La interpretación de este nuevo apartado no deja lugar a dudas: primero, se tendrán en cuenta sólo los contratos por circunstancias de la producción a efectos de la prohibición de encadenamiento de contratos, incluyendo los realizados en el marco de las empresas de trabajo temporal; segundo, el período máximo de

encadenamiento será de 18 meses dentro de un período de 24 meses; y tercero, y aquí es donde nos encontramos la novedad, no se pone el acento en que se hayan encadenado contratos por circunstancias de la producción durante ese tiempo máximo con un mismo trabajador, lo significativo es que un mismo puesto de trabajo haya sido ocupado durante dicho período de tiempo con tal modalidad contractual. Quiere decir que en el caso de que un puesto de trabajo ha sido ocupado por varios trabajadores, con o sin solución de continuidad durante 18 meses en un período de 24 meses, el trabajador que se encuentre desempeñando dicho puesto cuando se cumplan tales parámetros, será considerado fijo de plantilla.

Con esta prescripción se pretende evitar que el empresario contrate a dos o más trabajadores para ocupar un mismo puesto de trabajo sin superar respecto de cada uno de ellos los máximos previstos en el artículo 15.5 ET; pero sumados todos los contratos de los diferentes trabajadores que ocupan el mismo puesto de trabajo de forma sucesiva, si se superan tales límites, el trabajador último adquirirá la condición de fijo de plantilla.

Consideramos que se trata de una importante regla a efectos de evitar el encadenamiento de contratos por circunstancias de la producción, puesto que si una empresa necesita ocupar un puesto de trabajo durante 18 meses dentro de 24 meses probablemente estemos ante una necesidad permanente de mano de obra y no ante una necesidad ocasional e imprevisible, que es la causa que motivaría el recurso a dicho contrato.

Esta prescripción ha de ser interpretada, a su vez, con la duración máxima prevista para el contrato por circunstancias de la producción de seis meses si la necesidad es ocasional e imprevisible y de 90 días si la necesidad es ocasional, aunque previsible. En el primer supuesto es posible ampliar dicho contrato hasta un año por convenio colectivo. De esta forma un trabajador no podría estar, en caso de previsión convencional, más de un año con esta modalidad de contrato.

El objetivo de vincular al puesto de trabajo, y no sólo a un trabajador concreto, la limitación del encadenamiento de contratos por circunstancias de la producción es tajante dentro del contexto de la actual reforma laboral; puesto que uno de los objetivos fundamentales de esta reforma es, cambiando la cultura de la contratación en nuestro país, potenciar y considerar como regla general la contratación indefinida. Si un determinado puesto de trabajo está vinculado a necesidades permanentes de mano de obra, no tiene sentido contratar de forma temporal, encadenando de forma sucesiva contratos por circunstancias de la producción; y mucho menos en un período prolongado de tiempo, los ya reiterados 24 meses dentro de 30 meses de período de referencia. Están en juego la estabilidad en el empleo, la formación y los mecanismos de garantía social del trabajador, pero también la competitividad de las empresas.

Por ello, se persigue penalizar, no sólo formalizar contratos por circunstancias de la producción sucesivos a un solo trabajador, sino también vincular tales contratos

a un determinado puesto de trabajo, aunque sean varios los trabajadores contratados para desempeñar el mismo. Y ello es así porque las necesidades permanentes de las empresas tienen que cubrirse con personal fijo o, en su caso, fijos discontinuos, en los términos previstos en el artículo 16 ET en su nueva redacción por RDL 32/2021.

6. EFECTOS JURÍDICOS DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS: LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE FIJO DE PLANTILLA

6.1. Cuestiones previas

Tradicionalmente, la legislación laboral en España ha previsto la adquisición de la condición de fijo de plantilla del trabajador en determinados supuestos, en la idea de potenciar el contrato fijo sobre el contrato temporal. En este sentido, el Estatuto de los Trabajadores en su versión de 1980 (Ley 8/1980) preveía la adquisición de la condición de trabajador fijo respecto de aquellos trabajadores que no hubieran sido dados de alta en Seguridad Social, siempre que hubiera transcurrido un plazo igual o superior al período de prueba; presumiéndose como indefinidos, salvo prueba en contrario, los contratos temporales celebrados en fraude de ley (art. 15.3 Ley 8/1980).

Esto muestra como desde los inicios del Estatuto de los Trabajadores el legislador ha apostado por la contratación indefinida frente a la temporalidad; aunque en esos momentos (1980) la regulación laboral aún no contemplaba la limitación al encadenamiento de contratos temporales; cuando, sin embargo, desde ese mismo momento ya se contemplaban los contratos temporales causales del artículo 15 ET que han pervivido hasta la actualidad (obra o servicio, eventual e interinidad)²¹.

Sería el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, donde se introduciría por primera vez

“atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá los 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 este carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los

²¹ En esos momentos se contemplaba la posibilidad contratación temporal en los casos en que el Gobierno hiciera uso de la autorización para regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo con el fin de colocar trabajadores de edad avanzada, con capacidad laboral disminuida, desempleados y quienes accedieran a un primer empleo (art. 17.3 ET/1980).

contratos de puesta a disposición realizados por empresas de trabajo temporal” (redactado según el apartado dos del art. 1 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo).

Dejar a la negociación colectiva la regulación de requisitos para prevenir la utilización abusiva de la contratación temporal se antojaba puro despropósito. Con la reforma del artículo 15.5 ET por RDL 32/2021 es la propia ley la que limita el encadenamiento de contratos temporales vinculados a un puesto de trabajo. Por lo que se proscribió contratar de forma encadenada mediante contratos por circunstancias de la producción más de 18 meses en un período de referencia de 24 meses para un mismo puesto de trabajo, aunque se vinculen varios trabajadores al mismo puesto.

6.2. La adquisición de la condición de fijo de plantilla en el supuesto de encadenamiento de contratos temporales tras la reforma: Especial referencia a los trabajadores subrogados del sector público y la STS (Social) 270/2022, de 28 de enero (Rec. 3781/2020)

Desde que por Ley 43/2006 se introdujera el apartado 5 al artículo 15 ET, el encadenamiento de contratos temporales superando los períodos previstos en dicho precepto producían de forma automática la condición de fijo de plantilla del trabajador. Sin embargo, dicha norma, y por ende el artículo 15.5 ET en la redacción dada por Ley 43/2006, no regulaban realmente tal carácter automático de la adquisición de la condición de fijo de plantilla. Por ello, por Ley 35/2010 se introdujo un apartado 9 al artículo 15 ET según el cual “el empresario debía facilitar por escrito al trabajador, en los 10 días siguientes al cumplimiento de los plazos indicados, un documento justificativo sobre su nueva condición de fijo de la empresa”; previendo incluso que el propio trabajador podría solicitar por escrito al Servicio de empleo un certificado de los correspondientes contratos de duración determinada o temporales celebrados, a efectos de poder acreditar su condición de fijo en la empresa. El Servicio público de empleo emitirá dicho documento y lo pondrá en conocimiento de la empresa en la que el trabajador preste sus servicios”.

El encadenamiento de contratos por circunstancias de la producción, superando los límites previstos en el artículo 15.5 ET, tiene como efecto jurídico la adquisición de la condición de fijo de plantilla del trabajador.

Este efecto jurídico ha de interpretarse en una doble clave, en los términos analizados: puesto que, en primer lugar y tal como ya venía contemplándose en la redacción anterior de dicho precepto, la reiteración de contratos a un mismo trabajador superando tales límites conducirá a su condición de fijo de plantilla. Y, en segundo lugar, con la nueva redacción del artículo 15.5 ET, se ha vinculado la adquisición de la condición de fijo de plantilla no sólo a un trabajador, sino al puesto de trabajo. De esta forma, si para ocupar un mismo puesto de trabajo se contratan a

diversos trabajadores con contratos por circunstancias de la producción, superando los límites regulados en dicho precepto, el trabajador que haya sido contratado en última instancia y reclame ante los tribunales la superación de tal duración en el período de referencia previsto, adquirirá la condición de fijo.

Igual efecto jurídico se regula en relación a los denominados trabajadores subrogados. De esta forma, adquirirán la condición de trabajadores fijos aquellos trabajadores con contratos temporales que superen los períodos previstos en el artículo 15.5 ET, o hubieren ocupado un puesto de trabajo ocupado por varios trabajadores durante iguales períodos, así como los trabajadores subrogados.

La cuestión es qué ocurre en relación al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas en supuestos de superación de los períodos previstos en el artículo 15.5 ET para el encadenamiento de contratos temporales. Como es bien sabido, aunque la normativa laboral se aplica al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, la también aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad llevaron, tras diversos pronunciamientos en otros sentidos, al Tribunal Supremo a crear la llamada doctrina de los indefinidos pero no fijos. De esta forma, la aplicación de la previsión contenida en el artículo 15.5 ET llevaría a igual consecuencia jurídica.

Ahora el Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente, en su STS (Social) 270/2022, de 28 de enero (Rec. 3781/2020), Ponente Antonio Sempere Navarro, en recurso de casación para unificación de doctrina, ha considerado que los trabajadores subrogados pasarán a considerarse fijos de plantilla y no indefinidos pero no fijos. Resolución que va a dar mucho que hablar en adelante y que puede conducir a la consideración de fijo en las diferentes Administraciones públicas.

7. RÉGIMEN TRANSITORIO SOBRE LÍMITES DE ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS TEMPORALES

La Disposición Transitoria 5ª del RD Ley 32/2021 establece que el artículo 15.5 ET será de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir de la entrada en vigor de dicha norma. En su Disposición Final 8.2.b) prevé que entrarán en vigor el 30 de marzo de 2022.

Respecto a los contratos suscritos con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del período y del plazo previsto en el art. 15.5 ET, se tomará en consideración sólo el contrato vigente a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley.

Interpretando ambas disposiciones nos encontramos con la posibilidad de contratos de obra o servicio, que a partir del 30 de marzo ya habrán desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico, que podrán extenderse en el tiempo hasta un máximo de tres años siempre que se hayan celebrado antes de dicha fecha. Al

mismo tiempo, aquellos contratos eventuales que se hayan celebrado antes de 30 de marzo continuarán vigentes hasta el tiempo máximo suscrito (podrían ser seis meses). De esta forma convivirán contratos de obra o servicio determinado, contratos eventuales y contratos de interinidad (por sustitución y por vacante) de la regulación anterior con los contratos por circunstancias de la producción y los contratos de sustitución de persona trabajadora de la regulación vigente a partir de 30 de marzo de 2022.

Refiriéndonos a las Administraciones públicas, es de destacar la pervivencia del contrato de interinidad por vacante con una amplia duración (hasta 3 años máximo, art. 70 EBEP).

Si tenemos en cuenta que sólo se computan a partir de 30 de marzo de 2022 los contratos por circunstancias de la producción suscritos desde esa fecha, tenemos que los contratos por obra o servicio determinado y los contratos eventuales anteriores a la misma no se tendrán en cuenta.

8. A MODO DE CONCLUSIONES

En la búsqueda de la estabilidad y de aplicar como regla general el contrato indefinido sobre el temporal, en la idea de reducir la precariedad laboral y las altas tasas de temporalidad en nuestro mercado de trabajo, se han ido realizando diferentes reformas de la contratación laboral en nuestro país.

En ocasiones tales reformas han venido abanderadas por la búsqueda del crecimiento del empleo y consiguiente reducción de los niveles de desempleo, potenciando la flexibilidad de las empresas, pero siempre sin perder de vista los mínimos de Derecho necesario y el paquete de garantías de los trabajadores. Por cuanto la precariedad laboral y la alta temporalidad de la contratación en nuestro país se relaciona con menor productividad y competitividad porque limita los mecanismos de formación profesional de los trabajadores y adaptabilidad a los puestos de trabajo.

La regulación desde 2006 en el artículo 15 ET de un mecanismo limitador del encadenamiento de contratos en aras de la estabilidad en el empleo se ha ido matizando y modificando en estos últimos años. A la regulación normativa le ha seguido por parte de las empresas la búsqueda de mecanismos al filo de la legalidad, que finalmente han ido conduciendo a introducir matices de calado en el párrafo 5 del artículo 15 ET, tal como hemos puesto de manifiesto en este trabajo. Y desde luego no se descarta que tal labor legislativa se siga produciendo hasta “acorrallar” finalmente la posibilidad de buscar formas de evadir el cumplimiento de la limitación del encadenamiento contractual.

Como ya hemos precisado, es necesario un cambio en la cultura de la contratación laboral en nuestro país; caracterizado en las dos últimas décadas por

formar parte de un mercado de trabajo “sobrecualificado”, con un alto volumen de universitarios. El alto volumen de incumplimientos de la normativa laboral en esta materia sólo puede interpretarse desde la clave de considerar que los empresarios han carecido de mecanismos contractuales suficientes y adecuados para hacer frente a sus necesidades de recursos humanos en las empresas.

En estos momentos con la reciente reforma del artículo 15 ET, donde no se deja opción más que a contratar, como regla general, utilizando la contratación indefinida o, en su caso, el contrato de fijos discontinuos del artículo 16 ET, igualmente reformado por RDL 32/2021, y de forma excepcional utilizar el contrato por circunstancias de la producción o el contrato de sustitución de persona trabajadora, entendemos que hemos dado un paso importante para ese cambio de cultura empresarial.

La eficacia de la limitación del encadenamiento de contratos prevista en el artículo 15.5 ET pasa, por tanto, por un cambio de cultura de la contratación, pero también, y visto desde el prisma de los posibles incumplimientos, de la existencia de mecanismos de control previos y posteriores. Se computan los contratos que se formalizan y existen para el Derecho.

En un mercado de trabajo como el nuestro no descartamos que puedan venir futuros “añadidos” al artículo 15.5 ET para ir cubriendo todas las posibilidades de evasión de la limitación del encadenamiento de contratos temporales. Lamentablemente, en más casos de los que quisiéramos, cuando se produce una reforma laboral el “deporte nacional” es buscar y encontrar resquicios por los que colarse para evadir las consecuencias jurídicas previstas en la norma: en nuestro caso la adquisición por el trabajador de la condición de fijo de plantilla.

En este contexto, los mecanismos de información sobre la reforma de la contratación laboral y la limitación del encadenamiento de contratos, el asesoramiento a empresas por parte de la Administración puede ser interesante para producir el gran cambio: contratar de forma indefinida. Aplicando la teoría de la mediación del “*Win to Win*” : todos ganamos.

DEL CONTRATO FIJO DE OBRA A LA RELACIÓN INDEFINIDA ADSCRITA A OBRA Y SU EXTINCIÓN POR RAZONES FORMALMENTE INHERENTES A LA PERSONA DEL TRABAJADOR

FRANCISCO JAVIER CALVO GALLEGO¹

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

MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO

Profesora Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: contrato fijo de obra, contrato indefinido adscrito a obra, extinción por causas inherentes a la persona trabajadora

En el marco de una profunda reforma del sistema de contratación temporal, el artículo segundo del Real Decreto Ley 32/2021 ha venido a modificar la Disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de subcontratación en el Sector de la Construcción. El presente trabajo intenta, en primer lugar, contextualizar esta reforma y sus razones determinantes para, con posterioridad, analizar no solo los problemas de derecho transitorio que esta reforma implica, sino también sus principales elementos: desde la definición de la modalidad contractual a la que será aplicable esta nueva causa de extinción, a los factores determinantes de la misma, pasando por los posibles problemas que estas reglas podrían plantear desde la perspectiva de su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

ABSTRACT

Key words: fixed-term contracts, open-ended contracts in construction/
building sector, terminations of contract for reasons related to
the individual workers

As a part of the deep Spanish temporary contracting system's reform, the second article of the Royal Decree Law 32/2021 has modified the third additional provision of Law 32/2006, on subcontracting in the Construction Sector. The present essay attempts to contextualize this reform and its reasons in order to analyse, not only the problems of transitory law that this reform implies, but also its main elements: from the definition of the new modality of contract, to the new cause of termination that will be applicable in this field, going through the possible problems that the compatibility of these new rules could present with European Union law.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico y Social (US-1264479).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: ENCUADRAMIENTO HISTÓRICO
 - 1.1. La construcción histórica del contrato fijo de obra
 - 1.2. La consecuencia: la preponderancia de este tipo de contrato en un sector dotado de una altísima temporalidad
 - 1.3. La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de junio de 2021, EV contra Obras y Servicios Públicos S.A. y Acciona Agua, S.A
2. LA REFORMA DEL RDL 32/2021
 - 2.1. La derogación del sistema anterior y la situación transitoria
 - 2.2. La nueva regulación de la Disposición Adicional tercera de la Ley 32/2006
 - 2.2.1. Del objeto y técnica de regulación: de la causa de extinción a la (aparente) desaparición de una modalidad contractual
 - 2.2.2. La delimitación de la nueva modalidad contractual
 - 2.2.3. La finalización o suspensión de la obra y sus efectos sobre la relación
 - 2.2.4. Sobre la consideración de estas causas como inherentes a la persona del trabajador
 - 2.2.5. Los efectos en relación con la Seguridad Social: la situación legal de desempleo

1. INTRODUCCIÓN: ENCUADRAMIENTO HISTÓRICO

Para comprender la profunda reforma que, al menos formalmente, ha realizado el Real Decreto-ley 32/2021 sobre el marco normativo de la contratación en el sector de la construcción, resulta seguramente necesario partir de una breve contextualización histórica de la misma. Y ello ya que es este punto de partida y sus condicionamientos, especialmente judiciales, los que, en conjunción con algunas de las lógicas específicas de esta última norma laboral, señalan seguramente las claves para comprender el sentido y el alcance de toda esta modificación.

1.1. La construcción histórica del contrato fijo de obra

En este sentido, de todos es sabido cómo, al menos desde una perspectiva laboral, el sector de la construcción se ha caracterizado tradicionalmente en España por otorgar un importante papel en la delimitación de las modalidades contractuales a las normas sectoriales, ya fuesen estas inicialmente reglamentarias o, más tarde, claramente convencionales².

De hecho, y dejando a un lado otras menciones más asistemáticas y escasas sobre el ingreso al trabajo en las bases de trabajo de los años treinta, lo cierto

² Sobre esta evolución histórica nos remitimos por brevedad a lo que con mayor detenimiento analizamos en Calvo Gallego, F.J., Asquerino Lamparero, M.J., “Ingreso al trabajo y modalidades contractuales” en AAVV., *La negociación colectiva en el sector de la construcción*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, Capítulo V, pág.244 y siguientes. Igualmente, sobre el

es que estas cuestiones ya aparecían abordadas, con una notable profundidad, en la Reglamentación de Trabajo aprobada por la Orden de 3 de abril de 1946³. En el marco que proporcionaba entonces el art. 27 in fine de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, los artículos 13 a 16 de aquella Reglamentación distinguían, en función de su permanencia, entre el personal eventual –con trabajos inferiores a seis meses⁴–, el fijo de plantilla –para la realización de los trabajos “normales” o “permanentes”– y, sobre todo, el denominado “personal fijo de obra” definido como aquel que, contratado para una obra o trabajo determinado, llegaba a alcanzar en sus relaciones laborales con la empresa un mínimo de tiempo de seis meses, estableciendo además que “teniendo en cuenta las modalidades específicas del trabajo” en estas “industrias”, “los contratos de su personal” se entenderían “en general concertados a base a la duración de la obra o trabajo para el que fue admitido el obrero” (art. 14).

En cualquier caso, es importante resaltar cómo esta primera regulación sectorial fue ampliamente matizada por la reforma de 1951⁵, en una línea claramente orientada hacia una mayor estabilidad contractual en el sector. Así, e intentando resumir las numerosas modificaciones aportadas por aquella Orden, podríamos decir que en ella no solo se incorporaba la figura del personal interino, sino que también se aclaraba expresamente que en aquellos casos en los que la función desarrollada determinase la condición de fijo de plantilla –al no guardar

tema pueden verse los completos trabajos de AAVV., *La negociación colectiva en el sector de la construcción* (dir. García Ninet, I.), Madrid, MTAS, 2002; Ballester Pastor, I., Garrigues Giménez, A., Vicente Palacio, A., *La Negociación Colectiva en el Sector de la Construcción*, 2005, disponible el 1 de marzo de 2022 en http://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccncc/descargas/CONSTRUCCION.pdf.

³ <https://www.boe.es/gazeta/dias/1946/04/14/pdfs/BOE-1946-104.pdf>

⁴ El Texto refundido de 1951 señaló expresamente (Art. 13) que tendrían este carácter “todo el personal que no sea fijo de plantilla ni interino durante los seis primeros meses de servicio en la empresa”. No obstante, tanto la OL de 1946 como el Texto refundido de 1951 señalaron también que “El personal titulado y el de empleados; a excepción del Subgrupo de empleados auxiliares de obra, así como el personal subalterno, adquirirá la calidad de personal de plantilla una vez transcurrido el período de prueba que para el mismo se fija”. Sobre esta última norma véanse SSTs de 21 de octubre de 1964 (RJ 4238, 1964) y 29 de octubre de 1966 (RJ 4689, 1966). Sobre la diferenciación entre este tipo contractual y el fijo de obra puede consultarse la STS de 9 de diciembre de 1966 (RJ 5427, 1966). Seguramente por ello la STCT de 23 de febrero de 1962 consideró que los trabajadores ocupados en el levantamiento de railes de un ferrocarril a los que les era de aplicación esta Reglamentación podían ver extinguidos sus contratos sin más que el preaviso de una semana, al llevar menos de seis meses prestando sus servicios en la empresa. Además, la omisión de este preaviso solo daba lugar al abono de estos dieciséis días de salario –STCT 23 de febrero 1962–.

⁵ Fruto de la Orden de 8 de febrero de 1951 por la que se modificaban determinados artículos de la Reglamentación Nacional de Trabajo de la Construcción y Obras Públicas (BOE n. 57 de 26 de febrero de 1951).

“relación sus funciones con la duración de la obra”–, este carácter debería serle reconocido a tales empleados, independientemente del tiempo de servicios y una vez superado, obviamente, el periodo de prueba. Además, la reforma eliminaba del art. 14 las anteriores menciones a la posibilidad de resolver el contrato de los fijos de obra antes de la terminación de su actividad mediante un procedimiento similar al eventual.

Sea como fuere, y en la misma línea antes mencionada, las incorporaciones más llamativas a este nuevo texto refundido de 1951 se centraron (art. 13) en la delimitación de la frontera entre el fijo de obra y el de plantilla, al señalarse que la prestación de servicios de forma habitual, durante cuatro años consecutivos, en una misma empresa y en distintas obras, constituiría “prueba suficiente” de que el trabajador era utilizado de modo permanente y que su función era por tanto independiente de la obra o trabajo en que prestase sus servicios, debiendo ser considerado como fijo de plantilla⁶. Del mismo modo que en el caso concreto de obras de larga duración (art. 14.e), el personal fijo de obra con más de cuatro años de duración en dicha obra no solo adquiriría igualmente el tratamiento económico de fijo de plantilla, sino que también se le abría la posibilidad de pasar, como fijo de plantilla, a otras obras de la misma empresa, en la misma o distinta localidad, siempre, eso sí, que hubiera plaza o vacantes en aquella⁷.

Es en este contexto en el que se aprueba finalmente la Ordenanza Laboral de 1970. Junto a otras importantes modificaciones en las que no podemos detenernos aquí, nos limitaremos por ahora a resaltar cómo esta misma regulación sectorial abordaba nuevamente, y de forma algo más técnica, los “contratos por razón de la permanencia del personal” en sus artículos 40 y siguientes, estableciendo, además, una regulación con llamativas singularidades para la prestación de servicios y ejecución de obras frente a la establecida para el resto de subsectores que, como ya vimos, cubría aquella amplia Ordenanza Laboral.

Estas singularidades comenzaban ya en relación con el contrato eventual, que se identificaba inicialmente con aquellas prestaciones de servicio con una duración inicial máxima de ciento veinte días al año para una misma empresa; un periodo este que, para el resto de subsectores, se reducía a noventa días –aunque ampliables otros noventa–, conectándolo, no tanto con obras o servicios determinados, sino más bien, y sobre todo en supuestos de ampliación, con pedidos o encargos manifiestamente excepcionales. En cualquier caso, resulta necesario

⁶ No, por tanto, si solo eran dos años de servicios, lo que ciertamente les distinguía de los eventuales, pero no les confería en ese momento el carácter de fijo de plantilla. Véase, en este sentido, SSTs de 5 de mayo de 1965 (RJ 2179, 1965) y 27 de septiembre de 1965 (RJ 4675, 1965).

⁷ Llamativamente se señalaba –por lo cercano a la realidad legal actual– que: “La Empresa fijará las obras donde exista plaza, y el trabajador ejercerá el derecho de opción, siendo resueltos los casos de duda por las Delegaciones de Trabajo”.

recordar cómo la posterior Orden de 27 de julio de 1973⁸ procedió a endurecer significativamente esta modalidad al limitarlos a los trabajos “esporádicos y excepcionales de duración no superior a quince días”⁹, si bien para los mismos estableció igualmente la posibilidad de extinguirlos por ambas partes en cualquier momento, sin indemnización alguna y sin exigibilidad de preaviso¹⁰.

Por otra parte, y dejando a un lado la relativamente novedosa –aunque común para todos los subsectores– regulación del contrato de interinidad en el art. 41¹¹, lo que OL de 1970 sí mantuvo fue el contrato para “trabajo fijo en obra determinada” –art. 42– como modalidad exclusiva de la construcción, por obra o servicio determinado, y que, formalizada por escrito¹², se asignaba inicialmente a quien “no siendo fijo de plantilla ni eventual” llegase “alcanzar un mínimo de ciento veinte días en sus relaciones de trabajo” –periodo este que, posteriormente, y como hemos visto, quedó reducido a los quince días¹³–. En este punto seguramente lo más llamativo fue, de un lado, la fijación de una indemnización del 4,5% sobre el salario devengado en jornada ordinaria durante el tiempo de prestación de sus servicios cuando se produjere la finalización “normal” de la prestación –esto es, como consecuencia de la terminación de los trabajos de su especialidad en la obra (art. 44)¹⁴–, señalándose además la obligación de preaviso de una semana –tanto para el

⁸ BOE núm. 182, de 31 de julio de 1973.

⁹ Transformándose en contratos fijos “en obra determinada” de superarse dicho lapso con efectos jurídicos desde el primer día de la prestación de servicios.

¹⁰ Véanse las distintas redacciones del art. 44.b) en la redacción originaria de la Ordenanza y en su posterior modificación en 1973.

¹¹ Las menciones al contrato de interinidad ya aparecían en la nueva redacción del art. 13 en el Texto refundido de 1951. Esta regulación no fue alterada por las modificaciones de julio de 1973.

¹² La exigencia de la forma escrita obedecía a la necesidad de que el trabajador llevase a cabo su actividad con relación a una concreta obra, sin perjuicio de que –si fuere necesario– posteriormente se habilitase la posibilidad de adscripción a otra obra que, de igual forma, habría de quedar claramente delimitada. No obstante, y en este ámbito el TS (Sentencia de 13 de enero de 1979, RJ 1979/180) ya manifestaba cómo: “...si bien es cierto que solamente se pactó por escrito el contrato relativo a la primera de las obras concertadas, la falta de este requisito en lo referente a las sucesivas, no desnaturaliza la condición de obrero fijo del recurrente, ya que la necesidad de tal circunstancia solamente es precisa para los obreros de plantilla, y por el contrario la calificación de aquél se hace en razón a la actividad laboral desarrollada”. Esta idea ya había sido anunciada por las SSTs de 8 de junio de 1965 (RJ 1965/3818), 8 de julio de 1977 (RJ 1977/3292) o de 10 de octubre de 1979 (RJ 1979/3526). Sobre el tema, Doctor Sánchez-Migallón, R. “El contrato fijo de obra en el sector de la construcción”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2005, n. 9 págs. 2-3.

¹³ Véase la modificación del art. 42 de la OL de 1970 por la Orden de 27 de julio de 1973 en relación con la nueva redacción dada al art. 40 de la misma norma sectorial.

¹⁴ Sobre su posible extinción de forma progresiva o gradual véase, por ejemplo, la STS (Sala de lo Social) de 21 junio 1988 (RJ 1988\5443).

trabajador como para el Sindicato de la Construcción–, y del otro la consideración como personal fijo de plantilla no solo del personal técnico y del que prestase sus servicios habitualmente en este tipo de empresas –art. 43.a) y b)– sino también el de aquellos fijos de obra que prestasen sus servicios habitualmente a una misma empresa y en distintos centros de trabajo durante, ahora, dos años consecutivos –art. 43.e–. Y de hecho, la norma también preveía que cuando este personal fijo de obra llevase trabajando más de dos años en una obra de larga duración, pasaría a disfrutar de los beneficios económicos de los fijos de plantilla (art. 43.f) pudiendo además al terminar la obra (art. 44.d) optar entre pasar con carácter definitivo a fijo de plantilla en otras obras de la empresa, siempre que existieran en la misma o distinta localidad y hubiera plaza en ellas –correspondiéndole en este caso los beneficios previstos para el desplazamiento– o dar por terminada la relación con la indemnización antes señalada para los fijos de obra.

Con este panorama, lo cierto es que la mayor parte de los convenios sectoriales provinciales de la construcción y obras públicas de los primeros años setenta no abordaron de forma sistemática buena parte de estas cuestiones¹⁵. En cambio, la situación era ciertamente distinta siete años después. Y ello ya que, aunque con algunas excepciones¹⁶, un número ciertamente significativo de los convenios del año 1980 mostraban un mayor interés por la regulación de algunos de estos aspectos del contrato fijo de obra convertido, sin duda, en el modelo por excelencia de contrato temporal en el sector¹⁷: baste recordar la atención prestada a cuestiones

¹⁵ Más allá, por ejemplo, de limitar determinados derechos a los trabajadores fijos de obra o plantilla –Convenio Colectivo Sindical para construcción de y obras públicas de Ávila, de 7 de junio de 1973, BOP 18 de septiembre de 1973–. Véanse, por mencionar solo algunos, el Convenio Colectivo de construcción y obras públicas de Almería de 22 de diciembre de 1972 (BOP de 15 de enero de 1973); el Convenio Colectivo de construcción y obras públicas de Álava de 4 de septiembre de 1973 (BOP de 13 de septiembre de 1973); Convenio Colectivo para construcción y obras públicas de Badajoz (BOP 16 y 18 de agosto de 1973); Convenio Colectivo para construcción y obras públicas de Baleares (BOP 8 de septiembre de 1973); Convenio Colectivo para construcción y obras públicas de Barcelona (BOP 11 de octubre de 1973).

¹⁶ Véase, por ejemplo, la casi nula atención que a estas cuestiones prestaban el Convenio Colectivo para construcción y obras públicas de Cuenca, suscrito el 11 de enero de 1980 (BOP de 25 de enero de 1980) –que solo se refiere a aspectos formales y de control de la contratación–; el Convenio Colectivo para construcción y obras públicas de Almería, suscrito el 30 de julio de 1980 (BOP 12 de agosto de 1980) –con excepción de los arts. 35, 36 –contratación y preavisos– y 37 –centrado en el periodo de prueba–; o el Convenio Colectivo para construcción y obras públicas de Navarra, suscrito el 24 de abril de 1980 (BOP de 4 de julio de 1980) –salvo la referencia a la aplicación de la indemnización del 4,5% en caso de extinción durante el periodo de prueba de los trabajadores fijos de obras–.

¹⁷ Tan es así que en ocasiones algunos convenios atribuían a los eventuales “la misma consideración que el personal fijo de obra”, al menos en relación con el cobro de la indemnización 4,5% de cese –art. 35 Convenio Colectivo de la construcción y obras públicas de Huesca (BOP de 27 de marzo de 1980)–.

como la definición del mismo, su forma escrita y el modelo de este tipo de contrato; la posible exigencia de la presencia de representantes de los trabajadores; los ceses y la prelación entre los distintos tipos de trabajadores o los preavisos e indemnizaciones¹⁸, si bien solo en contadas ocasiones se abordaba expresamente su conversión en fijo de plantilla, incorporando eso sí las diferencias entre obras simples y obras de larga duración que ya señalamos en las sucesivas Ordenanzas¹⁹.

Pues bien, con el claro antecedente del artículo 8 del Acuerdo Estatal Sectorial de 1989 para la Construcción²⁰, la llegada del Primer Convenio Colectivo General (CCGC) en 1992²¹ supuso, en primer lugar, la reserva de esta materia a la negociación colectiva estatal²². Pero sin duda mucho más importante, al menos a los efectos que aquí nos interesan, fue el hecho de que, tras identificar al contrato fijo de plantilla como la modalidad “normal” de este sector –aunque eso sí, para “todos los centros de trabajo de carácter permanente” (art. 28)–, también se abordó en profundidad el contrato fijo, ahora, de y no en obra, con, además, profundas alteraciones sobre el modelo de las anteriores ordenanzas²³.

Sin poder detenernos aquí en un análisis que ya hemos realizado en un trabajo anterior, nos limitaremos a recordar cómo en este artículo 29 del I CCGC no se distinguía ya en función de la mayor o menor duración de la obra a la que se asignaba al trabajador, sino entre un modelo “general” de contrato, para la realización de una sola obra y, opcionalmente, una segunda submodalidad que, siguiendo seguramente lo que en su momento dispuso el artículo 44.d) de la

¹⁸ En esta línea, véase la completa regulación contemplada en los arts. 10, 12, 13 y 14 del Convenio Colectivo para construcción y obras públicas de Granada (BOP de 21 de febrero de 1980); arts. 11 y 13 –así como el modelo de contrato con reglas sobre preaviso y periodo de prueba– del Convenio Colectivo para construcción y obras públicas de Pontevedra (BOP de 20 a 22 de marzo de 1980); arts. 36, 38, 41 in fine, así como modelo de contrato en el Convenio Colectivo de la construcción y obras públicas de Huesca (BOP de 27 de marzo de 1980); arts. 13 y 15, así como modelo de contrato, del Convenio Colectivo para construcción, obras públicas canteras y graveras, etc. de Madrid (BOP 1 de febrero de 1979); arts. 16 y 23 así como modelo del contrato del Convenio Colectivo para construcción y obras públicas de Burgos, suscrito el 16 de octubre de 1980 (BOP 5 y 6 de noviembre de 1980); art. 6 y modelo de contrato del Convenio Colectivo para obras públicas y derivados del cemento de Salamanca, suscrito el 9 de julio de 1980 (BOP 14 de julio de 1980).

¹⁹ Véase, por ejemplo, el art. 12 del Convenio Colectivo para Construcción y obras públicas de Jaén suscrito el 4 de febrero de 1980 (BOP de 13 de febrero de 1980).

²⁰ Suscrito el 24 de febrero de 1989, BOE n. 69, de 22 de marzo de 1989.

²¹ De 10 de abril de 1992, BOE n. 121 de 20 de mayo de 1992.

²² De hecho, el art. 18 del Acuerdo Marco Interprofesional del Sector de la Construcción de 28 de octubre de 1988 –BOE n. 305, de 21 de diciembre de 1988– ya reservaba a la negociación de ámbito general estatal la materia de “modalidades de contratación”.

²³ Véase Barreiro González, G-, Fernández Domínguez, J. J., “Contratación”, en: *AAVV Comentarios al convenio general de la construcción*, (dir. Valdés Dal-Ré, F.). Fundación Anastasio de Gracia, Madrid, 1993, págs. 127 y sig.

Ordenanza de 1970²⁴ –para eso sí, los trabajadores de obras de larga duración con más de dos años de servicio–, permitía ahora la articulación por esta vía de la prestación de servicios en distintos centros de trabajo de una misma provincia en un periodo máximo de tres años consecutivos ”previo acuerdo de las partes”²⁵ y sin que, obviamente, el trabajador pudiera ser destinado a otras tareas distintas de las especificadas en el contrato²⁶.

En cualquier caso, y más allá de otras cuestiones como la regulación de su forma escrita, el efecto de las paralizaciones temporales de las obras, la regulación de la causa de su extinción natural y la forma de comunicación de la misma con quince días naturales de antelación –así como la indemnización de un 4,5% de los

²⁴ Art.44 d) de la Ordenanza de 28 de agosto de 1970: “En los casos de construcción de larga duración, el personal fijo de obra con más de dos años al servicio de la Empresa y en la misma obra tendrá opción, al terminar ésta, entre pasar con carácter definitivo como fijo de plantilla en otras obras de la Empresa, si existieran en la misma o distinta localidad y si hubiera plaza en ellas, correspondiéndole en su caso los beneficios establecidos por los desplazamientos o bien dar por terminado su contrato con las indemnizaciones señaladas para los fijos de obra en el apartado c) de este artículo”.

²⁵ Sobre los problemas que esta modalidad planteó en nuestra doctrina y jurisprudencia véase, por todos, el interesante trabajo de Vicente Palacio, A., “El contrato fijo de obra en el sector de la construcción: sobre la previsión convencional de destinar al trabajador a obras distintas de las inicialmente contratadas ubicadas dentro de la misma provincia y por una duración máxima de tres años consecutivos. (Comentario a la STSJ Cataluña 21 octubre 1999 (AS 1999, 3351)” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 1999, n. 3 (BIB 1999\2092).

²⁶ Remarcan la obligación de ocupar al trabajador en las tareas señaladas como objeto del contrato (y solo excepcional y puntualmente en el desempeño de otras diferentes) diversas SSTS, por ejemplo, las de 20 de enero de 1998 (RJ 1998/4), 19 de julio de 1999 (RJ 1999/5797), 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7534) o 21 de enero de 2009 (RJ 2009/1831). Resumiendo la doctrina del TS, la STSJ de Galicia de 6 de octubre de 2005 (AS 2006/19) y la del mismo tribunal en fecha de 20 de octubre de 2008 (AS 2008/2549) “es reiterada la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que el contrato para obra o servicio determinado queda necesariamente unido a la realización de los trabajos que determinaron su nacimiento, de tal forma que se quebranta su naturaleza cuando los servicios se prestan no sólo para la obra en cuestión sino para otras distintas o ajenas a la misma, pudiendo ello determinar la fijeza en el empleo”. Ante la inconcreción de la obra objeto del contrato, este deviene en indefinido: STS de 26 de marzo de 1996 (EDJ 1720), STS de 19 de diciembre de 2014 (EDJ 255420), STS de 30 de junio de 2016 (EDJ 115099). En la STSJ del País Vasco de 30 de marzo de 2005 (AS 2005/2190) dilucida una situación contractual en la que se incumplen los dos presupuestos básicos de todo contrato fijo de obra (léase contrato para obra o servicio determinado): “ni se cumple en este supuesto el requisito de identificación suficiente de la obra o servicio [...] y que, en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no normalmente en tareas distintas”. Incidiendo en que la falta de concreción de las obras conlleva una “violación flagrante del principio de causalidad imperante en la contratación temporal”, la STSJ de Islas Canarias de 20 de septiembre de 2004 (AS 2004/2894); STSJ de Asturias de 24 de mayo de 2016 (JUR 2016/155333); STSJ de Galicia de 13 de octubre de 2017 (JUR 2017/287566).

conceptos salariales devengados–, seguramente y como decimos, lo más llamativo era sin duda que, a diferencia de lo establecido en los artículos 43.e) y 44.d) de la Ordenanza anterior, el art. 29 I CCGC no contemplaba ya ni la transformación del personal fijo de obra en fijo de plantilla por la prestación de servicios en distintos centros para la misma empresa durante dos años consecutivos, ni otorgaba esta misma opción al trabajador que, en el marco de obras de larga duración –superior a los dos años–, así lo decidiera, siempre que existiera plaza en la misma o distinta localidad. En la nueva regulación convencional, esta transformación solo se preveía para el segundo subtipo –de sucesivas obras en la misma provincia– y cuando se hubiera superado el plazo máximo de tres años sin comunicación escrita de su cese.

Desde esta perspectiva, las modificaciones de esta modalidad en los posteriores CGC de 1998²⁷ y 2002²⁸ fueron, al menos a nuestro juicio, menores. En el primero –art. 28–, ya que la misma se limitó, en esencia a la sustitución –en relación con la submodalidad para distintos centros en una misma provincia– de la genérica referencia anterior al “previo acuerdo” entre las partes, por la exigencia ahora de un “acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos” en línea seguramente con las matizaciones que en esta línea estableció la posterior STS (Social) de 30 junio de 2005²⁹; mientras que en el segundo no solo se introdujo un nuevo modelo en el Anexo IV, sino que también se articuló una reorganización de sus preceptos –art. 28– que clarificaba cómo, incluso en los supuestos de prestación de servicios en varios centros de la misma provincia, la causa natural de la finalización de tales contratos sería el advenimiento del término de momento incierto. De ahí que la tradicional transformación en fijo de plantilla por el mero transcurso de los tres años se flexibilizase al no producirse cuando tal prolongación fuera consecuencia de la simple prolongación de “los trabajos de su especialidad... más allá de dicho término”³⁰.

²⁷ De 28 de enero de 1998, BOE n. 133 de 4 de junio de 1998.

²⁸ De 12 de junio de 2002, BOE n. 191, de 10 de agosto de 2002. Sobre este convenio y su impacto en la negociación sectorial provincial, Doctor Sánchez-Migallón, R. “El contrato fijo de obra...”, cit., p. 3 y sig.

²⁹ Roj: STS 4379/2005 - ECLI: ES:TS:2005:4379, N° de Recurso: 2426/2004. Sobre la trascendencia de dicho cambio en el art. 28 II CCGC véase, por todos, Camps Ruiz, L.M. “El contrato de trabajo fijo de obra del sector de la construcción y disposiciones adicionales 1.ª.2 de la Ley 35/2010 y 3.ª de la Ley 23/2006”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2013, n. 33, p. 5.

³⁰ Véase, nuevamente, Camps Ruiz, L.M. “El contrato de trabajo fijo...”, cit., p. 7. Sobre los requisitos necesarios tras esta modificación para convertir al fijo de obra en fijo de plantilla véase Aragón Gómez, C., “El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?”, en *Relaciones Laborales*, 2008, Tomo I, págs. 197 y sig.

En cambio, donde sí se van a apreciar ya muy importantes alteraciones en estas materias es en el IV CCGC de 1 de agosto de 2007³¹ y, sobre todo, en el posterior acuerdo de 28 de marzo de 2011 –acta de reunión 2/2011³²– de la Comisión Negociadora del IV CCGSC que alterarán múltiples aspectos de ambas cuestiones. Sin entrar aquí en cuestiones relativas al reparto de materias entre las distintas unidades de negociación en la que el impacto de la doctrina judicial resultó evidente –piénsese en la STS de 27 de octubre de 2010³³ o incluso en la previa SAN de 5 de diciembre de 2003³⁴– parece meridianamente claro que las mismas responden, sobre todo, a las profusas y profundas modificaciones normativas, generales y sectoriales que, tanto antes de su aprobación como incluso después, durante su propia vigencia, afectaron a esta materia.

En este sentido, es cierto que la redacción original del art. 20 IV CCGC partía ya de lo establecido en la DA 3^a Ley 32/2006 que suponía, como se recordará, la aceptación legal de la capacidad de adaptación del contrato de obra o servicio por la negociación colectiva estatal, seguramente por las dudas que en su momento planteó su posible “descausalización”³⁵. Pero con estas premisas, lo cierto era que el texto inicial se limitaba en este punto a incorporar varias mejoras de estilo y correcciones de numeración en las remisiones, así como a destacar, en primer lugar, la existencia de un único contrato en el supuesto de sucesivas obras en una misma provincia –con lo que se intentaba impedir así, conjuntamente con la nueva delimitación locativa del puesto de trabajo en el art. 18, la aplicación del art. 15.5 ET introducido por el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio y por la Ley 43/2006,

³¹ De 22 de junio de 2007, BOE n. 197, de 17 agosto 2007.

³² Resolución de 12 de abril 2011, BOE 29 abril 2011, núm. 102, motivada por la Ley 35/2010 y la STS de 27 de octubre de 2010.

³³ Roj: STS 6234/2010 - ECLI: ES:TS:2010:6234, N° de Recurso: 53/2009.

³⁴ Roj: SAN 3354/2003 - ECLI: ES:AN:2003:3354, N° de Recurso: 157/2003 N° de Resolución: 98/2003.

³⁵ Téngase en cuenta que a través de la antes mencionada STS de 30 de junio de 2005 (RJ 2005/7791) se tuvo que desentrañar cuál era la verdadera naturaleza jurídica de esta submodalidad contractual. Así, recordemos que, a través de ese pronunciamiento se nos enuncia, “...dicha previsión convencional no diseña un nuevo contrato temporal al margen del art.15 ET, lo que, por lo demás, no podría hacer válidamente pues, pese a su condición normativa y a su carácter vinculante, el Convenio está obligado a respetar las normas legales de carácter mínimo necesario, y el art.15 lo es. Trata, simplemente, de evitar las cargas burocráticas que supondría la formalización de sucesivos contratos con un mismo trabajador, para ajustarse mejor a las necesidades de la empresa, a la vez que facilitar una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores”. En el mismo sentido –ahondando que estamos ante un contrato para obra o servicio determinado– la STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 1999 (AS 1999/3351) o del mismo Tribunal con fecha de 25 de julio de 2002 (AS 2002/2894); STSJ de Islas Canarias de 20 de septiembre de 2004 (AS 2004/2894).

de 29 de diciembre³⁶– y a ampliar, quizás por ello, la indemnización de salida hasta un 7% de los conceptos salariales devengados durante la vigencia del contrato³⁷.

En cualquier caso, y más allá del establecimiento de un porcentaje mínimo de trabajadores contratados con carácter indefinido en el art. 11 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, los principales problemas se suscitaron posteriormente cuando, primero el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio y, más tarde, por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre vinieron, en primer lugar, a limitar la duración de los contratos de obra o servicio determinado a tres años, ampliables doce meses más por convenio colectivo estatal (art. 15.1.a ET) y, sobre todo, cuando se procedió a extender la regulación de encadenamiento de contratos a los supuestos de distintos puestos de trabajo (art. 15.5 ET) con el posible efecto, evidente, sobre toda la arquitectura de esta modalidad contractual. De ahí, seguramente, que la Disposición adicional primera de la Ley 35/2010, en su segundo punto, señalara expresamente que “lo dispuesto en el artículo 15, apartados 1 a) y 5, y en el artículo 49, apartado 1 c), del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada a los mismos por esta Ley, se entiende *sin perjuicio* de lo que se *establece o pueda establecerse* sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”³⁸.

En esta tesitura, el Acta 2/2011 de la Comisión Negociadora³⁹ produjo una amplia renovación del mismo, que, partiendo de la habilitación legal para normar el contrato de obra o servicio en este sector, procedió, además, a “regular” –esta es la expresión utilizada por el texto convencional– “de forma específica el artículo 15.1.a) y 5” para este sector de actividad. Lo llamativo es que esta “regulación” se limitó a “clarificar”⁴⁰, sin ningún género de duda, la inaplicación de las reglas

³⁶ Véanse en este campo, las SSTs (Sala de lo Social) de 25 de mayo y de 15 de junio de 2011, (ECLI:ES:TS:2011:4668 y ECLI:ES:TS:2011:6197).

³⁷ Véanse, no obstante, las múltiples dudas que estas cuestiones planteaban en Nicolás Bernad, J.A., “Consideraciones sobre el contrato fijo de obra en el nuevo Convenio General del Sector de la Construcción para los años 2007-2011” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2008, n. 748 (BIB 2008\347). Igualmente, de forma muy crítica, Aragón Gómez, C., “El contrato fijo de obra...”, ult. op. cit.

³⁸ Sobre las modificaciones operadas entre la DA 1.2 del RDL 10/2010 y la misma de la Ley 35/2010, así como sobre las múltiples dudas que ambas normas planteaban nos remitimos a Luján Alcaraz, J., “El contrato fijo de obra del sector de la construcción en la reforma laboral de 2010”, en *Revista Doctrina Aranzadi Social*, 2010, n. 12 (BIB 2010\2144) y a la doctrina allí mencionada.

³⁹ De 28 de marzo de 2011, BOE n. 102, de 29 de abril de 2011.

⁴⁰ Desde una perspectiva crítica –si bien en relación con la redacción del posterior Convenio General de la Construcción–, véase Camps Ruiz, L.M. “El contrato de trabajo fijo...”, págs. 11 y sig.

generales sobre duración máxima del contrato de obra a las dos submodalidades, al mismo tiempo que se indicaba, expresamente, que “la contratación, con o sin solución de continuidad, para diferente puesto de trabajo mediante dos o más contratos fijos de obra con la misma empresa o grupo de empresas en el período y durante el plazo establecido en el artículo 15.5 E.T., no comportará la adquisición de la condición establecida en dicho precepto”.

Dada la fecha de esta modificación, es comprensible que el inmediatamente posterior V CCGC de 2012⁴¹ apenas aportara innovaciones en este campo, dando paso así a la versión actualmente vigente, establecida en el art. 24 del vigente VI CCGC de 21 de septiembre de 2017⁴², y que formalmente “regula de forma específica el artículo 15.1.a) y 5 y el artículo 49.c) del E.T. para el sector de la construcción”, si bien lo hace para provocar su inaplicación tanto en el caso del contrato para una sola obra, como de obras sucesivas en la misma provincia (art. 2.3, 4 y .5 VI CCGC). Por lo demás, el desarrollo convencional de esta materia por la negociación colectiva sectorial provincial es básicamente continuista con la establecida a nivel estatal, con algunas disonancias normalmente menores y a las que, por tanto, no podemos prestar mayor atención⁴³.

1.2. La consecuencia: la preponderancia de este tipo de contrato en un sector dotado de una altísima temporalidad

Sin entrar aquí en el análisis del complejo régimen jurídico de esta modalidad⁴⁴ –sobre el que solo volveremos más tarde, cuando ello resulte trascendente en relación con la nueva regulación incorporada por el RDL 32/2021–, por ahora nos limitaremos a señalar dos cuestiones aparentemente bien conocidas, pero que deben seguramente recordarse para enmarcar las causas y la importancia de esta reforma.

La primera, el hecho de que a través de este contrato, formalmente de obra o servicio determinado, se articuló una parte importantísima de la contratación en las obras españolas; una contratación, además, normalmente directa, ante el escaso

⁴¹ De 20 de enero de 2012, BOE n. 64, de 15 de marzo de 2012.

⁴² De 25 de julio de 2017, BOE n. 232, de 26 de septiembre de 2017.

⁴³ Nos remitimos a lo que ya señalamos en nuestro trabajo, de inminente publicación “Ingreso al trabajo y modalidades contractuales”, en AAVV *La negociación colectiva en el sector de la construcción* (dir. Calvo Gallego, F.J.), Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, págs. 286 y sig.

⁴⁴ Sobre el tema nos remitimos a los diversos estudios que sobre estas cuestiones han desarrollado, entre otros, Rodríguez Escanciano, S. “Sostenibilidad laboral en el sector de la construcción: la estabilidad en el empleo como premisa”, en *Temas Laborales*, núm 152, 2020, págs. 13 y sig.; Lantarón Barquín, D. “Contrato fijo de obra: fijación y revelado de una especial figura contractual en la era digital”, en *Labos*, Vol. 2, n. 2, págs. 43 y sig.

espacio que esta misma negociación sectorial dejó progresivamente a los contratos de puesta a disposición⁴⁵.

En este sentido, basta analizar la experiencia de estos últimos cuatro años –véase Tabla n.1– para detectar cómo el contrato fijo de obra –denominado en este caso, de obra o servicio– ha supuesto anualmente entre el 71 al 73% del total de la contratación anual en este sector de actividad, mientras que, por ejemplo, en el conjunto del sistema, esta misma modalidad “solo” representó el 39% de los contratos. Lo más llamativo, no obstante, no es solo este porcentaje, sino sobre todo, que el mismo se nutre básicamente no tanto de una reducción en el número de contratos indefinidos formalizados en el sector –que se situó, por ejemplo, en el año 2020 en un 10,2%, por encima incluso de la media para el conjunto de sectores, situada en un 9,7%–, sino por la reducción radical en el uso del contrato eventual. Baste recordar cómo mientras en el conjunto del sistema esta modalidad representaba el 42,5 % del total de la contratación, en el caso de la construcción, y para el año 2020, solo suponía un “raquítrico” –al menos a estos efectos comparativos– 15,4% del total de contratos.

Tabla 1. Contratos registrados en el sector de la construcción por duración y modalidad

AÑO	2017		2018		2019		2020	
	TOTAL	%	TOTAL	%	TOTAL	%	TOTAL	%
INDEFINIDOS	116.032	9,2%	141.367	11,1%	139.135	11,2%	111.324	10,2%
TEMPORALES	1.143.379	90,8%	1.134.096	88,9%	1.100.689	88,8%	979.437	89,8%
Obra o servicio	922.337	73,2%	913.062	71,6%	887.588	71,6%	798.831	73,2%
Eventuales	205.289	16,3%	204.559	16,0%	198.718	16,0%	168.429	15,4%
Interinidad	5.217	0,4%	5.153	0,4%	5.945	0,5%	6.224	0,6%
TOTAL	1.259.411	100,0%	1.275.463	100%	1.239.824	100%	1.090.761	100%

Fuente: Anuario de Estadísticas Laborales, Movimiento Laboral registrado (2017-2020) y elaboración propia

La segunda cuestión es igualmente bien conocida: la alta tasa de temporalidad presente en este sector de la actividad. Y ello ya que como puede observarse en la Tabla n.2, esta rama de actividad ha presentado tradicionalmente un porcentaje de temporalidad ciertamente alto, en torno al 35 o 40%, superando hasta el año 2020 en 10 puntos porcentuales a una media, ya alta, del sistema. De hecho, baste recordar cómo en el cuarto trimestre de 2008 casi la mitad de los asalariados de la

⁴⁵ Para un estudio en profundidad de esta cuestión nos remitimos al trabajo de Arévalo, T., Gómez D., Calvo J., “Caracterización general del Sector y de su evolución sociolaboral”, en *AVV La negociación colectiva en el sector de la construcción* (dir. Calvo Gallego, F.J.), Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, págs. 126 y sig.

construcción en España tenían este tipo de relación laboral y que a finales de 2020 esta cantidad se situaba por encima del 35%⁴⁶.

Tabla 2; Ocupados por tipo de contrato o relación laboral de los asalariados, sexo y sector económico cuarto trimestre (2008-2021)

	TOTAL ASALARIADOS		CON CONTRATO TEMPORAL		TASA TEMPORALIDAD		
	TOTAL	CONSTRUCCIÓN	TOTAL	CONSTRUCCIÓN	TOTAL	CONSTRUCCIÓN	DIFERENCIA
2008T4	16.477,2	1.660,4	4.569,8	748,5	27,7%	45,1%	17,3%
2009T4	15.724,6	1.369,7	3.921,9	593,8	24,9%	43,4%	18,4%
2010T4	15.554,7	1.164,6	3.835,4	469,9	24,7%	40,3%	15,7%
2011T4	15.150,5	943,8	3.756,9	359,8	24,8%	38,1%	13,3%
2012T4	14.288,7	751,2	3.260,0	259,9	22,8%	34,6%	11,8%
2013T4	14.093,4	674,1	3.334,3	228,4	23,7%	33,9%	10,2%
2014T4	14.483,1	706,1	3.511,1	269,3	24,2%	38,1%	13,9%
2015T4	14.988,8	725,3	3.846,2	304,9	25,7%	42,0%	16,4%
2016T4	15.385,4	768,9	4.072,9	326,1	26,5%	42,4%	15,9%
2017T4	15.922,6	827,3	4.252,2	339,0	26,7%	41,0%	14,3%
2018T4	16.453,6	936,0	4.419,5	386,4	26,9%	41,3%	14,4%
2019T4	16.846,1	953,4	4.397,9	363,9	26,1%	38,2%	12,1%
2020T4	16.241,5	944,1	4.000,7	333,5	24,6%	35,3%	10,7%
2021T4	16.974,2	948,0	4.308,5	314,5	25,4%	33,2%	7,8%

Fuente: EPA y elaboración propia

No entraremos aquí en un análisis de los múltiples efectos perjudiciales que un exceso de temporalidad supone tanto desde la perspectiva de la calidad en el empleo, como en la correcta gestión del factor humano e incluso en las evidentes externalidades de todo tipo –sociales y económicas– que esta cultura de la temporalidad conlleva. Por ello nos limitaremos tan solo a destacar aquí un dato igualmente deducido de estas estadísticas: la excesiva reactividad del sector a los cambios de ciclo económico o a efectos externos como pudieron ser no solo las crisis de 2008 y 2012 sino también la reciente pandemia⁴⁷.

⁴⁶ Por ello, no es extraño que varios autores se hayan planteado si realmente el contrato fijo de obra era o no un mecanismo de estabilidad en el empleo. Véase por todos, Aragón Gómez, C., “El contrato fijo de obra...”, ult. op. cit.

⁴⁷ Véanse, por ejemplo, Lantarón Barquín, D.: “Contrato fijo de obra...” cit., pág.44 –quien señala el impacto de la crisis sanitaria en un sector que desde 2014 había experimentado un leve repunte–, o Rodríguez Escanciano, S., “Sostenibilidad laboral...”, cit. pág. 17. Esta última autora

1.3. La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de junio de 2021, EV contra Obras y Servicios Públicos S.A. y Acciona Agua, S.A

Es este, en definitiva, el contexto en el que surge la que sin duda constituye la última pieza que pone en marcha todo este proceso de reforma: la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de junio de 2021, EV contra Obras y Servicios Públicos S.A. y Acciona Agua, S.A.⁴⁸.

La realidad que subyace en la misma es un buen ejemplo de los problemas que esta exclusión global de la principal regla destinada a evitar el uso reiterado de la contratación temporal puede causar: baste recordar que en este caso concreto el demandante había encadenado seis contratos temporales de este tipo, que se sucedieron sin interrupción desde enero de 1996 a septiembre de 2017; esto es, veintiún años de contratos temporales sin posibilidad legal o convencional de alcanzar la fijeza de plantilla –el carácter indefinido en la terminología común–, a pesar del carácter evidentemente continuado de la prestación y, por tanto, de la necesidad empresarial que estaba llamado a cubrir⁴⁹.

Pues bien, sin entrar aquí en otras cuestiones de interés que suscita igualmente esta sentencia, parece evidente que el núcleo de su argumentación –repetimos a los

se detiene en los efectos que, para el sector, conllevó la declaración del estado de alarma decretado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

⁴⁸ Asunto C-550/19; ECLI:EU:C:2021:514. Sobre la misma puede consultarse De Val Tena, A.L., “El contrato temporal fijo de obra en el sector de la construcción: límites al encadenamiento de contratos y sucesión de empresa. Comentario a la STJUE de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19)”, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*. Laborum. Núm.1 (4º Trimestre 2021); Rojo Torrecilla, E., “UE. Límites a la utilización del contrato “fijo de obra” en el sector de la construcción en España. Notas a la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2021 (asunto C-550/19)” en el Blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 24 de junio de 2021, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/06/ue-limites-la-utilizacion-del-contrato.html>. La conexión entre esta sentencia y la reforma se destaca igualmente por Nogueira Guastavino, M.. “En búsqueda de la estabilidad perdida: la reforma de los fijos discontinuos y del contrato “fijo” de obra en el sector de la construcción”, en *Almacén de Derecho*, 10-1-2022, disponible en <https://almacenederecho.org/en-busqueda-de-la-estabilidad-perdida-la-reforma-de-los-fijos-discontinuos-y-del-contrato-fijo-de-obra-en-el-sector-de-la-construccion> o, por señalar un último ejemplo, Beltran de Heredia Ruiz, I., “RD Ley 32/2021 y el contrato indefinido adscrito a obra (Ley 32/2006): dudas de constitucionalidad y motivos para una (eventual) cuestión prejudicial”, 24 de enero de 2022, disponible en <https://ignasibeltran.com/2022/01/24/rdley-32-2021-y-el-contrato-indefinido-adscrito-a-obra-ley-32-2006-dudas-de-constitucionalidad-y-motivos-para-una-eventual-cuestion-prejudicial/>.

⁴⁹ De Val Tena A.L.: “El contrato temporal fijo de obra...”, cit. pág. 153: “lo cierto es que, como apunta el TJUE, no respetar los límites temporales del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a la duración máxima del contrato para obra o servicio determinado, por más que se denomine contrato “fijo de obra”, o para limitar el encadenamiento de contratos temporales, sin fijar otras

efectos que aquí interesan— se centra en los apartados 46 y siguientes de la misma y se articula en torno a cuatro premisas de las cuales tres ya habían sido fijadas claramente con anterioridad.

La primera se centra en la conocida imposibilidad de excluir de las reglas del Acuerdo Marco y, en especial, de la cláusula quinta, destinada a evitar el uso recurrente de la contratación temporal, a ciertos sectores o a determinadas ocupaciones o actividades por el mero hecho de que los contratos de duración determinada fuesen característicos del empleo en las mismas. No es, como decimos, una idea nueva. De hecho, forma parte de las cláusulas de estilo de la jurisprudencia europea en esta materia el señalar cómo la configuración e interpretación, ciertamente amplia, de su ámbito de aplicación, conduciría a la conclusión según la cual “el Acuerdo marco no excluye ningún sector particular de su ámbito de aplicación”⁵⁰. Por tanto, el carácter tradicionalmente temporal de las relaciones laborales en algún sector —por poner solo un ejemplo, ciertamente cercano al nuestro, el de los artistas en espectáculos públicos— no sería bastante para poder negar sin más la aplicación de las reglas destinadas a evitar este uso abusivo y recurrente de la contratación temporal⁵¹. Es cierto, como también ha destacado el Tribunal, que los Estados miembros tienen la posibilidad “de tener en cuenta las necesidades particulares de los distintos sectores de actividades y/o de las categorías de trabajadores de que se trate”, pero solo a la hora de determinar la existencia de razones o motivos objetivos que justifiquen esta utilización sucesiva de contratos temporales⁵², pero nunca, como decimos, para una exclusión global e incondicionada de las exigencias impuestas, en especial, por la cláusula 5 del Acuerdo incorporado a la Directiva 1999/70⁵³.

La segunda premisa —igualmente reiterada hasta casi la saciedad en esta misma jurisprudencia— asume que, a pesar del indudable margen de apreciación que poseen los Estados miembros en la determinación de la medida o medidas reflejadas en

medidas equivalentes para prevenir los abusos en la contratación, se opone al objetivo de la Directiva 1999/70/CE”.

⁵⁰ Por todas, STJ (Sala Tercera) de 26 de noviembre de 2014, Mascolo, asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, ECLI:EU:C:2014:2401, apartado 69. Muy recientemente STJ (Sala Segunda) de 13 de enero de 2022, YT, asunto C-282/19, ECLI:EU:C:2022:3, ap. 70.

⁵¹ Véanse, obviamente, STJ (Sala Tercera) de 26 de febrero de 2015, Comisión contra Luxemburgo, C-238/14, ECLI:EU:C:2015:128 y STJ (Sala Décima) de 25 de octubre de 2018, Sciotto, asunto C-331/17, ECLI:EU:C:2018:859.

⁵² STJ (Sala Segunda) de 13 de enero de 2022, YT, asunto C-282/19, ECLI:EU:C:2022:3, ap. 80 y la jurisprudencia allí mencionada.

⁵³ Por todas, STJ (Sala Segunda) de 7 de septiembre de 2006, Marrosu, asunto C-53/04, ECLI:EU:C:2006:517, apartado 45.

la cláusula 5 del Acuerdo Marco⁵⁴, no cabría considerar como justificación de este uso una norma que, de forma general y abstracta, con carácter meramente formal, permitiese esa reiteración de contratos sin identificar los criterios objetivos y transparentes que posibilitarían verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable a tal efecto desde una óptica cercana, evidentemente, al principio de proporcionalidad⁵⁵. Por tanto, concluimos nosotros, la mera existencia de las comentadas normas legales y su desarrollo convencional no sería suficiente, al menos a los efectos aquí señalados.

Finalmente, y en tercer lugar, el Tribunal de Justicia se reitera en que, como ya hemos avanzado, estas razones objetivas a las que se refiere la cláusula quinta, punto 1 letra a) del acuerdo, podrían referirse a circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada; y que tales circunstancias podrían tener a su vez su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales contratos y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, a la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro⁵⁶.

La cuestión, por tanto, se centra en conocer si en este caso concreto la sucesión de obras de construcción, con autonomía y sustantividad propia, por su propia naturaleza y las características inherentes a la misma podría ser considerada como una razón objetiva que justificaría esta reiteración de contratos temporales. Y es aquí donde el Tribunal apunta no ya a la obra o servicio como causa de contratación

⁵⁴ STJ (Sala Segunda) de 13 de enero de 2022, YT, asunto C-282/19, ECLI:EU:C:2022:3, apartado 79 y jurisprudencia allí citada.

⁵⁵ Por todas, STJ (Sala Segunda) de 26 de enero de 2012, Küçük, asunto C-586/10, apartado 29 y más recientemente STJ (Sala Segunda) de 13 de enero de 2022, YT, asunto C-282/19, ECLI:EU:C:2022:3, ap. 94. "En cambio, una disposición nacional que se limitara a autorizar de manera general y abstracta, a través de una norma legal o reglamentaria, la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no se ajustaría a las exigencias que se han precisado en el anterior apartado de la presente sentencia. En efecto, una disposición de esta naturaleza, de carácter meramente formal, no permite deducir criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Por tanto, tal disposición entraña un riesgo real de utilización abusiva de este tipo de contratos, por lo que no es compatible ni con el objetivo ni con el efecto útil del Acuerdo Marco (sentencia de 24 de junio de 2021, Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua, C-550/19, EU:C:2021:514, apartados 60 y 61 y jurisprudencia citada)".

⁵⁶ Véase STJ (Sala Tercera) de 26 de noviembre de 2014 antes citada, apartado 87 y jurisprudencia allí citada.

temporal⁵⁷, sino a su ineficacia como único mecanismo para evitar un uso abusivo de la contratación temporal sucesiva, en especial, ante la ausencia de cualquier otra medida –en especial, añadimos nosotros, la aplicación del art. 15.5 ET–. De hecho, es esa ausencia la que justificará la situación del concreto demandante. Y ello porque la misma “permite renovar los contratos «fijos de obra» indefinidamente” legitimando así una situación en la “que dicho trabajador en realidad desempeña de modo permanente y estable tareas que forman parte de la actividad ordinaria de la entidad o de la empresa que lo emplea”.

Más allá de destacar que para el Tribunal la singular cuantía de la indemnización en estos casos no parece permitir alterar esta interpretación –básicamente por que el Tribunal la examina, no ya tanto como un elemento configurador de una singular modalidad, intermedia entre el temporal y el indefinido, sino como posible sanción suficientemente disuasoria de un uso irregular; una finalidad esta que dicha indemnización obviamente no tiene⁵⁸, seguramente la conclusión fundamental que cabe extraer de la sentencia es la ruptura con al menos una de las dos lógicas que junto con la interinidad han caracterizado históricamente la contratación temporal española.

En este sentido, y dejamos a un lado la interinidad, es bien conocido cómo tradicionalmente la temporalidad en nuestro sistema se ha justificado por dos lógicas o perspectivas esenciales. La primera, distinguía, y aun distingue, entre la actividad permanente, ordinaria y estable de la empresa y los incrementos imprevisibles o las necesidades puntuales y excepcionales (las famosas oscilaciones) de la misma, limitando a estas últimas el campo de la contratación temporal. Esta lógica es la que nutre al contrato eventual tradicional, ya se denomine este por circunstancias del mercado o por circunstancias de la producción.

En cambio, la segunda lógica consideraría tradicionalmente que, con independencia de su carácter estable o permanente, la simple posibilidad de fraccionar la actividad de la empresa en obras o servicios determinados, con autonomía y sustantividad propia y limitados en principio en el tiempo, permitiría utilizar la contratación temporal como mecanismo de gestión contractual aunque, de facto, la continua sucesión de encargos temporales similares, aun de distinta

⁵⁷ De hecho, hace ya tiempo que el propio Tribunal ha venido señalando que: “el Acuerdo marco no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos por tiempo indefinido, ni pretende armonizar todas las normas nacionales relativas a los contratos de trabajo de duración determinada” - Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 18 de octubre de 2012, Valenza, asuntos acumulados C-302/11 a C-305/11. ECLI:EU:C:2012:646, ap. 63.

⁵⁸ Apartados 73 y 74. Para Rojo Torrecilla, op. cit, “La Sala deja en manos del órgano jurisdiccional nacional remitente la respuesta, si bien me parece que será negativa a partir de la propia jurisprudencia del TJUE en casos anteriores en los que se ha resuelto que la indemnización debe ser suficientemente “efectiva y disuasoria” para la garantizar la efectividad de la cláusula”.

procedencia u origen, permitieran su consideración como parte de la actividad habitual, ordinaria o incluso permanente de la empresa.

Es esta segunda interpretación la que se articuló a través del contrato temporal de obra o servicio determinado, especialmente en el marco de la jurisprudencia singularmente permisiva de los años noventa, y que tuvo su punto de inflexión en la conocida y rectificadora STS (Sala de lo Social) n. 983/2020, de 10 de noviembre⁵⁹. Y fue esta misma lógica la que justificó esta situación en el sector de la construcción, asentando una regulación que, además, contrastaba significativamente con lo que ocurría en las viejas ordenanzas laborales en las que, como se recordará, la utilización sucesiva de contratos fijos en obras durante cuatro o dos años, o incluso –aunque con matices inicialmente– de una obra o servicio de larga duración superior a estos plazos, conducían a su consideración –aunque en algún momento solo económica– como fijo de plantilla.

Pues bien, seguramente lo más importante de esta jurisprudencia es que el Tribunal no entra a valorar ciertamente la consideración de esta obra o servicio determinado como posible causa que justifique la temporalidad del contrato. De hecho, no debe olvidarse que cuando el propio Acuerdo define al trabajador temporal hace referencia específicamente y entre otras, a “la realización de una obra o servicio determinado” –cláusula 3.1– como instrumento de fijación del término resolutorio que los caracteriza. Por tanto, y a pesar de lo que pueda señalarse en alguna exposición de motivos, no creemos que esta Sentencia deba considerarse como un ataque frontal o cuestionamiento a la propia configuración del contrato de obra o servicio determinado como posible causa de temporalidad. Lo que en cambio sí se rechaza es su simple consideración aislada como posible justificación de la reiteración de los mismos sin entrar a valorar cuál es la actividad habitual de la empresa y, sobre todo, cuándo esta reiteración refleja su consideración como mecanismo de cobertura de necesidades ordinarias de la empresa⁶⁰. Y aquí sí que la sentencia supone una ruptura con la lógica nacional anterior al exigir implícitamente que, a través de estos contratos, no se cubra una necesidad permanente y estable

⁵⁹ ECLI:ES:TS:2020:3833.

⁶⁰ Véase Beltrán De Heredia Ruíz, I.: (28 de junio de 2021). El contrato “fijo de obra” y cultura de la temporalidad y efectos de la subrogación en contratos temporales (STJUE 24/6/21, C-550/19). *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. <https://ignasibeltran.com/2021/06/28/el-contrato-fijo-de-obra-y-cultura-de-la-temporalidad-y-efectos-de-la-subrogacion-en-contratos-temporales-stjue-24-6-21-c-550-19/> quien señala expresivamente cómo: “sorprende que, de nuevo, sea una sentencia del TJUE (estimulado por una CP) la que, como si de un espejo se tratara, nos vuelva a “desvelar” la existencia de una patología que (si me permiten la expresión) teníamos delante de nuestras narices. De hecho (como ha sucedido en otras ocasiones), parece que, al cronificarse, la habíamos “normalizado” y, al hacerlo, nos era invisible... Es obvio que la remisión legal a la negociación colectiva para “modular” el contrato de obra y servicio para este sector (DA 3ª ET y DA 3ª Ley 32/2006) no puede erigirse en un instrumento que posibilite el abuso en la temporalidad”.

de la empresa, por mucho que esta tenga autonomía y sustantividad propia y esté limitada en el tiempo.

Como hace pocos días resaltaba el propio Tribunal de Justicia es cierto que “la contratación temporal de un trabajador para atender necesidades provisionales y específicas del empleador en términos de personal puede, en principio, constituir una «razón objetiva», en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco”; que esta proporción de trabajadores temporales “depende de múltiples factores, algunos de los cuales, en cierta medida, pueden ser difícilmente controlables o previsibles” haciendo que en ciertos sectores muestren “una necesidad particular de flexibilidad que... justifica de manera objetiva, en este sector específico, con respecto a la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco, la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada para responder adecuadamente...al riesgo de tener que contratar a un número... significativamente superior al realmente necesario para cumplir sus obligaciones en esta materia”⁶¹. Pero sin que, en cambio, fuera “admisible” –y esto es lo importante– “que puedan renovarse contratos de trabajo de duración determinada para desempeñar, de manera permanente y estable, tareas propias de la actividad normal del sector”.

Y ello ya que, como en reiteradas ocasiones ha declarado el Tribunal de Justicia, la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir *necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable* (la cursiva es nuestra), no está justificada conforme a la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco, en la medida en que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la que se basa dicho Acuerdo Marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades⁶².

De ahí, al menos a nuestro juicio, la necesidad de olvidar ya la mera autonomía y sustantividad de la obra o servicio limitada en el tiempo como hipotética justificación exclusiva de la reiteración ilimitada de contratos temporales y acudir solo al carácter no permanente o estable en el volumen normal de la empresa, a su finalidad destinada a atender “necesidades provisionales y específicas del empleador en términos de personal”, en la lógica, por lo demás, que creemos también impregna el RDL 32/2021.

⁶¹ STJ (Sala Segunda) de 13 de enero de 2022, YT, asunto C-282/19, ECLI:EU:C:2022:3, apartado 102 y siguientes, así como la jurisprudencia allí citada.

⁶² TJ (Sala Segunda) de 13 de enero de 2022, YT, asunto C-282/19, ECLI:EU:C:2022:3, apartado 105 y la jurisprudencia allí citada.

2. LA REFORMA DEL RDL 32/2021

Pues bien, es este el contexto en el que se produce la reforma de todo este marco regulador; una reforma aparentemente drástica en lo formal y estadístico, aunque quizás de un menor calado en lo material⁶³, y que sin duda suscita múltiples cuestiones no solo en relación con su nuevo régimen jurídico, sino también en el campo del siempre complejo derecho transitorio.

2.1. La derogación del sistema anterior y la situación transitoria

En este sentido, y por lo que se refiere al último de estos dos ámbitos, las dificultades proceden, básicamente, de los cambios acaecidos en esta sede entre lo que inicialmente recogían los últimos textos que disponemos del acuerdo entre los interlocutores sociales y el gobierno, y las reglas transitorias y de entrada en vigor que definitivamente vieron la luz, tanto en la Disposición derogatoria única, como la Disposición Final octava punto 1, 2.b) y f) del mencionado Real Decreto-ley 32/2021.

En este sentido, y como es bien sabido, las previsiones iniciales en los últimos textos que disponíamos del proceso negociador eran que la eliminación tanto del contrato de obra como del resto normas del ordenamiento que se referían al mismo –incluido, obviamente, el contrato fijo de obra– sería instantánea y, podríamos decir, casi radical y exhaustiva. Baste recordar cómo en aquellos textos se preveía una inmediata entrada en vigor de las reformas legales y, en especial, de la nueva redacción del art. 15 ET; la correlativa derogación, igualmente inmediata, de cualquier otra referencia indirecta en nuestro ordenamiento a esta misma modalidad contractual, y, todo lo más, la mera pervivencia de los contratos de este tipo formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo, tanto al amparo del art. 15.1.a) ET como del contrato fijo de obra del art. 24 CCGC, hasta eso sí, su duración máxima⁶⁴.

Sin embargo, basta una breve lectura del texto definitivamente publicado en el BOE para constatar cómo, seguramente por mera necesidad, buena parte de estas cuestiones han sido matizadas o abiertamente alteradas en el texto final del RDL 32/2021, dando lugar a una realidad en la que esta misma derogación material del

⁶³ Véase, por ejemplo, la documentada opinión de una experta en este campo como Aragón Gómez, C., “Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos”, en *Labos*, 2022, Vol. 3 págs.43 y sig.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, el texto del acuerdo social alcanzado el 22 de diciembre de 2021 y publicado en el recomendable blog del Prof. Rojo Torrecilla, E. “Reforma laboral 2021. Texto comparado de la normativa vigente y del acuerdo alcanzado el 22 de diciembre”, publicado el 26 de diciembre de 2021 y disponible el 1 de marzo de 2022 en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/search?updated-max=2021-12-30T11:54:00%2B01:00&max-results=5&start=1&by-date=false>.

contrato de obra o servicio determinado no ha sido finalmente ni tan rápida, radical y abrupta como inicialmente se nos anunciaba, ni, en segundo lugar, tan intensa, completa y exhaustiva como en un principio se nos vaticinaba (singularmente en el campo de la Administración Pública, aspecto este que, obviamente, no podemos abordar aquí).

Sin entrar aquí en otras cuestiones, nos limitaremos por ahora a destacar cómo por lo que se refiere, en primer lugar, a la perspectiva temporal, es bien conocido que la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 15 ET –y, por tanto, la desaparición de esta modalidad como instrumento habilitante de la contratación temporal– se ha visto postergada en el texto final de la norma hasta el 30 de marzo de 2022; esto es, hasta tres meses después de la publicación en el BOE de la nueva norma –DF 8.2.b) RDL 32/2021–. Del mismo modo que esta misma disposición en su letra f) ha retrasado durante tres meses la entrada en vigor del apartado 3 de la disposición derogatoria que conducía a la extinción de cualquier disposición referida a los contratos temporales previstos en el artículo 15.1.a) ET y, en particular, en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades y en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

El problema es que –más allá de recordar cómo esta amplia *vacatio legis* obligará a justificar la extraordinaria y urgente necesidad de esta norma más por las exigencias de plazos ante la Unión Europea y por la fijación de un régimen transitorio directamente aplicable (DT 4 RDL 32/2021) que por la urgencia de una aplicación normativa en buena parte aplazada⁶⁵– este retraso en la entrada en vigor y en la correlativa derogación de las normas anteriores referidas al contrato de obra o servicio no se ha extendido, al menos literalmente, al artículo segundo del RDL 32/2021 que modifica la Disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción. Por ello, salvo error u omisión por nuestra parte, esta norma sí está en vigor a partir del 31 de diciembre de 2021, lo que plantea múltiples dudas sobre el régimen transitorio que, como decimos, concluirá el 30 de marzo de 2022.

Y ello ya que, en este contexto, se abren dos posibilidades radicalmente antitéticas. La primera considerar que, más allá de las dudas sobre la vigencia o no del art. 24 del VI CCGC –ya que la derogación de las referencias al art. 15.1.a) ET contenidas en cualquier norma del ordenamiento jurídico, prevista en la Disposición derogatoria única punto 3 del RDL 32/2021, solo entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE–, resultaría indiscutible que el art. 15.1.a) ET sí estaría vigente, al menos hasta la fecha antes mencionada. Por tanto, y más allá de si la simple desaparición de la anterior habilitación legal para la

⁶⁵ Sobre el tema nos remitimos al profundo estudio de Carmona Contreras, A., “Estibadores, Unión Europea y Decreto-Ley: tres actores de reparto para una obra jurídicamente compleja”, en *Temas Laborales*, 2018, n. 142, págs. 33 y siguientes.

“adaptación” del contrato de obra o servicio supondría también la desaparición de una norma convencional anteriormente aceptada por nuestra jurisprudencia⁶⁶, lo que sí cabría sostener es que la ejecución de una obra en el sector de la construcción encajaría al menos –incluso por el origen histórico del precepto– entre las obras o servicios determinados con autonomía y sustantividad propia y limitados en el tiempo a los que aún hoy, en el momento de cerrar estas líneas, sigue refiriéndose el art. 15.1.a) ET. De ahí que desde esta primera interpretación nada cabría objetar a la aplicación también al sector de la construcción de contratos de obra o servicio, limitando, eso sí, su duración máxima a los seis meses que señala la DT 4 RDL 32/2021 y con todas las dudas que la inaplicación del art.15.5 ET puede plantear ante la actual jurisprudencia europea.

Ahora bien, dada la vigencia inmediata y la aplicación directa de la nueva Disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, también cabría sostener que esta interpretación podría dar lugar a una situación casi esquizofrénica, al permitir a los contratos suscritos durante estos tres meses una valoración radicalmente distinta de un mismo evento, la finalización de la obra, ya sea como un término resolutorio de un contrato temporal, ya sea como una causa de activación del complejo proceso previsto en la nueva DA 3 Ley 32/2006. De ahí que cupiera también sostener una segunda interpretación en virtud de la cual la inmediata entrada en vigor de la nueva regulación de la mencionada DA 3 Ley 32/2006 habría supuesto, al menos para este sector, la imposibilidad de considerar estas obras de la construcción como causa habilitante para la formalización de contratos, ya sea fijo de obra, o incluso de obra o servicio, aún al amparo de la DT 4 RDL 32/2021.

En cualquier caso, y dejando a un lado esta controvertida cuestión, tampoco resulta totalmente clara la situación de los contratos fijos de obra que, vigentes el 31 de diciembre de 2021, extienden sus efectos más allá de esa fecha. Es cierto que la norma señala que mantendrán su vigencia hasta su duración máxima, en los términos recogidos en su normativa legal y convencional entonces vigente. Y que, por tanto, cuando se trate de un fijo de obra para una única obra la finalización de la obra supondrá lógicamente la extinción de la relación. El problema, como se intuirá fácilmente, aparece en el caso del contrato o contratos para sucesivas obras al amparo de la posterior aceptación expresa del trabajador. Y ello ya que en

⁶⁶ De hecho, esta última interpretación podría incluso apoyarse si tenemos en cuenta la distinta redacción de las Disposiciones transitorias tercera, punto 1 y cuarta del RDL 32/2021. Y ello ya que mientras la primera norma sí hace referencia expresa tanto a los contratos de obra o servicio como a los contratos fijos de obra suscritos en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 del Convenio Estatal de la Construcción antes del 31 de diciembre de 2021 para regular su régimen transitorio, la segunda norma, relativa a los contratos celebrados entre el 31 de diciembre hasta el 30 de marzo de 2022, solo hace referencia a los contratos de obra o servicio determinado, y no a los fijos de obra, quizás ya que en la lógica del legislador estos últimos no habrían podido ser suscritos después de la primera de ambas fechas.

estos casos esta modalidad ha podido verse tradicionalmente ya sea como un único contrato o como un contrato “programa” que preveía la posibilidad de distintos y sucesivos contratos en su seno, cada uno de ellos para una obra sucesiva⁶⁷. La distinción es importante ya que, en el primer caso, cabría sostener la viabilidad de sucesivos encargos hasta el agotamiento del plazo temporal de tres años. En cambio, de acoger la segunda interpretación, podría sostenerse que, una vez agotada la obra en la que se prestaban servicios en el momento de entrada en vigor de la reforma, el contrato se extinguiría, sin posibilidad de “extenderlo” ni mediante acuerdo expreso a otras obras de la misma provincia.

La cuestión, como decimos, puede provocar algunas dudas, aunque al menos en nuestra opinión, la clara opción del artículo 24 VI CCGC de considerarlo como un único contrato –“manteniéndose el carácter de único contrato”– y la remisión de la DT 3 a estas mismas reglas convencionales –“en los términos recogidos en los citados preceptos”– nos induce a considerar que en este segundo tipo de contrato la relación podrá extenderse a nuevas obras de la misma provincia en el plazo de tres años consecutivos desde su estipulación. Pero, como decimos, tampoco esta cuestión es diáfana, como una muestra más del auténtico semillero de problemas en los que se ha convertido la aplicación de las normas transitorias del RDL 32/2021.

2.2. La nueva regulación de la Disposición Adicional tercera de la Ley 32/2006

2.2.1. Del objeto y técnica de regulación: de la causa de extinción a la (aparente) desaparición de una modalidad contractual

Sea como fuere, y entrando ya en el análisis de la nueva regulación legal, lo primero que seguramente llama la atención de este nuevo precepto es que, a diferencia de su antecesora, la actual redacción de la DA 3 Ley 32/2006 no establece ni contempla una mera remisión a la negociación colectiva sectorial estatal. Muy al contrario, lo que incluye ahora la norma es una regulación legal, casi completa y exhaustiva que, en realidad, deja poco espacio –aunque alguno ciertamente deja– a una labor complementaria de la misma por parte de la autonomía colectiva o, más concretamente, del Convenio General del Sector de la Construcción al que, al menos implícitamente parece remitirse normalmente⁶⁸.

⁶⁷ Esta discusión fue especialmente recurrente en relación con la aplicación o no del art. 15.5 ET. Por brevedad, permítansenos remitirnos al excelente resumen y a la amplia bibliografía recogida en Aragón Gómez, C., “Del contrato fijo de obra...”, cit., págs. 48 y sig.

⁶⁸ Este cambio de lógica fue destacado igualmente por los primeros comentaristas de esta reforma. Véase, por ejemplo, Nogueira Guastavino, M., “En búsqueda de la estabilidad...”, ult. op. cit.

La razón de este cambio de perspectiva y técnica seguramente debe encontrarse en el cambio material de la sede o institución sobre la que se actúa. Y ello ya que, lejos de limitarse a aceptar una nueva modalidad contractual, permitiendo su adaptación y regulación específica –como hacía la anterior redacción legal⁶⁹–, lo que hace ahora el nuevo texto es establecer una nueva causa de extinción por muy sectorial que, como veremos, sea; un campo este, el de la extinción, en el que, como se comprenderá, la capacidad reguladora de la negociación colectiva se encuentra mucho más limitada.

De esta forma, además, la nueva norma parecería ajustarse a la lógica reductora del número de modalidades que claramente inspira a la reforma. Formalmente la reforma eliminaría así una modalidad –la del fijo de obra–, incluyendo en cambio una nueva causa de extinción.

Pero, en realidad, si se observa con mayor profundidad, este resultado es, al menos a nuestro juicio, mucho más formal que material. Y ello ya que, al incorporar esta “nueva” causa de extinción, la norma no lo hace de manera genérica, para todo el sector de la construcción, sino para un concreto tipo de relación laboral que denomina ahora “contrato de trabajo indefinido adscrito a obra” y que, por tanto, se configura materialmente como una modalidad contractual indefinida, caracterizada, además, y como la anterior, por el impacto que sobre la misma tendrá la finalización de la obra⁷⁰.

2.2.2. La delimitación de la nueva modalidad contractual

Desde estas premisas, de lo que no cabe duda alguna es de que esta modalidad –repetimos, única para la que está prevista legalmente esta causa de extinción– viene delimitada tanto funcional como objetivamente.

⁶⁹ Y, por cierto, sigue haciendo, salvo error u omisión por nuestra parte, la Disposición adicional tercera del Estatuto de los Trabajadores que, no obstante, ha perdido de manera sobrevenida su sentido originario, no solo por su mención al texto original de la Disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, sino por centrar su contenido en un contrato fijo de obra que debe considerarse derogado, al menos con total seguridad desde el 30 de marzo de 2022.

⁷⁰ Lo que no aclara la norma, ni podemos detenernos aquí a analizar –al ser objeto de otro trabajo en este monográfico–, es la relación que juega esta modalidad con, sobre todo, el contrato fijo discontinuo, más aún tras la nueva y amplia regulación del mismo en el RD 32/2021. En otras palabras, si, por ejemplo, sería posible formalizar un contrato fijo discontinuo en el sector de la construcción, sometido a las reglas del nuevo art. 16 ET, considerando periodo de actividad la contratación, por ejemplo, de sucesivas obras o actividades por la empresa subcontratista o si, por el contrario, se considera que esta regulación absorbe y excluye por sectorial y específica a la general establecida en el ET. A nuestro juicio, dado el papel nuclear que el art. 16 ET atribuye a los convenios sectoriales en la definición de cuestiones esenciales en el régimen de esta modalidad, especialmente en el art. 16.4 ET, deberemos seguramente esperar al desarrollo de estas cuestiones en el nuevo Convenio General de la Construcción para abordar con mayor seguridad la cuestión.

En primer lugar, funcionalmente, en la medida en la que solo está prevista, como decimos, para contratos indefinidos en el ámbito de las “empresas del sector de la construcción”. La delimitación de este sector parece hacerse así mediante una genérica remisión al ámbito funcional del Convenio General del Sector de la Construcción, siendo, al menos a mi juicio, una delimitación abierta a las posibles adaptaciones y ampliaciones que esta misma norma general pudiera experimentar, ya sea en su articulado (art. 3 CCGC), o en el correspondiente Anexo (Anexo I), como consecuencia, normalmente, de la incorporación de nuevas actividades o ámbitos de negocio⁷¹.

No obstante, este mismo carácter sectorialmente limitado plantea inmediatamente la duda sobre qué ocurrirá con aquellos otros sectores cubiertos por convenios sectoriales distintos, pero que quizás por abarcar ciertos grupos o clases de la actividad F del CNAE, han desarrollado igualmente una modalidad contractual similar al contrato fijo de obra; baste pensar en lo que acontece actualmente con el art. 22 del III Convenio colectivo Estatal de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal⁷². Pues bien, en principio, la norma legal parece clara, sin que establezca la posibilidad de ampliaciones convencionales de su ámbito funcional por Convenios Generales distintos al de Construcción. Cuestión distinta, obviamente, es que la lógica que inspira a este precepto acabe también intentando trasladarse a otros sectores mediante un intento de recepción de su propia regulación convencional, aunque ahora, seguramente, bajo la figura del contrato fijo-discontinuo. El único problema en este caso sería la relación con el despido colectivo que en la DA 3 de la Ley 32/2006 sí aparece abordada, aunque ello sea, al menos a nuestro juicio, otro auténtico semillero de problemas. Pero no avancemos acontecimientos.

Por ahora nos interesa resaltar como junto a esta delimitación funcional, resulta esencial, nuevamente, una delimitación contractual y objetiva. Y ello ya que esta causa no juega ni resulta aplicable a todos los contratos en este sector de actividad. Tan solo resulta aplicable para los contratos indefinidos –y no, por tanto, para otras modalidades como los contratos en prácticas o de formación, etc.– que la norma, como decimos, denomina además como “adscritos a obra”.

En este sentido, esta misma norma comienza incorporando una delimitación ciertamente amplia de tales contratos al considerar como tales a todos aquellos pactos cuyo objeto sea, no solo una “tarea”, sino también un “servicio” –lo que

⁷¹ Sobre el ámbito funcional de este Convenio y sus zonas de fricción con otras unidades negociales nos remitimos a lo que en su momento señalamos en “Breve reseña de la evolución en la regulación convencional y legal del sector y la progresiva decantación de su ámbito funcional”, en AAVV, *La negociación colectiva...*, cit., en especial págs. 53 y sig.

⁷² Resolución de 11 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, BOE núm. 304, de 19 de diciembre de 2019. No obstante, obsérvese que esta modalidad no excluía ni pretendía excluir la aplicación del art. 15.1.a) y 15.5 ET al no contar con la correspondiente base legal.

parece intentar incluir todo tipo de prestaciones, ya sean físicas como intelectuales—, con la única condición de que tanto su “resultado”, como, obsérvese, su “finalidad” “estén vinculados a obras de la construcción”.

Pues bien, a mi juicio es este último participio el que debe darnos la clave para comprender correctamente esta delimitación. Y ello en la medida en la que en este caso la vinculación no pretendería hacer referencia a una simple o genérica conexión, directa o indirecta con las obras propias del sector. Muy al contrario, creemos que lo que la norma pretende destacar —por utilizar la terminología de la RAE— es que el objeto inicial de la prestación esté sometido, conectado, en cuanto a su continuidad y subsistencia, a la concreta obra, normalmente mediante su identificación en el propio contrato, obligando así o bien a su modificación o incluso a su extinción, cuando aquella a la que inicialmente estaba adscrito se agote o concluya, sin posibilidad de ser asignada a otra.

Sería, por tanto, esa delimitación objetiva de la actividad pactada y su vinculación con una o, posteriormente, con otras concretas obras del sector de la construcción las que justificarían la calificación como indefinido adscrito a obra de estas concretas relaciones. Y ello ya que solo de esta forma, mediante esta específica identificación, lógicamente por escrito, tanto de la obra inicial⁷³ como de las sucesivas a las que el empleado esté sucesivamente adscrito, se lograría articular y justificar el impacto que sobre esta misma relación tiene la finalización de tales obras, y sobre el que volveremos más tarde.

De esta forma también cobraría sentido la delimitación negativa de esta misma causa de extinción. Y ello ya que la exclusión del “personal de estructura” se justificaría, en definitiva, por la subsistencia de sus tareas o funciones, que no se agotarían por la finalización de cada una de las respectivas obras o construcciones en las que esté embarcada o implicada la empresa. Es cierto que la norma tampoco define qué debe entenderse por este personal de estructura. Pero de la propia práctica empresarial o incluso de su conocida acepción en el ámbito de las ETT —por su contraposición a los empleados en misión— bien podríamos definir a estos empleados “internos” como aquellos asalariados cuya prestación laboral esté ligada a los procesos estratégicos y de estructura organizacional y administrativa de la empresa, y que, por tanto, no se aplican de forma directa en la actividad operativa de cada una de las obras o construcciones en los que participa el empleador.

Si esto es así —y más allá de que esta modalidad parece estar vedada indirectamente a los menores de dieciocho años⁷⁴—, la única duda que podría

⁷³ Aunque salvo error u omisión por nuestra parte la DA 3 no establece el carácter escrito de este tipo de contratos, parece razonable exigirlo máxime cuando la norma sí contempla el carácter escrito de la propuesta de recolocación que “se anexará al contrato de trabajo”.

⁷⁴ Recuérdese que de acuerdo con el artículo 18.4 del Convenio General del Sector de la Construcción: “Se prohíbe emplear a trabajadores menores de 18 años para la ejecución de

plantearse serían los hipotéticos efectos en la calificación de la relación de la ausencia de toda fijación en el contrato inicial de elementos suficientes para la identificación de la obra⁷⁵. Más allá de que, al menos a nuestro juicio, esto en raras ocasiones ocurrirá dado el tenor literal del artículo 22 del CCGC de 2017, creemos que en este caso lo más ajustado sería considerar en principio que el trabajador habría sido contratado sin adscripción específica a una obra –y, por tanto, como fijo de plantilla–, por lo que no jugaría en este caso la concreta causa de extinción aquí analizada, aunque también creemos que cabría plantear al menos la posibilidad de prueba en contrario que justificase su asignación específica y exclusiva a una concreta obra o construcción.

2.2.3. La finalización o suspensión de la obra y sus efectos sobre la relación

Pues bien, desde estas premisas, y una vez delimitado el campo de actuación de esta regulación, lo segundo que seguramente debe señalarse es que esta DA, más que regular única y exclusivamente una concreta causa de extinción, aborda de forma mucho más amplia una cuestión distinta pero inescindiblemente conectada: los efectos sobre la relación, ahora indefinida, de la finalización de la obra a la que se asignó inicialmente al empleado. Y lo hace, como veremos, siguiendo la lógica o el modelo del contrato para varias obras en la misma provincia previsto anteriormente en el art. 24.3 CCGC de 2017 –o incluso la lógica de la vieja ordenanza para los fijos de obras de larga duración, superior a dos años– pero, lógicamente sin limitación temporal alguna –ya que, recuérdese, ahora no nos encontramos ante un contrato temporal sino ante un contrato indefinido– y estableciendo importantes obligaciones empresariales de formación y recolocación a la finalización de cada una de ellas.

trabajos en las obras, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 25.4 referente al contrato para la formación”.

⁷⁵ En este sentido, debe recordarse cómo la jurisprudencia, bajo la anterior modalidad, recordaba expresamente la necesidad de precisar con claridad las obras, sin que fuera posible el empleo de fórmulas de remisión genérica. Había que descender, por tanto, a la descripción de las distintas obras a las que se adscribirá el trabajador, como señalaba la STS de 30 de junio de 2005 (RJ 2005/7791) “... Porque de lo contrario estaría expuesto en todo momento a decisiones arbitrarias del empleador que incluso podría esgrimir la oscuridad de la cláusula como medida de presión a lo largo de toda la relación laboral”. En el mismo sentido, entre otras: STSJ de Islas Canarias de 30 de junio de 2003 (JUR 2004/65999), STSJ de Valencia de 27 de abril de 2004 (JUR 2005/11591), STSJ de Islas Canarias de 20 de septiembre de 2004 (AS 2004/2894), STSJ de País Vasco de 1 de marzo de 2005 (JUR 2005/197006), STSJ de Islas Baleares de 2 de marzo de 2006 (AS 2006/1496), STSJ de Islas Canarias de 13 de noviembre de 2009 (JUR 2010/119304), STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2015 (AS 2016/818). Es cierto que ahora no nos encontramos formalmente ante un contrato temporal, de la misma manera que ahora no le son aplicables las reglas de una extinta relación como es la de obra o servicio. Pero el papel nuclear que la finalización de la obra sigue teniendo en esta nueva relación debiera conducirnos a conclusiones similares a aquella.

En cualquier caso, de lo que tampoco parece que quepa duda alguna es de que la nueva norma es igualmente deudora de la anterior regulación convencional en la delimitación del elemento que pone en marcha toda esta regulación; esto es, al delimitar el concepto de finalización de las obras o servicios inicialmente pactados que, eso sí, pasa ahora de ser un término resolutorio *incertus quando*, propio de un contrato temporal, a un evento que, constatado y verificado, pone en marcha todo un proceso destinado o bien modificar el objeto de la prestación, tanto desde una perspectiva locativa, como incluso funcional, o, en su caso, a provocar la extinción por parte del propio empleado o por parte del propio empleador.

En este sentido, basta una simple lectura de la norma legal para detectar cómo esta incorpora ya algunas consideraciones clásicas de la anterior regulación convencional. Así ocurre, por ejemplo, con la consideración como tal “finalización” no solo de la conclusión global de la obra, sino también de la realización paulatina de las correspondientes unidades de ejecución/obra debidamente acreditadas –y que, añadimos nosotros siguiendo la lógica del CCGC, hagan innecesario el número de los contratados para su ejecución, debiendo reducirse este de acuerdo con la disminución real del volumen de obra realizada⁷⁶–; así como también la paralización definitiva o temporal⁷⁷, aunque siempre de entidad suficiente, de una obra, por causa imprevisible para la empresa y ajena a su voluntad⁷⁸, dentro de la cual, a pesar del silencio del legislador, creemos que, por continuidad con la anterior regulación convencional, no deberían incluirse bajo ningún concepto las paralizaciones consecuencia de un conflicto laboral.

De hecho, en este campo, la innovación más llamativa –además de la exigencia de que la finalización sea obviamente real, verificable y efectiva– es que la comunicación de esta finalización a la representación legal de los trabajadores y, en su defecto, a las comisiones paritarias provinciales, antes prevista solo para los supuestos de paralización, se amplía ahora a todos los supuestos de finalización

⁷⁶ Un ejemplo en la STSJ de Cataluña de 9 de julio de 2009 (AS 2009/1931) que interpretaba el precepto convencional –o, para ser más exactos, el del Convenio provincial de Barcelona que se expresaba en idénticos términos al sectorial estatal–, considerando suficientemente acreditada la reducción del volumen de obra en un 84.78%.

⁷⁷ Obsérvese que el artículo 24.7 CCGC de 2017 se refería solo a la paralización temporal de una obra, supuesto este en el que, tras excluir lógicamente el preaviso, sí se preveía que el empresario contraía la obligación de ofrecer un nuevo empleo al trabajador cuando las causas de paralización de la obra hubieran desaparecido. No obstante, en el mencionado texto convencional, dicha obligación se entendía extinguida cuando la paralización se convertía en indefinida.

⁷⁸ Un ejemplo en la STSJ de Andalucía de 21 de junio de 2012 (AS 2013/1780) que aborda esta situación de paralización, entendiendo que es causa imprevisible para el empresario y ajena a su voluntad la falta de pago de las certificaciones de obra que no han sido abonadas por la propiedad.

de obra sin distinción⁷⁹, ampliándose incluso los sujetos destinatarios de dicha comunicación que actualmente serán los dos antes señalados y, en su defecto –¿de uno o de los dos sujetos inicialmente destinatarios?–, los sindicatos representativos del sector. Y todo ello con una antelación de cinco días y no de una semana, plazo este de siete días de antelación que, en cambio, y llamativamente, sí se mantiene en el caso de comunicación de la extinción a la representación legal de los trabajadores (DA 3.6 LSSC)⁸⁰.

Sea como fuere, lo importante es que al menos con quince días (debemos entender naturales⁸¹) de antelación a la finalización de esta obra –y, por tanto, del objeto inicial o, lógicamente, sucesivo del contrato– el empleador deberá comunicar por escrito al trabajador una propuesta de recolocación efectiva –que se incorporaría al contrato, precisando las condiciones esenciales, la ubicación de la obra y la fecha de incorporación, así como las acciones formativas exigibles– o, en su caso –al menos en nuestra interpretación– una propuesta extintiva cuando la primera no sea posible.

Y ello ya que del tenor de la nueva norma parece deducirse que la propuesta de recolocación efectiva resultará obligatoria para el empleador siempre que, sin existir otras personas con mejor derecho que agoten todas las posibles vacantes, existan en la misma provincia obras en las que pueda prestar servicios el empleado, al ser la nueva prestación ofrecida acorde a su cualificación profesional –básicamente, creemos, titulación y formación preventiva (véase el art. 139 CCGC de 2017)–, y a su nivel, función y grupo profesional (véase el Anexo X del CCGC) o a las que, en su caso, pudiera adquirir tras un proceso de formación o recualificación.

Desde esta perspectiva, la cualificación y formación preventiva del empleado acreditada normalmente mediante la Tarjeta Profesional de la Construcción –arts. 149 y 150 CCGC 2017– se convertiría así en la pieza esencial que delimitaría inicialmente el ámbito funcional de las ofertas de recolocación; un ámbito este ampliable, además, mediante el desarrollo, de ser preciso, de procesos de formación que, se destaca, podrían desarrollarse con antelación a la finalización de la obra, y serían siempre a cargo de la empresa, del mismo modo que podrían realizarse directamente o a través de una entidad especializada, siendo preferente la formación que imparta la Fundación Laboral de la Construcción con cargo a

⁷⁹ En este mismo sentido, Nogueira Guastavino, M.. “En búsqueda de la estabilidad...”, ult. op. cit.

⁸⁰ Siguiendo, por lo demás, el mismo plazo que ya establecían la Reglamentación y la Ordenanza franquistas en el caso de la finalización del contrato de fijo en obra por conclusión de la misma, Véase en este sentido el artículo 14.d del Texto refundido de 1951 así como el artículo 44.c) de la Ordenanza de 1970.

⁸¹ Tanto por aplicación del criterio general de cómputo del artículo 5.2 del Código Civil como por continuidad con la referencia expresa que en relación con estos mismos quince días de preaviso se establecía en el artículo 24.6 del Convenio General de la Construcción.

las cuotas empresariales (véase el art. 115 CCGC 2017). En cualquier caso, la extraordinaria casuística que esto conlleva, más aún en el marco del sistema de cualificación profesional del sector de la construcción –DA 7 CCGC⁸²– hace que la propia norma legal remita a “la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción” la determinación de “los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuadas según las cualificaciones requeridas para cada puesto, nivel, función y grupo profesional”.

Mientras tanto, lo que sí aclara la norma es que la propuesta de recolocación deberá ser formalizada por escrito mediante una cláusula que se anexará al contrato de trabajo y que deberá precisar “las condiciones esenciales, ubicación de la obra y fecha de incorporación a la misma, así como las acciones formativas exigibles (en su caso, añadimos nosotros) para ocupar el nuevo puesto”. Obsérvese que la ley parece partir de una individualización de la obra y no de las posibles obras disponibles por parte del empresario, a diferencia, llamativamente, a lo que ocurría en el caso de las antiguas Ordenanzas de la Construcción en las que, como se recordará, y para los supuestos de obras de larga duración superior a cuatro o dos años, se exigía a las empresas fijar “las obras donde existía plaza” ejercitando el trabajador “el derecho de opción”⁸³. Por tanto, y repetimos, salvo que otra cosa se establezca en Convenio, será el empresario el que seleccione la obra, si existen varias disponibles⁸⁴.

En cualquier caso, entendemos que esta misma comunicación, con la misma forma escrita e idéntico plazo –quince días naturales previos a la finalización de obra y, por tanto, a la efectividad de la extinción–, deberá igualmente realizarse cuando o bien no existan obras de la empresa en la misma provincia –obsérvese, no del grupo en el que la empresa se inserte, salvo, claro está, que haya confusión de plantillas o sea el propio grupo el empleador– acordes a su cualificación profesional, nivel, función y grupo profesional una vez analizada su cualificación o posible recualificación; o cuando aun existiendo dichas obras en la mencionada provincia o bien no existan vacantes adecuadas a su cualificación –o a la que pudiera adquirir tras los mencionados procesos de formación o recualificación– o bien, aun existiendo, se conozca la presencia de personas con un derecho prioritario de acceso que impidan tal recolocación. En este último caso, la norma remite nuevamente a la negociación colectiva de ámbito estatal del sector “correspondiente” la determinación de tales

⁸² Incorporada por Acta de 22 de julio de 2019 y publicada en el BOE n. 205 de 27 de agosto de 2019.

⁸³ Véase, por ejemplo, el artículo 14 del Texto refundido de 1951 y artículo 44. d) de la Ordenanza de 1970.

⁸⁴ Lo que puede tener importancia en relación con un posible cambio de criterio en relación con la cotización y fiscalidad de las posibles compensaciones. Sobre el tema, nuevamente, Aragón Gómez, C. “Del contrato fijo...”, cit., p. 54.

criterios de prioridad o “permanencia”⁸⁵ “que deben operar en caso de concurrir estos motivos en varias personas trabajadoras de forma simultánea en relación con la misma obra”.

Obsérvese pues que, a diferencia del supuesto contemplado en el nuevo art. 16 ET la norma parece partir –a la espera de una posible y deseable clarificación convencional– de un análisis de la situación en el momento de la comunicación; esto es con quince días de antelación a la finalización total o parcial de aquella a la que está adscrito el empleado, y, al menos implícitamente, sin lapsos previstos de interrupción o suspensión entre una actividad y otra, más allá de los ligados al proceso de formación que, además, podría desarrollarse con antelación a la finalización de la obra. Por tanto, y en la perspectiva del legislador –y a la espera, repetimos, de su posible matización convencional–, la obra parece que debe ser cierta en el momento de la comunicación, de la misma manera que parece que la incorporación sería normalmente inmediata salvo el caso del proceso formativo antes mencionado. Ello supone, por tanto, una especie de encadenamiento continuo que, una vez roto, no parece contemplar –al menos por el momento– ningún tipo de preferencia para el trabajador cuyo contrato se ha extinguido, por mucho que, con posterioridad a su extinción, surjan para el empleador nuevas obras en las que existan vacantes adecuadas a su cualificación, nivel y grupo profesional.

Pues bien, en todos los casos en los que no se produzca efectivamente la recolocación, ya sea por la imposibilidad de esta en los términos antes señalados, o porque el trabajador la rechaza –lo que se interpretará que acontece si no contesta por escrito, aceptándola, en el plazo de siete días⁸⁶ desde la comunicación empresarial– el contrato o los contratos indefinidos adscritos a obra se considerarán extinguidos por “motivos inherentes a la persona trabajadora”. Y ello, obsérvese, “con independencia del número de trabajadores afectados”.

2.2.4. Sobre la consideración de estas causas como inherentes a la persona del trabajador

De hecho, consideramos que la extraña denominación de esta concreta causa de extinción solo puede justificarse por el deseo de los negociadores de intentar excluir tales extinciones del cómputo, no ya tanto del artículo 51 ET –ya que ambas son normas legales, debiendo ser prioritaria la específica o sectorial– como, sobre todo, del artículo 1 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998.

⁸⁵ Esta referencia a la “permanencia” parece dar a entender la posibilidad de que la recolocación sea solo funcional y no locativa, pasando –se supone, tras el proceso de formación que en su caso fuera necesario– de un tipo de tareas o servicios a otro, aunque dentro de la misma obra.

⁸⁶ Seguimos considerando que naturales por aplicación del artículo 5.2 Código Civil.

El problema, no obstante, es que, como ya ha señalado el propio Tribunal de Justicia, el concepto de despido –y, conexamente, añadimos nosotros, de motivos inherentes a la persona del trabajador que permiten excluir estas extinciones del cómputo recogido en la Directiva– es “un concepto de Derecho de la Unión que no puede ser definido mediante remisión a las legislaciones de los Estados miembros”⁸⁷; es un concepto, por tanto, rígido para el legislador nacional. Y si desde esta perspectiva ya plantea dudas –por poner un ejemplo– la no aceptación de la recolocación por parte del propio trabajador ante la modificación del lugar o incluso de las condiciones de trabajo que pueden llegar a suponer⁸⁸, aún plantea más –al menos a mi juicio– cuando bajo esta denominación se tratan de encubrir razones estrictamente empresariales, ligadas, por ejemplo, a la finalización de la obra y a la inexistencia de cualesquiera otras en la provincia.

Sea como fuere, la cuestión puede llegar a ser importante en la medida en la que la norma no plantea, como quizás hubiera podido, un periodo de consultas o una comunicación a la autoridad laboral en aquellos supuestos subjetivamente más amplios, sino que se limita a señalar que estas extinciones deberán ser puestas en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras con una antelación de siete días a su efectividad⁸⁹ y dará lugar –siguiendo la estela de las

⁸⁷ STJ (Sala Primera) de 11 de noviembre de 2015, Pujante Rivera, asunto C-422/14. EU:C:2015:743.

⁸⁸ Como ya recordó el apartado 55 de la STJ de 11 de noviembre de 2015, Pujante Rivera, antes mencionada: “la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de «despido» utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva”. Un matización a la misma en STJ (Sala Décima) de 21 de septiembre de 2017, Ciupa y otros asunto C-429/16, ECLI:EU:C:2017:711, apartado 28, de acuerdo con la cual, cuando “un empresario lleve a cabo, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, una modificación no sustancial de un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona de ese trabajador o... una modificación sustancial de un elemento no esencial de dicho contrato por motivos no inherentes a la persona de ese trabajador (la misma) no puede calificarse como «despido», en el sentido de dicha Directiva”. No obstante, véase la posterior STJ (Sala Décima) de 21 de septiembre de 2017, Socha, asunto C-149/16, de acuerdo con la cual, si bien la mera modificación puede no encuadrarse en el concepto de despido: “Por el contrario, la resolución del contrato de trabajo subsiguiente a la negativa del trabajador a aceptar una modificación como la propuesta en la rescisión modificativa debe considerarse que constituye una extinción del contrato de trabajo producida a iniciativa del empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido del artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, de la citada Directiva, de modo que debe tenerse en cuenta para calcular el número total de despidos llevados a cabo”.

⁸⁹ Lo que como con acierto se ha señalado –Beltrán de Heredia, I “RD Ley 32/2021 y el contrato indefinido...”, cit.,– “están lejos de las obligaciones de información y consulta exigidas por la Directiva 98/59”. De ahí que este mismo autor concluya señalando como “a la luz de las numerosas resoluciones del TJUE instándonos a corregir el marco interno para adaptarlo a la

indemnizaciones de precariedad específicas del anterior contrato fijo de obra– a una indemnización del siete por ciento calculada sobre los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio colectivo que resulte de aplicación⁹⁰ y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato, o la superior establecida por el Convenio General del Sector de la Construcción.

Pues bien, si esto fuera así, solo cabría aconsejar una interpretación del precepto conforme a los límites y exigencias de la normativa europea, con todos los problemas que ello puede plantear.

2.2.5. Los efectos en relación con la Seguridad Social: la situación legal de desempleo

Sea como fuere, y ya para cerrar este círculo, el artículo 3 del Real Decreto-ley 32/2021 ha procedido igualmente a modificar el apartado 1 del artículo 267 para poder considerar en situación legal de desempleo a las extinciones del contrato por motivos inherentes a la persona trabajadora.

Obsérvese, por tanto, que, al no distinguir entre los distintos supuestos, la norma coloca en esta situación tanto a los trabajadores a los que se le comunica la extinción por parte empresarial como, significativamente, a aquellos otros que una vez realizada la propuesta de recolocación la rechazan expresa o incluso tácitamente –recuérdese que el silencio es negativo en este caso–.

Ello ha planteado ciertas críticas en la medida en la que, de este modo, el legislador vendría a incorporar a esta situación legal de desempleo a dimisiones que, aunque causalizadas e indemnizadas, pueden no exigir un traslado definitivo del domicilio –art. 40 ET– ni suponer una modificación sustancial de las condiciones laborales que le suponga un perjuicio –art. 41 ET–⁹¹. Y ello, quizás, ya que en el fondo se sigue intentando equiparar la finalización de la obra con la extinción del contrato temporal y, por tanto, con el pase del trabajador a la situación legal de desempleo, sin que la nueva regulación pretenda imponerle una merma con respecto al régimen jurídico anterior.

Directiva 98/59, sorprende que, con el propósito de solventar un incumplimiento de la Directiva 1999/70, se haya incurrido en el (más que probabl otra”.

⁹⁰ Sobre los conceptos salariales y extrasalariales véanse el artículo 47 y siguientes del CCGC de 2017.

⁹¹ Véase, Aragón Gómez, C. “Del contrato fijo de obra...”, cit., p. 56 con interesantes propuestas en este tema.

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO TRAS LA REFORMA DE 2021

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

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

EXTRACTO

Palabras clave: contratación indefinida, contrato fijo discontinuo, contrato a tiempo parcial, reforma laboral de 2021

Trabajo que analiza la nueva regulación del contrato fijo discontinuo, consecuencia de la reforma de finales del 2021 (RD-Ley 32/2021). Pretendemos centrarnos en el estudio de las principales novedades que aporta esta regulación: la nueva configuración, que supone la unificación del fijo discontinuo y el fijo periódico; los nuevos ámbitos donde puede acudir a este contrato (consecuencia de la reducción del espacio de la contratación temporal), específicamente en el caso de empresas contratistas o subcontratistas, o empresas de trabajo temporal. Se analizan también las posibilidades de un contrato fijo discontinuo a tiempo parcial. Por otra parte, también hay novedades en el régimen jurídico de este contrato, ya sea en las exigencias formales, en la obligación de llamamiento, el incumplimiento de la misma (las acciones procesales a las que puede acudir el trabajador) y sobre el periodo de inactividad. Por último, también señalamos la previsión de futuras novedades en materia de subsidios por desempleo.

ABSTRACT

Keywords: indefinite contract, discontinuous fixed contract, part-time contract, labour reform of 2021

Work that analyzes the new regulation of the discontinuous fixed contract, consequence of the reform of the end of 2021 (RD-Ley 32/2021). We intend to focus on the study of the main novelties provided by this regulation: the new configuration, which involves the unification of the discontinuous fixed and the fixed periodic contracts; the new areas where this contract can be used (consequence of the reduction in the space of temporary hiring), specifically in the case of contractors or subcontractors, or temporary work companies. The possibilities of a discontinuous permanent part-time contract are also analyzed. On the other hand, there are also novelties in the legal regime of this contract, whether in the requirements, in the obligation to call, non-compliance with it (the procedural actions to which the worker can resort) and on the period of inactivity. Finally, we also point out the forecast of future developments in terms of unemployment benefits.

ÍNDICE

1. UNA REFORMA AMPLIA DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO
2. LA TORTUOSA EVOLUCIÓN DE UN CONTRATO INDEFINIDO, PERO CARENTE DE DEFINICIÓN
3. DELIMITACIÓN DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO
 - 3.1. Unificación de los contratos fijos discontinuos y periódicos
 - 3.2. El contrato fijo discontinuo por empresas contratistas y subcontratistas o en caso de concesiones administrativas
 - 3.3. El contrato fijo discontinuo con ETT
 - 3.4. Fijo discontinuo a tiempo parcial
4. REQUISITOS FORMALES
5. LA OBLIGACIÓN DE LLAMAMIENTO
 - 5.1. Significado y ámbito de aplicación
 - 5.2. Contenido de la obligación
 - 5.3. Incumplimiento empresarial de la obligación de llamamiento: no todo es despido
 - 5.4. Otras vías de extinción del contrato fijo discontinuo. El incumplimiento del trabajador de la obligación de reincorporación
6. EL PERÍODO DE INACTIVIDAD: REGLAS PARA REDUCIRLO O PROMOVER LA ACTIVIDAD Y FORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS
7. DERECHOS ESPECÍFICOS DE LOS TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS
 - 7.1. Fijo discontinuo y conciliación
 - 7.2. Fijo discontinuo y antigüedad
 - 7.3. Derecho a ser informado de las vacantes fijas ordinarias y de conversión del contrato
8. MEJORA FUTURA DE LA PROTECCIÓN POR SUBSIDIOS DE DESEMPLEO

1. UNA REFORMA AMPLIA DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO

Una de las modificaciones que introduce el RD-Ley 32/2021 es una nueva regulación del contrato fijo discontinuo. No se trata simplemente de una alteración de lo dispuesto por el art. 16 ET, precepto que contenía (y contiene) la normativa básica sobre este contrato, sino que estamos ante una alteración sustancial de diversos aspectos de la regulación, lo que afecta a diversas normas y no sólo a lo dispuesto por el citado precepto. Estamos, por tanto, ante una reforma cuyo alcance no se limita a modificar ciertos aspectos de la regulación preexistente, sino que pretende introducir una nueva etapa normativa en el régimen jurídico de estos contratos; un antes y un después en esta regulación.

Es por ello conveniente señalar cuál es el conjunto de preceptos afectados por esta nueva regulación:

- En primer lugar, el art. 12.3 ET, norma que ha sido derogada por el RD-Ley 32/2021. Este precepto regulaba la consideración de contrato indefinido del concertado para realizar trabajos fijos-periódicos. Esto no supone que los contratos fijos discontinuos que se reiteran en fechas ciertas desaparezcan de nuestro ordenamiento, sino que se incorporan a la regulación del art. 16 ET.

- En segundo lugar, se ha procedido a una profunda modificación de lo establecido por el art. 16 ET, precepto que desde la aprobación del Real Decreto Legislativo 2/2015 establecía la regulación básica de este contrato. En líneas muy generales, podemos decir que la modificación del art. 12.3 ET, más la nueva regulación del art. 16 ET supone eliminar la distinción entre el fijo periódico y el fijo discontinuo, quedando unificados bajo esta última denominación las relaciones de trabajo estables en las que la prestación de trabajo depende de circunstancias estacionales.
- Un buen ejemplo de la unificación de las dos figuras contractuales preexistentes introducida por el RD-Ley 32/2021 es la que afecta al art. 267.1 d) LGSS, donde al regular la situación legal de desempleo durante los períodos de inactividad, ya sólo se hace referencia a tales períodos de inactividad de los trabajadores fijos discontinuos.
- El art. 3.cinco del RD-Ley 32/2021 añade una nueva Disp. Adic. 39ª a la LGSS, donde se regulan los beneficios de cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al mecanismo RED. Se trata de una regulación complementaria a la contenida en la nueva redacción del art. 47 y del nuevo art. 47 bis ET (ambas modificaciones obra del RD-Ley 32/2021). En dicha nueva Disp. Adic. se establecen una serie de exenciones en la cotización, que resultan condicionadas “al mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras afectadas durante los seis meses siguientes a la finalización del período de vigencia del expediente de regulación temporal de empleo” (DA 39ª.10), de manera que, en caso de incumplimiento, las empresas deben reintegrar el importe de las cotizaciones exoneradas, más recargos e intereses de demora.

No obstante, no se considera incumplido el compromiso de mantenimiento del empleo en caso de trabajadores fijos-discontinuos, por el hecho de finalización del llamamiento, si es que dicha finalización no supone despido, sino mera interrupción del mismo. Es decir, no hay incumplimiento empresarial si la finalización del llamamiento no supone el despido del trabajador fijo discontinuo.

- Por su parte, el art. 5.Uno del RD-Ley 32/2021 modifica la redacción del art. 6.5 LISOS, que considera infracción leve el incumplimiento empresarial del deber de información a los trabajadores a tiempo parcial, a distancia y temporales de las vacantes existentes en la empresa. Esta regulación no contenía referencia alguna a los trabajadores fijos discontinuos, consistiendo la modificación, justamente, en incluir también como comportamiento infractor del empresario la falta de información a los fijos discontinuos de la existencia de puestos vacantes de carácter fijo ordinario. En realidad no era un olvido de la regulación

sobre infracciones y sanciones, sino que el legislador sustantivo no había incluido en el art. 16 ET un derecho del trabajador fijo discontinuo a ser informado de tales vacantes. Sin embargo, la nueva regulación del art. 16 ET incorpora, justamente, la obligación del empresario de informar al trabajador de las vacantes en puestos fijos ordinarios; de ahí que se haya alterado también la regulación sobre infracciones y sanciones por incumplimiento del deber empresarial.

- La Disposición Adicional 4ª del RD-Ley 32/2021 admite de manera expresa la posibilidad de que las Administraciones Públicas acudan al contrato de trabajo fijo discontinuo. Probablemente en el ámbito público sea más difícil percibir situaciones en las que la necesidad de una prestación tenga carácter estacional, pues las necesidades públicas que cubren las Administraciones son de carácter permanente. No obstante, es evidente que tales necesidades o servicios pueden sufrir alteraciones cíclicas que impliquen una mayor intensidad de las mismas; lo que, a su vez requiere de una mayor cantidad de empleo público para hacer frente a las mismas. Pensemos simplemente en Ayuntamientos que durante las vacaciones han de hacer frente a un sustancial incremento de los servicios públicos (recogida de basura, limpieza viaria, mantenimiento de zonas públicas, policía, servicios de asistencia sanitaria, vigilancia en zonas de playa, etc.); o Administraciones autonómicas que han de hacer frente a campañas de lucha contra los incendios forestales en ciertas épocas del año¹. Tal incremento debe ser cubierto a través de la contratación fija-discontinua, obviando la contratación temporal. En todo caso, con independencia de lo señalado por esta DA 4ª, lo cierto es que la Administración ha sido un usuario habitual del fijo discontinuo² y con frecuencia se han planteado importantes conflictos para la delimitación entre esta modalidad contractual y la utilización por parte de la administración de diversas modalidades de contratos temporales (eventual y obra y servicios) para actividades financiadas con fondos públicos que se referían a trabajos intermitentes o cíclico, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de homogeneidad, que debían reconducirse al fijo discontinuo y no a la contratación temporal. De otro lado, ha de advertirse la interferencia que supone en estos casos de utilización injustificada de la contratación temporal por la Administración, el indefinido no fijo; pues la jurisprudencia está defendiendo que en estos casos estamos ante “indefinidos no fijos-fijos discontinuos”³.

¹ SSTS de 26 de mayo de 2015, RJ2015\3772; 21 de enero de 2014, RJ2014\783.

² Vid., por ejemplo, Benavente Torres, I.: “Tareas fijas discontinuas y contrato temporal en la administración pública”, *Relaciones Laborales* nº 1 de 2007, páginas 171 y ss.

³ Vid. las SSTS de 2 julio de 2021, RJ2021\3311; de 2 julio de 2021, RJ2021\3534; de 30 junio de 2021, RJ2021\3722.

- La Disposición Final 1ª del RD-Ley 32/2021 se refiere a uno de los supuestos contemplados por la nueva redacción del art. 16.1 ET al regular el objeto del contrato fijo discontinuo: la posibilidad de que las ETTs puedan acudir a esta modalidad contractual. Concretamente el art. 16.1 ET señala que podrán celebrarse estos contratos por las ETTs “en los términos previstos en el artículo 10.3 de la Ley 14/1994”. Este último precepto resulta también modificado por la Disposición Final 1ª. Hasta este momento el art. 10.3 LETT se limitaba a regular la posibilidad de contratación de un trabajador temporal para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición. Con la nueva redacción, a dicho supuesto se añade otra posibilidad: que la ETT utilice el contrato de trabajo fijo discontinuo para ser cedido a diversas empresas que tengan sólo necesidades de carácter temporal reguladas por el art. 15 ET (es decir, necesidades que tengan encaje en las causas de contratación temporal reguladas por dicho precepto). Se trata de facilitar a las ETTs la posibilidad de acudir a la contratación indefinida y no sólo meramente temporal, de manera que cuenten con plantillas de trabajadores objeto de cesión, pero con carácter fijo, que en los períodos entre una y otra cesión se encuentren en situación de inactividad. Sobre esta cuestión volveremos posteriormente.
- Por último, la Disposición final 6ª del RD-Ley introduce una norma dirigida a la acción futura del Gobierno, señalando que en el marco de la futura reforma del nivel asistencial de desempleo, se mejore la protección de los trabajadores fijos-discontinuos, facilitando el acceso a los subsidios por desempleo en las mismas condiciones y con los mismos derechos del resto de trabajadores del Régimen General protegidos por desempleo.

2. LA TORTUOSA EVOLUCIÓN DE UN CONTRATO INDEFINIDO, PERO CARENTE DE DEFINICIÓN

Dado que la reforma pretende introducir un cambio de modelo, parece conveniente hacer referencia a cuáles han sido las principales características del devenir de la regulación de esta modalidad contractual. En principio el trabajo fijo discontinuo es una modalidad de trabajo caracterizado por ser un trabajo normal (en el sentido de que forma parte de la actividad normal de la empresa) pero, con el que se hace frente a una actividad que no es continua dentro del proceso productivo; de manera que hay lapsos de tiempo en los que no es necesario desarrollar trabajo; en definitiva, un contrato con el que hacer frente a necesidades permanentes, pero intermitentes⁴. Sin embargo, pese a que esta sea una cuestión clara y perfectamente

⁴ Álvarez De La Rosa, M.: “El trabajo fijo discontinuo, modalidad del contrato a tiempo parcial”, en AA.VV., coordinados por M.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Re, *Los contratos*

asumida, cabe señalar que durante largo tiempo el legislador no ha tenido nada claro cómo configurar estos contratos⁵, dando lugar a una evolución normativa “tormentosa”⁶. Ello se hizo evidente en la propia denominación de esta modalidad, pues tanto en la redacción original de la Ley 8/1980 como en la primera de las reformas de esta regulación (Ley 32/1984), la regulación se refería a “trabajos fijos y periódicos en la empresa, pero de carácter discontinuo”, para referirse a relaciones de trabajo en las que no se realizaba prestación de trabajo todos los días laborables, sino a intervalos, siendo trabajos, eso sí que cubren necesidades de carácter permanente. Debemos aclarar que el trabajo periódico es aquel en que la prestación se repite a intervalos determinados que se reiteran con regularidad. Por su parte, el trabajo discontinuo es aquél que no es continuo; es decir, que no es permanente, sino que se interrumpe. Por lo tanto, todo trabajo periódico es discontinuo, pero no todo trabajo discontinuo es periódico⁷. De esta manera, inicialmente el legislador consideraba que estábamos ante una modalidad unitaria tal como se deduce de la literalidad (trabajos fijos y periódicos de carácter discontinuo), cuando en realidad bajo dicha denominación podían incluirse realidades que no eran idénticas. Sólo con la Ley 32/1984 es cuando el segundo párrafo del art. 15.6 ET introduce la efectiva diferenciación, al aplicar sólo a los “trabajadores fijos de trabajos discontinuos”, el régimen del llamamiento. A partir de este momento es evidente la existencia de dos submodalidades diferentes de contrato de trabajo fijo en las que se desarrolla prestación de servicios “per saltum”: el trabajo fijo periódico (aquél que no se trabaja todo el período laboral, sino sólo en ciertos intervalos regulares, de manera que la actividad se repite en fechas ciertas); y el fijo discontinuo (el trabajo se presta

de trabajo a tiempo parcial, Lex Nova, Valladolid 2000, páginas 164 y 165; también Moradillos Larios, C.: “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial, los trabajos fijos discontinuos, el contrato de relevo y la jubilación parcial”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 44 (2003), página 115. Vid. en la jurisprudencia más reciente las SSTs de 25 noviembre de 2020, RJ\2020\5390; 13 de febrero de 2018, RJ\2018\1055; 26 octubre de 2016, RJ\2016\5606; 21 de diciembre de 2006, RJ\2007\315.

⁵ Tal como señalaba Valverde Asencio, A., estos contratos presentan “elementos importantes de indefinición en su régimen jurídico que puede afectar, incluso, a su propia tipicidad”. *La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, página 13.

⁶ Término utilizado por Goerlich Peset, J.M.: “Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: el final de una larga discusión”, *Temas Laborales* nº 61 (2001), página 126. Por su parte, García Ortega, J., la tildaba de “compleja”, vid. “El contrato fijo-discontinuo. Retos actuales de una modalidad contractual histórica”, *Documentación Laboral* nº 110 (2017), página 94.

⁷ Yanini Baeza, J., señala que el género es el trabajo discontinuo, mientras que la especie es el trabajo periódico. *La contratación para trabajadores fijos discontinuos*, McGraw-Hill, Madrid 1997, página 25.

pero no a intervalos regulares, sin que se repitan en fechas ciertas)⁸. Teniendo en cuenta el significado de trabajo periódico y trabajo discontinuo, lo cierto es que la terminología utilizada para diferenciar nominativamente ambas submodalidades no era la más adecuada⁹, pues en realidad ambas suponen trabajo discontinuo, de manera que la contraposición terminológica de una y otra modalidad carece de sentido¹⁰.

En segundo lugar, cabe señalar cómo hay una segunda manifestación de cómo inicialmente el legislador tampoco tuvo excesivo acierto al regular estos contratos, pues teniendo la denominación de “fijos” (indefinidos, por tanto), los reguló dentro del art. 15 ET; es decir, en sede de contratos temporales¹¹. Así ocurre en la redacción original del ET, regulándose los contratos fijos y periódicos, pero de carácter discontinuo como una de las cinco modalidades de contrato temporal (art. 15.1 letra e ET en la redacción original de la Ley 8/1980). El legislador ha reiterado este equívoco durante largo tiempo, pues sólo hasta el RD-Legislativo 2/2015 no se establece un precepto separado y distinto, el art. 16 para regular el contrato fijo discontinuo (los fijos periódicos fueron acogidos desde el RD-Legislativo 1/1995 en el precepto dedicado a la contratación a tiempo parcial¹²). Al menos, desde la Ley 32/1984, la inclusión de los contratos fijos periódicos y discontinuos dentro del art. 15 ET se hizo de una manera más “disimulada”, no considerándolos como una modalidad temporal, sino considerándolo expresamente contrato a tiempo indefinido, pero incrustando su regulación en un apartado específico dentro del art. 15¹³. Evidentemente, la solución era técnicamente criticable.

En tercer lugar, debemos destacar la vinculación de los contratos fijos periódicos y discontinuos con el contrato a tiempo parcial a partir del art. 4.2 Ley

⁸ Vid. Ballester Pastor, I.: “Acerca de la percepción del desempleo por el trabajador fijo discontinuo: una muestra más de confusa interdependencia entre normativa laboral y de seguridad social”, *Tribuna Social* nº 150 (2003), página 29; García Ortega, J.: “El contrato (...)”, op. cit., páginas 97 y 98; Gorelli Hernández, A.: “El contrato de trabajo fijo discontinuo”, en AA.VV., coordinados por Antonio Ojeda Avilés, *Modalidades de contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid 2003, página 283; Moradillos Larios, C.: Op. cit., página 114; Yanini Baeza, J.: Op. cit., página 2.

⁹ Vid. en este mismo sentido las críticas a la terminología usada por el legislador de García Murcia, J.: “La protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos”, *Relaciones Laborales* Tomo I de 2003, página 433.

¹⁰ En este sentido Goerlich Peset, J.M.: Op. cit., página 130.

¹¹ Pedrajas Moreno, A., señala lo que considera “deficiente técnica legislativa”, vid. “Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo”, *Relaciones Laborales* Tomo I de 1994, página 407.

¹² En realidad, la reforma de 1994-1995 (Ley 10/1994 y RD-Ley 1/1995) supuso incluir las dos submodalidades bajo el amparo del contrato a tiempo parcial, más concretamente en el art. 12.2 ET.

¹³ Concretamente el art. 15.6 ET en la redacción dada por la Ley 32/1984 y 15.8 ET en la redacción del RD-Legislativo 1/1995 (en este caso, referido sólo al fijo discontinuo, pues el

10/1994 y del RD-Ley 1/1995, que separa estos contratos de la regulación de la contratación temporal y la ubica en el art. 12.2 ET. Pasan así a considerarse que ambos tienen una naturaleza de contrato a tiempo parcial, regulándose como dos de los supuestos en que el contrato a tiempo parcial tiene consideración de contrato indefinido. Como destacó la doctrina en su momento, con ello se perdía su autonomía como modalidades contractuales¹⁴. No obstante, la posterior reforma de 2001 (RD-Ley 5/2001 y Ley 12/2001), rectifica la cuestión, pero ahonda en la separación de las dos submodalidades, pues modifica nuevamente el ET, dejando al fijo periódico como modalidad del contrato a tiempo parcial en el art. 12 ET. Por el contrario, el fijo discontinuo se desgaja y, sorpresivamente, regresa a la sede propia de la contratación temporal¹⁵, si bien evidenciando de manera expresa que estamos ante un contrato indefinido. Se cuestionaba así la naturaleza de contrato a tiempo parcial del fijo discontinuo; es decir, que por definición deba tener en todo caso y circunstancia consideración de contrato a tiempo parcial. No obstante, ello no suponía rechazar que estos contratos pudieran concertarse a tiempo parcial; pero no por su propia naturaleza y con carácter exclusivo. Así, el propio art. 15.8 ET en la redacción otorgada por estas normas reconoce la posibilidad de que pueda utilizarse el fijo discontinuo en la modalidad de tiempo parcial (lo cual se ha reiterado tanto en el RD Legislativo 2/2015 como en la nueva redacción del art. 16 ET que analizamos en este trabajo). En definitiva, siendo criticable la ubicación, es evidente que esta nueva regulación supuso la recuperación de la autonomía de esta modalidad contractual respecto del contrato a tiempo parcial¹⁶.

La evolución, hasta el momento previo de la reforma, se redondea con un nuevo cambio introducido por el RD Legislativo 2/2015 que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores actualmente vigente (y modificado por el RD-Ley 32/2021). En este caso el legislador decide mantener el contrato fijo periódico como modalidad de contrato a tiempo parcial y dedicar un precepto específico al fijo discontinuo (art. 16 ET). Se mantiene así una bifurcación de las dos submodalidades de este tipo de trabajo indefinido, pero corrigiéndose la anomalía técnica de regular en sede de contratos temporales un contrato que tiene naturaleza indefinida.

Es sobre esta situación sobre la que actúa la reforma del RD-Ley 32/2020, que introduce otra nueva alteración sustancial en el complejo esquema que hemos intentado describir. De entrada, se deroga el art. 12.3 ET; es decir, desaparece la

periódico, tal como hemos señalado se incorporó a la regulación de contratos a tiempo parcial (art. 12 ET).

¹⁴ Ballester Pastor, I.: Op. cit., página 29; García Ortega, J.: “El contrato (...)”, op. cit., página 95.

¹⁵ Art. 15.8 ET.

¹⁶ En este sentido Valverde Asencio, A.: Op. cit., página 14.

submodalidad de contrato fijo periódico, que se integra en el art. 16; de manera que se termina con la disociación en dos submodalidades diferentes. Se da autonomía a la modalidad contractual, pues no se hace depender ni de los contratos a tiempo parcial, ni se regula dentro de la contratación temporal estructural. De otro lado, esa autonomía se refuerza con un intento de dotarle de una regulación específica, pasando a tener el art. 16 ET el doble del tamaño de su versión anterior, incluyéndose situaciones que con anterioridad no se contemplaban como supuestos objeto de esta modalidad contractual.

En definitiva, podemos decir que la evolución de esta modalidad contractual ha sido, cuanto menos tortuosa; caracterizada fundamentalmente por tres elementos. En primer lugar, por una permanente indefinición del legislador que ha ocasionado una inseguridad en cuanto a la naturaleza de la modalidad contractual, confundida entre la contratación temporal y la contratación a tiempo parcial. La especificidad de esta modalidad no reside ni en la temporalidad de la prestación, pues es absolutamente evidente que estamos ante un contrato indefinido, ni en la distribución del tiempo de trabajo, pues no es una prestación en la que, por su naturaleza, se requiere menos tiempo de trabajo. La base de esta modalidad consiste en el hecho de que existiendo una necesidad productiva indefinida y ordinaria, ha de desarrollarse de manera discontinua en el tiempo.

Esa inseguridad del legislador ha generado deficiencias técnicas importantes, tal como ha ocurrido con la propia denominación de la modalidad, que en las primeras versiones de su regulación figuraba como “trabajo fijo y periódico de carácter discontinuo”; es decir, sin advertir que toda prestación de trabajo que no es continuada (es decir, discontinua, por interrumpirse a lo largo del tiempo) no tiene que ser necesariamente periódica. Otra deficiencia clamorosa ha sido la de considerar que estábamos ante contratos de carácter temporal.

Por último hay que tener en cuenta como la acción del legislador ha ido pasando de un planteamiento centrífugo o disgregador de la modalidad, que pasó a convertirse en dos submodalidades diferentes, autónomas entre sí, reguladas en preceptos distintos (el fijo periódico y el fijo discontinuo); para volver a un planteamiento unificador con la última reforma, por considerar que la distinción es artificial¹⁷. En conclusión, una constante indefinición del modelo normativo que ha generado bastante confusión en esta modalidad contractual.

¹⁷ Tal como expresamente señala la propia exposición de motivos del RD-Ley 32/2021.

3. DELIMITACIÓN DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO

3.1. Unificación de los contratos fijos discontinuos y periódicos

Tal como hemos señalado anteriormente, uno de los objetivos de la reforma ha sido el de unificar la subdivisión entre fijos periódicos y discontinuos. Es por eso que se ha derogado el art. 12.3 ET y el art. 16 ET contempla hoy de manera general estos contratos en una única modalidad contractual, la de los contratos fijos discontinuos¹⁸.

Desde mi punto de vista, la unificación bajo la denominación de fijo discontinuo es totalmente acertada, pues si lo que se busca es la unificación regulatoria, el uso del término discontinuo (contratos que no se desarrollan de manera continua), es el adecuado, pues incluye ambas submodalidades, eliminando el término periódico que son aquellos discontinuos de carácter totalmente cíclico. Por lo tanto, bajo la denominación de fijo discontinuo se agrupan hoy las diferentes situaciones de prestaciones de trabajo indefinido, que tienen carácter intermitente, ya sea por tener un carácter estacional o vinculado a actividades de temporada (ya sea por motivos de clima como en la agricultura o el turismo; en función de la existencia de demanda estacional como en caso de los dulces navideños o rebajas comerciales; o la existencia de materias primas sólo en ciertas épocas del año, tal como ocurre con las conservas vegetales); o bien aquellas que no teniendo ese carácter estacional, son intermitentes, ya tengan períodos de ejecución ciertos y determinados, o se desarrollen en períodos inicialmente indeterminados.

Por lo tanto, aunque se haya producido la unificación normativa no supone la desaparición del mundo del derecho de la posibilidad de contratar trabajadores para actividades no continuas que se realizan en fechas totalmente ciertas: nada lo impide, pues tal como señala el art. 16.1 ET en su primer apartado, el fijo discontinuo incluye también actividades sometidas a períodos de ejecución intermitentes y que tengan períodos de ejecución ciertos y determinados. Hay, por tanto, espacio para las relaciones que hasta hoy tenían la consideración de fija periódica.

Aclaremos también que si se acude al contrato fijo discontinuo para atender necesidades estacionales o de temporada que tienen períodos de ejecución ciertos y determinados (es decir, lo que hasta la reforma era el contrato fijo periódico), este contrato no tiene necesariamente condición de contrato a tiempo parcial: con la nueva regulación la condición de trabajo a tiempo parcial requiere que se contemple expresamente por la negociación colectiva, tal como veremos posteriormente.

¹⁸ Establece al respecto la exposición de motivos, 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 (...)”.

En conclusión, hay una unificación normativa o reguladora, pero ello no supone la supresión de la submodalidad. Entendemos que este es un planteamiento correcto, si bien genera, ciertamente alguna duda interpretativa respecto del régimen jurídico aplicable y si este se extiende completamente a ambos supuestos, por ejemplo, en materia de llamamiento, como veremos posteriormente.

3.2. El contrato fijo discontinuo por empresas contratistas y subcontratistas o en caso de concesiones administrativas

Otra de las intenciones del legislador ha sido la de potenciar la contratación indefinida, facilitando una mayor estabilidad en el empleo. Entre otras vías, lo pretende desviando al contrato fijo discontinuo situaciones que anteriormente asumía la contratación temporal. Ello conduce a un crecimiento de los supuestos de hecho que pueden dar lugar al contrato fijo discontinuo. Así, se incorporan expresamente a esta modalidad dos importantes realidades que van a suponer un relanzamiento de una modalidad contractual que había tenido un uso limitado hasta ahora¹⁹.

En primer lugar, se señala que podrá utilizarse el contrato fijo discontinuo “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”. Dicho de otro modo, se pretende desviar supuestos de contratación temporal del art. 15 ET (bajo la regulación anterior, fundamentalmente contratos de obra o servicios determinados o eventuales) al fijo discontinuo.

Cabe preguntarse si esta nueva situación supone que la actividad a desarrollar por empresas contratistas o subcontratistas debe derivarse necesariamente al fijo discontinuo. Para responder a esta cuestión hay que confrontar el art. 16.1 ET con la nueva redacción del art. 15.2 ET.

El art. 16.1 ET se refiere a contratos mercantiles o administrativas que cumplan dos exigencias: ser previsibles y que formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. Por su parte, el art. 15.2 ET, admite el uso del contrato por circunstancias de la producción (creo que podemos seguir denominándolo contrato eventual) cuando hay un “incremento ocasional e imprevisible” de la actividad de la empresa, lo que genera un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que necesario, aun cuando se trata de la actividad normal de la empresa. Por lo tanto, en ambos casos estamos ante una necesidad no permanente de mano de obra; pero el contrato temporal podrá celebrarse en situaciones en que hay una necesidad

¹⁹ Vid., por ejemplo, <https://www.elindependiente.com/economia/2021/11/03/solo-uno-de-cada-100-contratos-firmados-en-octubre-fueron-fijos-discontinuos/> donde se señala que sólo el 3% del total de los casi 20 millones de contratos celebrados, eran fijos discontinuos.

ocasional e imprevisible; mientras el fijo discontinuo supone la cobertura de una necesidad productiva ordinaria y previsible.

Teniendo en cuenta la situación de una empresa contratista, cuya actividad es prestar a terceros un determinado servicio, parece conveniente considerar que esa actividad normal consistente en prestar un servicio, como regla general siempre es previsible y no meramente ocasional, sino permanente, pues la necesidad de mano de obra se reitera en el tiempo, si bien no necesariamente de manera cíclica. Por tanto, en estos casos debe acudir al empleo indefinido, fijo discontinuo. No obstante, por supuesto, habrá que estar a la interpretación jurisprudencial de qué haya de entenderse por “imprevisible” y por “ocasional”. No olvidemos que la jurisprudencia, en ocasiones, ha facilitado una interpretación flexible del contrato de obra o del contrato eventual. Por mi parte, estimo que si una empresa se dedica a prestar un determinado servicio a terceras empresas, no puede entenderse que el hecho de ser contratado por tales empresas sea una situación ni ocasional ni imprevisible; por lo que ha de acudir al contrato fijo discontinuo. En todo caso, juega a favor de una interpretación estabilizadora, el hecho de que la reforma tiene entre sus objetivos esenciales, justamente, el de dotar a la contratación laboral de mayores dosis de estabilidad. Más aún la reforma se ha referido a esta cuestión de manera expresa, lo que deja bien claro la prioridad que se da a la contratación fija discontinua en caso de empresas contratista o subcontratistas: de un lado, mediante una norma en positivo, al incluir hoy el art. 16 expresamente la situación de las contrata como supuesto de hecho propio del contrato fijo discontinuo; de otro lado, desde una perspectiva negativa, cuando al regular el contrato eventual o por circunstancias de la producción, el art. 15.2 ET *in fine*, señala que “No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontrata o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”. Existe, por tanto, una clara preferencia por el fijo discontinuo.

Pero digo bien, preferencia o prioridad; lo que no supone que toda relación laboral de una empresa contratista respecto de la plantilla que realiza la actividad normal, haya de reconducirse al fijo discontinuo. Ello es así pues el art. 15. ET deja abierta alguna posibilidad a la contratación temporal. De entrada, es perfectamente posible un contrato de sustitución (interinidad) de un fijo discontinuo. Sobre esta cuestión no hay polémica. Además, el art. 15.2 ET delimita el contrato eventual o por circunstancias de la producción señalando que es el que hace frente al incremento “ocasional e imprevisible” de las necesidades productivas: puede ocurrir que en el marco de una contrato o subcontrata se produzca una situación puramente ocasional y que además sea imprevisible que requiera de mano de obra meramente temporal. Por ejemplo, una empresa contratista de limpieza, que presta sus servicios para una determinada empresa principal (un hospital público) y que con ocasión de una pandemia, ve como la Administración modifica el contrato para

incrementar durante la pandemia los servicios de limpieza. En este caso, entiendo que podría acudirse a la contratación temporal. De otro lado, el propio art. 15.2 ET establece la posibilidad de acudir al contrato eventual en situaciones “ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada en los términos de este párrafo”; es decir, de los dos elementos característicos de esta modalidad de contrato temporal, se suprime que sean necesidades imprevisibles. Se trata de trabajos marginales, pues su duración es muy reducida (máxima de 90 días) y que no pueden ser utilizados de manera continuada. Desde mi punto de vista, lo que se pretende es mantener como contratos temporales relaciones de trabajo de cortísima duración. En todo caso, es evidente que aquí va a existir un punto de choque entre ambas modalidades contractuales. Desde mi punto de vista, si se evidencia que no estamos ante necesidades ocasionales, sino que se reiteran en el tiempo, más aún que se reiteran cíclicamente en fechas similares, estaremos en el ámbito del art. 16.1 ET y no en el del art. 15.2 ET²⁰.

En caso de acudirse al trabajo fijo discontinuo en contrata o subcontratas, se especifica (art. 16.4 ET) que los períodos de inactividad sólo pueden producirse como plazo de espera entre una contrata y otra. Desde mi punto de vista con ello se está haciendo referencia a que no es posible que un fijo discontinuo de empresa contratista pueda estar en situación de inactividad por la sola decisión del empresario, de manera que existe la obligación empresarial de “recolocación” (término usado por este precepto) una vez que haya una nueva contrata o subcontrata. Parece lógico afirmar que tal obligación existirá siempre y cuando la actividad a desarrollar sea compatible con las aptitudes profesionales comprometidas en el contrato de trabajo. En todo caso, ante la existencia de varios trabajadores fijos discontinuos aptos y disponibles para desarrollar actividad en la nueva contrata, es evidente que será de aplicación las reglas sobre llamamiento. En este punto surge la duda de qué reglas deben ser tenidas en cuenta, ¿las del convenio aplicable a la empresa contratista, o las aplicables a la empresa principal? Entiendo que, evidentemente, son las propias de la empresa contratista.

3.3. El contrato fijo discontinuo con ETT

La segunda ampliación de expresa hace referencia a la actuación a través de empresas de trabajo temporal: el art. 16.1 ET señala ahora en su último apartado que podrán celebrarse contratos fijos discontinuos entre ETT y un trabajador para ser cedido, en los términos del art. 10.3 de la Ley 10/1994 de empresas de

²⁰ Debe resaltarse que se ha eliminado en la regulación del contrato eventual que realiza el nuevo art. 15 ET, la referencia a incrementar la duración máxima del contrato “en atención al carácter estacional de la actividad”, lo que refuerza una nueva línea fronteriza más favorable al contrato fijo discontinuo. En todo caso, si se mantiene esa referencia al carácter estacional en la todavía vigente regulación reglamentaria del contrato eventual (art. 3 RD 2710/1998), si bien en clara contradicción con la regulación legal.

trabajo temporal. Este precepto, también modificado por el RD-Ley 32/2021. Este precepto regula en su párrafo primero la posibilidad de que las ETTs puedan celebrar contratos con un trabajador, para que éste cubra varios contratos de puesta a disposición sucesivos con varias empresas usuarias diferentes. A esta regulación preexistente, se añade ahora un segundo párrafo a tenor del cual que las ETTs puedan acudir al contrato fijo discontinuo para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de las empresas usuarias; es decir, en situaciones propias del art. 15 ET. Obsérvese que parecería extraño que para la cobertura de necesidades puramente temporales se acuda al contrato fijo discontinuo; pero debemos resaltar que se trata de necesidades de la empresa usuaria, no de la ETT que se dedica a la cesión de manera permanente. Este planteamiento es contrario al que había defendido el TS que había rechazado la posibilidad de que las ETTs utilizasen el contrato fijo discontinuo para cesiones a empresas usuarias²¹.

Debe tenerse en cuenta que si bien el art. 10.3 LETT plantea una situación de encadenamiento de contratos de puesta a disposición, que puede ser atendida tanto a través de lo previsto en el primero de los párrafos como en el segundo, lo cierto es que ambas situaciones no son idénticas. Así, el primer párrafo del art. 10.3 LETT señala que los sucesivos contratos de puesta a disposición deben estar plenamente identificados en el momento de la firma del contrato de trabajo. Al estar plenamente identificados, dichos contratos, la consecuencia es que ese encadenamiento es evidentemente temporal, pues es imposible una identificación de contratos de manera indefinida. En el caso del segundo párrafo, al tener el contrato fijo discontinuo una naturaleza indefinida, no parece necesario (ni posible) que esté plenamente identificada toda la sucesión de puestas a disposición, justamente por no ser posible una previsión de todas hasta la extinción del contrato. De hecho el párrafo segundo no exige de manera expresa esa identificación.

Dado que en el caso de acudir al fijo discontinuo no es necesario que haya una continuidad entre las sucesivas puestas a disposición, entre una y otra el trabajador estará en situación de inactividad; lo cual es propio de los contratos fijos discontinuos. En este sentido el propio párrafo segundo del art. 10.3 LETT señala que coincidirán “en este caso los períodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos”. Por el contrario, en caso de acudir al primero de los párrafos del art. 10.3 LETT, no habrá períodos de inactividad, pues tales períodos son propios del fijo discontinuo. En todo caso, al señalarse expresamente que el fijo discontinuo está en situación de inactividad, se plantea que tal situación no puede ser mantenida artificialmente por la ETT cuando hay contratos de puesta a disposición en los que, por su cualificación, podría ser cedido: si se producen contratos de puesta a disposición y el fijo discontinuo no es llamado para cubrir

²¹ Vid. STS de 30 julio de 2020, RJ\2020\3885, si bien esta sentencia cuenta con un sólido voto particular.

la vacante según lo acordado en convenio, debemos estimar que se trata de una extinción del contrato de trabajo.

También señala el art. 10.3 LETT *in fine* que los convenios sectoriales o de empresa de las ETTs podrán fijar una garantía de empleo para los fijos discontinuos de ETTs; es decir, que a través de negociación colectiva se establezca el compromiso de una utilización mínima por parte de la ETT.

Desde el punto de vista de la negociación colectiva, este precepto señala respecto de los fijos discontinuos, que todas las referencias del art. 16 ET a la negociación colectiva habrán de entenderse realizadas a los convenios sectoriales o de empresa de las empresas de trabajo temporal. Estas referencias del art. 16 ET son las siguientes: la regulación del llamamiento, la creación de una bolsa sectorial de empleo, la posibilidad de celebrar contratos a tiempo parcial, o la fijación de un período mínimo de llamamiento anual, la regulación de cuantía económica por fin de llamamiento y los procedimientos de conversión del contrato. Por lo tanto, sobre estas cuestiones hay que estar a la negociación propia de las empresas de trabajo temporal aplicable al concreto supuesto. No obstante, para las condiciones de trabajo cuando se está en situación de actividad, serán las correspondientes a la empresa usuaria (art. 11 LETT). Cabe hacer una advertencia sobre el llamamiento: el art. 16.3 ET prevé que el llamamiento se regule por convenio, o en su defecto acuerdo de empresa; mientras que el art. 10.3 LETT señala que las referencias a la “negociación colectiva” del art. 16 ET se entienden hechas al convenio de sector o de empresa de las empresas de trabajo temporal; es decir, deja fuera a los acuerdos de empresa. Consecuentemente, ¿es posible acudir al acuerdo de empresa para regular el llamamiento de fijos discontinuos contratados por ETTs? Entendemos que esta falta de alusión al acuerdo de empresa es un defecto técnico de la reforma; por lo que ha de responderse afirmativamente la pregunta. De hecho, si es posible regular esta cuestión por convenio de empresa y no hay limitación en cuanto al nivel concreto de negociación, ¿qué razón habría para que no se regule por acuerdo de empresa? No obstante, dada la literalidad de la regulación, siempre podría defenderse la posición contraria.

3.4. Fijo discontinuo a tiempo parcial

A tenor del art. 16.5 ET, los convenios colectivos sectoriales pueden establecer, si las peculiaridades de la actividad del sector lo justifica, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos discontinuos. Por lo tanto, es evidente que cabe la posibilidad de celebrar contratos a tiempo parcial en esta modalidad. Esta posibilidad se condiciona a la negociación colectiva, por tanto, no cabe contratar libremente a tiempo parcial en esta modalidad contractual, siendo esencial el papel de la negociación colectiva²². El

²² En este sentido ya advertía, respecto de regulaciones anteriores, Casas Baamonde, M.E., que con esta regulación se otorga un papel esencial a la negociación colectiva, pues el legislador fía

legislador prevé que sólo sean los convenios sectoriales los que regulen esta cuestión (art. 16.5 ET en su párrafo segundo, en relación con el primero), lo que evidencia la intención restrictiva del legislador, que excluye a los convenios de empresa²³. De otro lado, ni tan siquiera el convenio puede actuar libremente, sino que sólo es admisible la contratación a tiempo parcial si hay peculiaridades de la actividad en el sector (no en la empresa) que justifiquen el fijo discontinuo a tiempo parcial²⁴. Desde este punto de vista puede afirmarse que existe un cierto carácter restrictivo en esta regulación que, por otra parte, no es sino una reiteración de lo establecido por la anterior redacción del art. 16.4 ET.

Este carácter restrictivo que emana del art. 16.5 ET se complementa con lo dispuesto por el art. 12.2 y 3 ET: de entrada se ha derogado el apartado 3º que regulaba el fijo periódico como contrato a tiempo parcial; de otro lado, el apartado segundo contempla que el contrato indefinido se pueda concertar a tiempo parcial “en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación”. Tal como acabamos de ver, la regla legal que permite contratar a tiempo parcial trabajadores fijos discontinuos es el art. 16.5 ET en su segundo párrafo, cuya regulación limita esta posibilidad en los términos antes señalados. Se admite, por tanto la contratación a tiempo parcial, pero de manera restrictiva. Desde mi punto de vista ello se explica como una expresión más del interés del legislador de evitar relaciones laborales precarias y de escasa calidad.

En todo caso, una vez que se admite la posibilidad del trabajo fijo discontinuo a tiempo parcial, también resultan de aplicación las normas propias del régimen jurídico de este último, como la prohibición de realizar horas extraordinarias o la realización de horas complementarias²⁵.

Respecto de la posibilidad de la contratación a tiempo parcial surgen algunas dudas. La primera se refiere a los fijos discontinuos cuya actividad se reitera cíclicamente con períodos de ejecución ciertos; es decir, los fijos periódicos que antes se regulaban como contrato a tiempo parcial en el art. 12.3 ET (en su anterior redacción). Según la anterior regulación tales contratos tenían la consideración

en ella la posibilidad de que tenga efectos la contratación a tiempo parcial. “La nueva regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial (y del trabajo fijo periódico y fijo discontinuo, de la jubilación parcial y gradual y de los contratos de relevo)”, *Relaciones Laborales* Tomo I de 2002, página 551.

²³ Casas Baamonde, M.E. estimaba que circunscribir esta cuestión a los convenios sectoriales no es sino una manifestación de la pretensión del legislador de aplicar la contratación a tiempo parcial a toda la actividad regulada por el convenio de sector; si bien admite que también es perfectamente posible que el convenio de sector regule situaciones singulares dentro de un sector, por las que se demande la realización de actividad a tiempo parcial. Op. cit., página 552.

²⁴ Probablemente estas peculiaridades deben vincularse a una necesidad de distribución irregular de la jornada de trabajo, tal como señalaba Álvarez De La Rosa, M.: Op. cit., página 165.

²⁵ Vid. Casas Baamonde, M.E.: Op. cit., página 553.

natural de contratos a tiempo parcial. ¿Debemos mantener esta consideración en la actualidad? A mi juicio la respuesta debe ser negativa: es posible la contratación a tiempo parcial, pero estos contratos antes denominados fijos periódicos no son, hoy, un supuesto natural de contrato a tiempo parcial. La consideración de contrato a tiempo parcial depende en la actualidad de que lo admita la negociación colectiva, tal como hemos señalado anteriormente. Por lo tanto, habrá que estar a lo que allí se regule; y si nada se regula o se prohíbe, entendemos inviable un contrato a tiempo parcial.

De otro lado, hemos visto como el contrato a tiempo parcial se condiciona a la negociación sectorial. Pero si se tratan de contratos fijos discontinuos en contratas o subcontratas o a través de ETT, ¿cuál es el convenio que ha de regular esta cuestión? En el caso de fijos discontinuos en ETTs, la cuestión se resuelve expresamente por el art. 10.3 LETT: el convenio sectorial de ETTs. En el caso de empresas contratistas o subcontratistas la duda no está resuelta expresamente, pudiendo defenderse que sea el convenio de sector de las empresas contratistas o el de la empresa principal. Creo que, por analogía con las ETTs, debe entenderse que se trata del convenio de sector propio de las contratistas.

Para terminar, ¿y si no hay convenio de sector? Entiendo que en este caso no hay posibilidad de contratar a tiempo parcial. Idéntica respuesta ha de darse si el convenio no regula esa cuestión.

4. REQUISITOS FORMALES

El apartado 2º del art. 16 regula las exigencias formales propias de esta modalidad contractual. En líneas generales podemos señalar que no existen realmente grandes diferencias respecto de la regulación anterior. De entrada, se exige la forma escrita, lo cual ha sido un requisito esencial en este tipo de contratos, derivada de la necesidad de transparencia en cuanto a la identificación de una modalidad contractual con importantes especialidades respecto del contrato fijo ordinario. Esta exigencia coincide con lo dispuesto por el art. 8.2 ET (que no ha sido modificado por el RD-Ley 32/2021²⁶), pues éste también señala la necesidad de que consten por escrito los contratos fijos discontinuos.

Sin embargo, nada se regula sobre cuál es la consecuencia de no dotar de forma escrita a esta modalidad contractual, cuestión que no se contempla ni por el art. 16 ET (ya sea en su versión actual o la anterior), ni en el art. 8.2 ET. Parece lógico que en estos casos se considere que estamos ante un contrato indefinido

²⁶ Lo cual debe resaltarse, pues este precepto sigue refiriéndose a la necesidad de dotar de forma escrita al desaparecido contrato de obra o servicio determinado.

ordinario, salvo prueba en contra de su carácter discontinuo²⁷. De otro lado, la redacción anterior del art. 16 ET hacía referencia no sólo a la forma escrita, sino a la necesidad de formalización en el modelo específico de estos contratos, cuestión que ahora no se recoge en el nuevo art. 16.2 ET.

El contrato deberá reflejar “los elementos esenciales de la actividad laboral”. Se trata de una referencia un tanto críptica, que se aclara por el propio precepto al señalar a continuación que, entre otros, debe figurar la duración del período de actividad, la jornada y su distribución horaria. Se trata de tres cuestiones que ya se señalaban en la regulación anterior, por lo que, aparentemente no existe novedad al respecto. Sin embargo, hay alguna diferencia que debemos resaltar. En primer lugar, respecto de la duración del período de actividad, se plantea esta exigencia sin ningún condicionamiento, mientras que en la redacción anterior se hacía referencia a la “duración estimada” de la actividad. Parece más adecuada esta última expresión, pues tal como señala el art. 16.1 ET, esta modalidad agrupa prestaciones de trabajo discontinuas o intermitentes, ya tengan períodos de ejecución ciertos determinados (en los que es posible conocer con certeza la duración del período de actividad), o indeterminados (situación en la que no parece pueda conocerse más que la duración estimada de la actividad). De otro lado, en cuanto a las otras dos cuestiones, jornada y distribución horaria, se señala que deberán constar, pero con carácter estimado. Esta redacción es similar a la anterior; ahora bien, el carácter estimado se refería sólo a la jornada, no así respecto de la distribución horaria, por lo que la nueva regulación resulta más flexible en este punto. Por otra parte, en la redacción actual se prevé que tal carácter estimado se hará constar en el contrato, “sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento”. Entendemos que esta puntualización es del todo adecuada, pues al tratarse de un contrato fijo, es evidente que con el paso del tiempo las estimaciones iniciales fijadas en el contrato pueden tener muy poco que ver con la realidad de cada momento posterior; de ahí que sea necesaria una mayor precisión, que sólo puede darse en el momento del llamamiento.

Para terminar, debe tenerse en cuenta que si bien los principales elementos esenciales de la actividad laboral pueden ser tanto duración de la actividad, jornada y distribución horaria, la actual redacción no sólo se refiere a estas tres cuestiones, sino a los elementos esenciales de la actividad laboral, haciendo referencia, “entre otros”, a los tres señalados. Es decir, deberían incluirse otros elementos o condiciones esenciales y no sólo las expresamente señaladas (salario, convenio aplicable, etc.). En todo caso, recordemos que el art. 8.5 ET contiene la obligación empresarial de informar al trabajador de los “elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral”, cuestión desarrollada por el RD 1659/1998.

²⁷ Gorelli Hernández, J.: Op. cit., página 296.

Cabe reseñar cómo en la nueva redacción del art. 16 ET no se requiere, tal como si hacía su redacción anterior, que en el contrato se recoja la forma y orden del llamamiento que ha de estar regulada en el convenio colectivo. Considero que ello se debe al hecho de que es posible que el convenio altere la forma de realizar el llamamiento, en cuyo caso la descripción en el contrato de un procedimiento de llamamiento ya inexistente, carece totalmente de utilidad. No obstante, también es cierto que la negociación colectiva suele ser muy estable, no sólo en este punto, sino con carácter general. Es por ello que parece criticable haber suprimido esta alusión a la forma y orden del llamamiento.

5. LA OBLIGACIÓN DE LLAMAMIENTO

5.1. Significado y ámbito de aplicación

Una de las peculiaridades más relevantes del régimen jurídico de los contratos fijos discontinuos es la obligación empresarial del llamamiento; es decir, la operación a través de la cual el empresario, una vez que es necesario reiniciar la actividad, procede a convocar a cada trabajador fijo discontinuo para que se incorpore al trabajo. Ello supone una doble manifestación, de un lado el reinicio de la actividad y de otro que corresponde, según los criterios establecidos, la reincorporación de un determinado trabajador²⁸. Esta obligación es relevante, pues con ella los trabajadores toman conocimiento de la interrupción del período de inactividad y que deben volver a cumplir con su obligación laboral. Además, supone un cierto orden en la reincorporación, pues las necesidades productivas no tienen que ser idénticas en cada período de actividad, o no tienen la misma intensidad a lo largo del período de actividad, de manera que no sean necesarios todos los trabajadores fijos discontinuos. Se trata, por tanto, de un elemento esencial, lo que supone imponer una obligación al empresario y un derecho (no una mera expectativa) del trabajador²⁹.

De entrada es necesario aclarar cuál es el ámbito de la obligación empresarial de llamamiento en relación a los diferentes supuestos de contratos fijos discontinuos. La cuestión es interesante, pues las regulaciones anteriores establecían esta obligación sólo respecto del fijo discontinuo, pero no se requería llamamiento en caso de fijos periódicos. Aparentemente el motivo de esta distinción era que en estos últimos contratos, al tratarse de necesidades totalmente cíclicas, en las que hay certeza en cuanto al momento de inicio del período de actividad, no era

²⁸ Gorelli Hernández, J.: Op. cit., página 292.

²⁹ Vid. Alarcón Bravo De Rueda, P.O.: “Trabajo fijo periódico y fijo discontinuo. Consideraciones actuales”, *Relaciones Laborales* nº 5 de 2010, página 357; García Ortega, J.: “El contrato (...)”, op. cit., página 99.

necesario el llamamiento de los trabajadores³⁰ (al margen, claro está, de que a través de la negociación colectiva pudiera establecerse esta obligación también para el fijo periódico³¹). Sin embargo, con la supresión de la distinción formal entre una y otra submodalidad, el legislador ha establecido una obligación de llamamiento con carácter general, de manera que afecta también a los supuestos de fijos discontinuos que desarrollan actividades con períodos de ejecución ciertos. Dado este carácter general de la obligación de llamamiento, también resulta de aplicación a los supuestos de contratos fijos discontinuos efectuados para la prestación de servicios en el marco de contrata o subcontratas y cuando las ETTs acuden a esta modalidad contractual.

5.2. Contenido de la obligación

El legislador ha cedido la regulación de tan relevante cuestión a la negociación colectiva (convenio colectivo –no se requiere que sea de un nivel determinado, por lo que puede ser sectorial o de empresa– o acuerdo de empresa³²), limitándose a dar unas pocas especificaciones; básicamente que han de establecerse criterios objetivos y formales. En cuanto a estos últimos, la forma del llamamiento, dado que el llamamiento consiste en la manifestación, por parte del empresario, de la necesidad de reincorporación al trabajo de quienes lo prestan de manera discontinua, va a requerir el cumplimiento de una serie de exigencias formales, que son necesarias tanto para demostrar que el empresario ha cumplido con su obligación (lo cual es relevante, pues ante la falta de llamamiento el trabajador puede estimar que el contrato se ha extinguido e interponer la correspondiente demanda³³), como para que el trabajador tenga perfecto conocimiento de cómo y cuándo ha de retomar su actividad y cumplir con sus obligaciones laborales. No en vano, el propio art. 16.3 ET señala que el llamamiento debe realizarse por un procedimiento del que quede constancia.

³⁰ En este sentido Alarcón Caracuel, M.R.: “Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo”, en AA.VV., *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid 1995, página 162; también Baylos Grau, A.: “Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo”, en AA.VV., *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid 1994, páginas 154 y 155.

³¹ Así lo planteaba Yanini Baeza, J.: Op. cit., páginas 80 y 81.

³² En este último caso debe tenerse en cuenta que el art. 10.3 LETT señala que las referencias a la negociación colectiva del art. 16 ET han de entenderse realizadas a los convenios sectoriales o de empresa propios de ETTs, sin mencionar los acuerdos de empresa, por lo que en estos casos puede surgir la duda de si el acuerdo de empresa puede regular el llamamiento en estos casos. Desde mi punto de vista habría que responder a esta duda afirmativamente.

³³ Sobre esta cuestión, vid Goerlich Peset, J.M.: “Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga discusión?”, *Temas Laborales* nº 61, página 142; también Gorelli Hernández, J.: Op. cit., página 292.

Convenio o acuerdo de empresa tienen una amplia libertad para configurar los requisitos formales. No obstante, el art. 16.3 ET establece unas reglas mínimas. En primer lugar, ha de realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación al trabajador. La exigencia escrita no constaba en la regulación anterior, por lo que supone una importante novedad³⁴; además la reforma ha incorporado la posibilidad de que se utilice otro medio (por ejemplo, electrónico), lo que permite que se realice por correo electrónico o incluso a través de mensaje telefónico. En todo caso, el medio de comunicación elegido debe permitir constatar la realización del llamamiento al trabajador.

De otro lado, de la necesidad de que el llamamiento deba permitir dejar constancia de “la debida notificación a la persona interesada”, se infiere que el llamamiento ha de realizarse a cada trabajador de manera individualizada. No son aceptables, por tanto, llamamientos genéricos, sino personales, aun cuando el contenido de cada uno sea idéntico a los otros o con pequeñas modificaciones (en cuanto a la fecha de incorporación).

Por último, dicho llamamiento debe incorporar “las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada”. Como es lógico, tales condiciones deben ser coherentes con lo pactado sobre el llamamiento en el convenio, pues de lo contrario estaríamos ante un llamamiento contrario al convenio, lo que deja la puerta abierta a la reclamación judicial del trabajador afectado. En cuanto a tales indicaciones, resultan imprescindibles el plazo de reincorporación y la concreción del puesto de trabajo a desarrollar (que debe corresponderse con la clasificación profesional con la que fue contratado el trabajador) y el lugar de prestación de servicios. Además, tal como se señala en el art. 16.2 ET, el llamamiento debe concretar la jornada y distribución horaria (recordemos que esta cuestión debe reflejarse en el contrato, pero con carácter estimado, debiendo concretarse en el momento del llamamiento). Por otra parte, se especifica que el preaviso ha de producirse con un plazo de antelación adecuado, que ha de fijarse también por el convenio colectivo. Se trata de un plazo que permite la incorporación del trabajador sin que deban producirse llamamientos sorpresivos que limiten la capacidad del trabajador para volver a trabajar³⁵. De otro lado, no es extraño que el trabajador resida en lugar diferente al de su puesto de trabajo, lo que puede requerir su desplazamiento con cierta antelación o incluso un cambio temporal de residencia.

Por otra parte, el convenio no sólo ha de regular la forma de llamamiento, sino también los criterios objetivos para proceder al llamamiento; es decir, aquellos

³⁴ En todo caso, dadas las necesidades de que el empresario pudiera demostrar la realización del llamamiento, lo cierto es que la negociación colectiva ha venido exigiendo la necesidad de hacerlo por escrito.

³⁵ Alarcón Bravo De Rueda, P.O.: Op. cit., página 363.

elementos que van a determinar el orden en el llamamiento. Con esta cuestión se hace referencia a una cuestión habitual del contrato fijo discontinuo y es el hecho de que no todas las actividades productivas cubiertas por fijos discontinuos requieren siempre de un uso de mano de obra de la misma intensidad; es decir, que en ocasiones necesitarán a la totalidad de los fijos discontinuos y en otras ocasiones requerirán (por ser menores las necesidades productivas) de una menor cantidad de mano de obra o de que esta se incorpore de manera paulatina, de manera que no exige la incorporación simultánea de todos ellos, pudiendo secuenciarse para ajustarse a las necesidades organizativas³⁶; o incluso no producirse el llamamiento debido a la caída del consumo³⁷. Por otra parte, la actividad de la empresa no siempre se reinicia a un mismo ritmo, sino que es perfectamente posible que la intensidad se incremente paulatinamente hasta alcanzar su nivel máximo. En consecuencia, será necesario fijar un orden para la incorporación de los fijos discontinuos al trabajo. No obstante, en ocasiones no es necesario fijar tales criterios, tal como puede ocurrir en algunas actividades fijas periódicas, de manera que todos los trabajadores se reincorporan y en una misma fecha (de hecho, bajo las anteriores regulaciones el llamamiento no formaba parte del régimen jurídico del fijo discontinuo).

La nueva regulación no contiene ninguna indicación sobre cuáles deben ser los criterios, sino que se remite al convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa. En esto sigue la línea marcada por la regulación precedente que también se remitía al convenio. Posiblemente el criterio de la antigüedad (que se utilizaba por regulaciones anteriores del fijo discontinuo, como la establecida por la Ley 32/1984) siga siendo utilizada ampliamente, pero es evidente que esta puede jugar junto a otros criterios, o también prescindir de la antigüedad y utilizar esos otros criterios. De otro lado, es lógico que tales criterios diferencien también en función de la concreta actividad que deben desarrollar los trabajadores fijos discontinuos, de manera que deban aplicarse, no con carácter general, sino por grupos o categorías profesionales, o en función de la especialización profesional del trabajador; cuestión que puede ser muy relevante en caso de uso por contratistas o ETTs de trabajo fijo discontinuo, dado que tales empresas pueden hacer frente a actividades productivas muy diferentes con sus trabajadores. También es posible establecer como criterio de llamamiento la zona geográfica donde va a desarrollarse la prestación de trabajo (en función del lugar de residencia del trabajador), o incluso sistemas de llamamiento rotatorio que permiten distribuir el trabajo de una manera más solidaria entre los trabajadores³⁸.

³⁶ En este sentido la STS de 13 diciembre de 2017, RJ\2017\6013.

³⁷ STS de 24 de abril 2012, RJ\2012\8954.

³⁸ Vid. sobre los posibles criterios de llamamiento Valverde Asencio, A.: Op. cit., páginas 165 y ss.; también Yanini Baeza, J.: Op. cit., páginas 86 y 87.

En definitiva, convenio o acuerdo de empresa tienen una amplia libertad para determinar el orden de incorporación, siempre y cuando respeten el carácter objetivo de los criterios empleados. Esta última exigencia supone la inadmisibilidad no sólo de criterios discriminatorios, sino también de la libérrima decisión unilateral del empresario para determinar el orden del llamamiento. Tal como ha destacado la doctrina, dejar al albur del empresario la decisión, podría suponer negar el derecho al trabajo de quien ha sido contratado y mantiene una relación laboral³⁹.

El principal problema que plantea esta remisión plena al convenio colectivo es qué ocurre cuando no existe convenio o este no regula la cuestión. De entrada, parece criticable que se haya producido una total deslegalización de la cuestión, que no establece, ni tan siquiera, un mecanismo supletorio sobre una cuestión de especial relevancia en el régimen jurídico de estos contratos⁴⁰. En estos casos hay opiniones doctrinales favorables a aplicar el viejo criterio de la antigüedad⁴¹; aunque también sería posible acudir a la costumbre local y profesional o a los usos de empresa⁴².

Sean cuales sean los criterios que se utilizan para determinar el orden en el llamamiento, lo cierto es que aplicados los mismos el resultado es una lista ordenada de trabajadores que serán llamados para su incorporación en un orden concreto. El art. 16 ET se refiere a esta última cuestión en un lugar inesperado, pues tras regular el llamamiento en el apartado 3º del art. 16 ET; señala en su apartado 5º *in fine*, que los convenios sectoriales podrán acordar la obligación de las empresas “de elaborar un censo anual del personal fijo discontinuo”. En realidad el censo no sería más que el resultado de aplicar tales criterios objetivos de llamamiento al conjunto de trabajadores fijos discontinuos⁴³.

A tenor de la nueva regulación, el legislador, junto a la exigencia de que los criterios sean objetivos, añade otro mecanismo de seguridad en forma de exigencia de transparencia, pues se exige que la empresa informe a la representación legal de los trabajadores, con la suficiente antelación (no se fija plazo alguno, por lo que debería regularse por la negociación colectiva), al inicio del año natural, del calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral (dependerá del ciclo de la actividad), así como de los datos de altas efectivas de los fijos discontinuos, una vez que estas se produzcan. Por lo tanto, una información

³⁹ García Ortega, J.: “El contrato (...)”, op. cit., página 100.

⁴⁰ Así, García Ortega, J.: “El contrato (...)”, op. cit., página 100.

⁴¹ En este sentido García Ortega, J., “Algunas consideraciones sobre la actual regulación del contrato fijo-discontinuo y propuestas para su reforma”, *Revista de Derecho Social* nº 6 (1999), páginas 242 y 243; también Goerlich Peset, J.M.: Op. cit., página 142.

⁴² Alarcón Bravo De Rueda, P.O.: Op. cit., página 357; Gorelli Hernández, J.: Op. cit., página 292.

⁴³ Sobre la elaboración del censo puede verse a Yanini Baeza, J.: Op. cit., página 87.

previa, de la previsión de uso del personal fijo discontinuo y, de otro lado, un control del cumplimiento por el empresario de los criterios de llamamiento.

No se refiere el nuevo art. 16 ET al cese en la actividad, que determina el paso al período de inactividad. Ciertamente ello no sería necesario en aquellos casos en los que el cese en el trabajo afecte a todos los trabajadores al mismo tiempo. Sin embargo, también es posible que el cese se efectúe de manera paulatina, de modo que haya trabajadores discontinuos que cesan en el trabajo mientras otros siguen con su prestación. En este caso parecería necesario especificar también cuáles son los criterios que determinen el cese de cada trabajador. Tampoco se especifica si dicho cese ha de tener una forma determinada, no obstante, recordemos que a los efectos de acceder a la situación legal de desempleo, el art. 1.5 del RD 625/1985, de protección por desempleo, se establece que la acreditación de la situación legal de desempleo se realiza por el trabajador a través de “la presentación de la copia del contrato o de cualquier otro documento que acredite el carácter de la relación laboral y comunicación escrita del empresario acreditando las causas justificativas de la citada finalización o interrupción”⁴⁴. De otro lado, debemos recordar que el art. 29.1 ET en su párrafo cuarto establece que, a la conclusión del período de actividad, el empresario deberá proceder a la entrega del finiquito, con sujeción a los trámites y garantías del art. 49.2 ET.

5.3. Incumplimiento empresarial de la obligación de llamamiento: no todo es despido

Ha sido tradicional en la regulación del fijo discontinuo que la regulación legal señale expresamente que, en caso de incumplimiento por el empresario de su obligación de llamamiento, se pueda reclamar a través del procedimiento de despido. Ello supone considerar que la falta de llamamiento, el incumplimiento de los requisitos formales o del orden derivado de los criterios de llamamiento, o el rechazo del empresario a la incorporación del trabajador, generan el despido del fijo discontinuo. La regulación hoy vigente no se refiere exclusivamente a la acción de despido, sino que desde una visión más amplia, se manifiesta que en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento, es posible que el trabajador ejerza “las acciones que procedan”. Creo que esta literalidad es preferible a la anterior, pues no todo incumplimiento del empresario de sus obligaciones en materia de llamamiento deben considerarse como un despido ni conducen a la extinción⁴⁵.

⁴⁴ El apartado 6º de este precepto señala que “En los supuestos en los que la situación legal de desempleo se acredite por comunicación, notificación escrita o certificación del empresario, de la Administración empleadora o de la cooperativa, la causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo deberá figurar en el certificado de empresa considerándose documento válido para su acreditación”.

⁴⁵ Álvarez De La Rosa, M.: Op. cit., página 169.

En consecuencia, con esta mayor amplitud de acciones, puede seguir acudiéndose a la demanda por despido si se fija una fecha cierta de reinicio y los trabajadores acuden al trabajo y encuentran las instalaciones cerradas; también si se posterga a un trabajador y no se le llama para incorporarse, existiendo necesidades productivas. Por el contrario, si se llama primero a un trabajador que ocupa una posición posterior y, posteriormente, se llama a quien ocupaba una posición anterior, no tiene sentido acudir a la acción de despido, pues la relación se mantiene y el trabajador ha sido llamado⁴⁶. En estos casos se reclamará la reposición en el derecho, así como el cobro de cantidades perdidas por el trabajador debido a que ha sido retrasado en el orden de llamamiento. Tampoco tiene sentido acudir a la acción de despido si se está discutiendo la aplicación de los criterios que determinan el orden del llamamiento; lo que ha de reclamarse en este caso es la aplicación de una correcta interpretación de los mismos. En definitiva, no es lo mismo la falta de llamamiento que el llamamiento irregular y las consecuencias de ambos no tienen que ser idénticas⁴⁷.

Una cuestión esencial en el ejercicio de las acciones procesales oportunas es el *dies a quo* de los plazos de ejercicio de tales acciones. Al respecto cabe señalar que al regular el despido como solución al incumplimiento empresarial de su obligación de llamamiento, las diferentes regulaciones del trabajo fijo discontinuo han venido adaptando las reglas generales sobre esta cuestión, pues en el caso de los fijos discontinuos existe la dificultad de conocer cuándo se ha podido cometer un incumplimiento de la obligación de llamamiento⁴⁸.

La regulación anterior señala que el plazo comenzaba para el trabajador “desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria”. La literalidad actual establece que el trabajador podrá ejercer las acciones por incumplimiento del llamamiento, iniciándose el plazo “desde el momento de la falta de este” o “desde el momento en que la conociese”. A tenor de esta literalidad se mantiene el criterio anterior de iniciar el cómputo de los plazos desde el conocimiento por el trabajador de la falta de llamamiento, pues es evidente que el otro supuesto (ejercicio de la acción desde el momento de la falta de llamamiento) también requiere que el trabajador lo conozca. En todo caso, destaquemos que esta forma de regular el inicio del plazo de las acciones procesales se establece en beneficio directo de la posición del trabajador, que al estar desconectado de la actividad, podría sufrir graves consecuencias de aplicarse las reglas ordinarias⁴⁹.

⁴⁶ Puede verse el supuesto de la STS de 21 de enero de 2014, RJ\2014\783, en el que se acude a la reclamación de cantidad, por haber durado el período de actividad menos de lo acordado (se trataba de un caso en el que los trabajadores que no se habían adherido al convenio extraestatutario, tenía un período de actividad de duración inferior a quienes si se adherieron).

⁴⁷ Así Valverde Asencio, A.: Op. cit., página 157.

⁴⁸ En este sentido Yanini Baeza, J.: Op. cit., página 97.

⁴⁹ Gorelli Hernández, J.: Op. cit., página 295.

5.4. Otras vías de extinción del contrato fijo discontinuo. El incumplimiento del trabajador de la obligación de reincorporación

Debe tenerse en cuenta que el hecho de que tradicionalmente el legislador haya hecho alusión expresa al despido por incumplimiento de la obligación empresarial de llamamiento, no debe hacernos pensar que es ésta la vía de extinción de estos contratos. Al contrario, la extinción puede realizarse por cualquiera de las vías reguladas por los arts. 49 y ss. ET. No obstante, la especialidad del fijo discontinuo hace que puedan plantearse algunas cuestiones dudosas. Por ejemplo, es posible demandar por despido ante la falta de llamamiento; ahora bien, dicha actuación es un incumplimiento empresarial, por lo que cabe plantearse si es posible acudir en estos casos a la extinción a través del art. 50 ET. Al respecto la jurisprudencia ha entendido que al referirse expresamente las regulaciones anteriores a que la vía extintiva es la del despido, se ha estimado que la extinción a través del art. 50 ET no es posible⁵⁰; si bien es factible acudir a esta vía extintiva en otro tipo de situaciones e incumplimientos empresariales (falta de pago del salario, acoso, etc.). Con la nueva regulación, podría entenderse que ha sido abierta la puerta del art. 50 ET como mecanismo de extinción, probablemente como alternativa al despido y no como única vía de extinción ante el incumplimiento empresarial del llamamiento.

De otro lado, es evidente que cabe la extinción por despido colectivo u objetivo en caso de no reanudación de la actividad, pues si no se va a continuar con la misma, es evidente que los contratos han de extinguirse⁵¹; o cuando sin estar en esta situación se procede a la amortización de puestos de trabajo por causas del art. 51 ET⁵² (todo ello con independencia del tipo de modalidad contractual de los afectados por la extinción).

En directa relación con esta cuestión se plantea el problema de los contratos fijos discontinuos vinculados a una actividad cuya intensidad no es idéntica en cada campaña, de manera que es posible que se requiera una menor cantidad de mano de obra fija discontinua que en campañas anteriores. En principio, la jurisprudencia ha sido favorable a interpretar que en estos casos en que es necesaria menos mano de obra, basta con adaptar el empleo requerido a través del llamamiento, de manera que se llamen a tantos trabajadores como se requiera, según el orden establecido, de manera que aquellos a los que no alcance el llamamiento, seguirán en situación de inactividad. Ello supone evitar la aplicación del art. 47 ET, lo cual ha sido criticado por parte de la doctrina laboral⁵³. No obstante, con la nueva redacción del art. 16.4 ET encontramos una referencia a esta cuestión: al regularse la contratación fija

⁵⁰ Vid. STS de 28 junio de 2018, RJ\2018\3632.

⁵¹ Alarcón Caracuel, M.R.: Op. cit., página 163.

⁵² Vid. SSTS de 12 diciembre de 2019; RJ\2019\5376; de 25 abril de 2019, RJ\2019\2129; de 11 abril de 2019, RJ\2019\2062.

⁵³ Vid. García Ortega, J.: Op. cit., página 99.

discontinua vinculada a contrata o subcontrata, se establece que los convenios sectoriales podrán establecer un período máximo de inactividad, transcurrido el cual la empresa debe adoptar las medidas coyunturales o definitivas. Es evidente que las medidas coyunturales nos conducen al art. 47 ET. Ciertamente la norma se refiere a un concreto supuesto de contrato fijo discontinuo (el vinculado a contrata o subcontrata), si bien entendemos que ello da un nuevo argumento para defender, en contra de la jurisprudencia mayoritaria, que no basta con entender que es suficiente con utilizar el llamamiento para adaptarse al empleo requerido. Con esta regulación la situación del empleo excedente debería resolverse a través del art. 47 ET⁵⁴.

Debe tenerse en cuenta que a efectos de despido, el cálculo de las indemnizaciones se realiza, no en función de la antigüedad del trabajador, sino, tal como señalan los diferentes preceptos que regulan tales indemnizaciones, por año de servicios. Por lo tanto, debe computarse los períodos de tiempo de servicio o actividad (incluyendo sábados, domingos y festivos o vacaciones)⁵⁵, tal como viene señalando la jurisprudencia⁵⁶. De otro lado, en los casos en que hayan de abonarse salarios de tramitación, estos sólo alcanzan hasta el fin del período en que debía haberse desarrollado la actividad⁵⁷.

No se regula por el art. 16 ET la situación contraria: producido el llamamiento, el trabajador no se reincorpora. Ello puede deberse a una situación incapacitante del trabajador o por motivos justificables que evidencian la falta de culpabilidad del trabajador (téngase en cuenta que en caso de incapacidad temporal del trabajador, pese a no poder desarrollar prestación, la empresa ha de darlo de alta ante la Seguridad Social, asumiendo la obligación de cotización y pago delegado⁵⁸). En estos casos no puede sancionarse o despedirse al trabajador⁵⁹. El problema surge cuando no existe justificación alguna para la no reincorporación, en cuyo caso, podría acudir a la sanción y/o al despido. No obstante, los convenios pueden regular márgenes temporales para la reincorporación del trabajador, de manera que sólo pueda sancionarse tras dicho plazo. Por otra parte, ha de diferenciarse la no reincorporación de la reincorporación tardía y no suficientemente grave, a los efectos de despido o sólo sanción. También es posible que los convenios regulen el rechazo al llamamiento como dimisión del trabajador; no obstante, en

⁵⁴ Así lo habían venido reclamando autores como Baylos Grau, A.: Op. cit., páginas 155 y 156; o García Ortega, J.: Op. cit., página 99. Puede verse la STS de 27 octubre de 2021, JUR\2021\348199 sobre un ERTE por COVID.

⁵⁵ Gorelli Hernández, J.: Op. cit., página 295.

⁵⁶ STS de 30 julio de 2020, RJ\2020\3992.

⁵⁷ SSTS de 24 de septiembre 2012, RJ\2012\10285; 4 de abril de 2011, RJ\2011\3695.

⁵⁸ Vid. STS de 14 julio de 2016, RJ\2016\4827.

⁵⁹ Alarcón Bravo De Rueda, P.O.: Op. cit., página 366.

estos casos ha de quedar claro que el comportamiento del trabajador evidencie su intención extintiva, por lo que parece conveniente estimar la dimisión sólo cuando se evidencie que el trabajador ha recibido el llamamiento, desatendiéndolo sin incorporarse tras el plazo especificado y sin que exista una causa adecuada que justifique la falta de incorporación al trabajo.

6. EL PERÍODO DE INACTIVIDAD: REGLAS PARA REDUCIRLO O PROMOVER LA ACTIVIDAD Y FORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS

El art. 16 ET en su nueva redacción contiene una serie de referencias al período de inactividad; es decir, aquél durante el cual, no se desarrolla actividad alguna, pese a la vigencia del contrato. Debe tenerse en cuenta que estos períodos, pese a las similitudes existentes, no tienen la consideración de situación de suspensión del contrato de trabajo⁶⁰. La nueva regulación tampoco se ha planteado regular qué naturaleza jurídica tiene esta situación; ahora bien ha establecido ciertas reglas referidas al período de inactividad que deben ser tenidas en cuenta. A través de las mismas podemos evidenciar cómo se pretende por el legislador paliar los efectos negativos del período de inactividad, pues durante el mismo no se realiza prestación de trabajo y, consecuentemente, no se lucra un salario, limitando de esta manera la capacidad del trabajador para subsistir a tal situación de inactividad.

En este sentido se establece, para el caso de fijos discontinuos contratados para la ejecución de contrata, que los convenios colectivos sectoriales puedan determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas que, en defecto de previsión convencional será de tres meses. Dado que nos referimos al período de inactividad, entiendo que el legislador se refiere al convenio de sector al que pertenece la empresa contratista. Transcurrido ese plazo máximo, la empresa debe adoptar las medidas coyunturales o definitivas; es decir, acudir a un ERTE o ERE respecto a dichos trabajadores. En realidad con ello se pretende evitar que los trabajadores permanezcan “sine die” a la espera de ser llamados nuevamente para reiniciar la actividad, configurándose, de esta manera un mecanismo de seguridad de los trabajadores que pretende evitar esta situación de espera eterna. En todo caso, debemos advertir que la posibilidad de acudir a mecanismos coyunturales o definitivos no es, ni mucho menos, exclusivo de los fijos discontinuos que trabajan en empresas contratistas, sino que tales medidas están a disposición en cualquier caso de contrato fijo discontinuo.

Ha de resaltarse el problema que se introduce al señalar que podrá fijarse el plazo máximo de inactividad, “que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses”, y que transcurrido el mismo, la empresa deba proceder a

⁶⁰ Gorelli Hernández, J.: Op. cit., página 297.

adoptar medidas coyunturales o definitivas. ¿Significa esto que si el convenio nada regula sobre los plazos máximos de inactividad, se aplica el plazo de tres meses, transcurrido el cual las empresas están obligadas a proceder a las medidas coyunturales o definitivas? De entrada, el establecimiento de un plazo máximo de inactividad no es obligatorio para la negociación de sector, que podrá establecerlo o no. En segundo lugar, si se establece, será el convenio el que determine cuál es la duración del plazo o plazos de inactividad. De otro lado, el señalamiento de un plazo en defecto de convenio tiene carácter meramente supletorio; es decir, sólo actúa, si se prevé en convenio que no debe haber una situación inactividad sin límite, pero no se fija dicho límite máximo⁶¹. Por lo tanto, el plazo no actúa en aquellos casos en que el convenio decida no regular el plazo máximo de inactividad, pues como hemos señalado anteriormente, no es obligatorio para el convenio regular esta cuestión. Ahora bien, si transcurre el plazo pactado en convenio (o el supletorio), ¿la empresa está obligada a adoptar medidas coyunturales o definitivas? Así se deduce de la literalidad del precepto; ahora bien, creo que debe estarse a lo que establezca el propio convenio, que puede determinar cuál será la consecuencia derivada de la supresión del plazo.

Desde la perspectiva contraria al establecimiento de un mínimo de actividad, pero con idéntica finalidad, el art. 16. 5 ET plantea, la posibilidad de negociar en convenio un período mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento. Se trata de una norma dirigida a facilitar a los trabajadores un mínimo de actividad, de manera que puedan realizar alguna prestación de servicios y lucrar el salario. De entrada, señalar que lo hace con carácter general, aplicable por tanto a los diferentes supuestos en que se produce la contratación fija discontinua (no sólo, por tanto, en caso de empresas contratistas). De otro lado, esta posibilidad se reserva expresamente a la negociación colectiva de sector⁶², por lo que podría entenderse que no está al alcance de la negociación de nivel de empresa. No es este nuestro parecer, pues al tratarse de una norma de protección del trabajador, entendemos que nada impide que ante la falta de regulación en convenio de sector, el convenio de empresa no pueda regular esta cuestión. Lo que sí parece admisible es que, existiendo regulación en el convenio de sector, esta no pueda verse alterada peyorativamente por el convenio de empresa.

⁶¹ Por cierto, obsérvese lo anómalo que resulta establecer que no se admite una espera “sine die”, pero no se fija el límite a esa espera.

⁶² El art. 16.5 ET en su tercer párrafo no señala expresamente a la negociación de sector, pero es evidente que si lo hace indirectamente, pues el primer párrafo de este precepto se refiere a que la negociación de sector puede establecer una bolsa sectorial de empleo; señalando el párrafo 2º que “estos mismos convenios” (los sectoriales, por tanto) pueden regular la celebración del contrato a tiempo parcial. Finaliza el párrafo tercero que “Asimismo” se puede establecer un período mínimo de llamamiento. Es evidente que al utilizar dicho término que hemos entrecomillado, se refiere a la negociación colectiva de sector.

Debe subrayarse que, a nuestro juicio, más que regularse un período mínimo de llamamiento anual, en realidad lo que pretende es establecer un período mínimo de actividad anual, lo cual ya venía siendo acogido por la negociación colectiva⁶³. No se regula cuál es la consecuencia del incumplimiento empresarial de esta obligación. Entiendo que ante la falta de cumplimiento el trabajador puede demandar una compensación económica⁶⁴: no estamos ante un problema de llamamiento, sino de una obligación diferente del empresario; por tanto, no resulta aplicable la lógica del incumplimiento del llamamiento (el despido); además, ha sido la dirección en la que se ha movido la jurisprudencia más reciente, que admite que el incumplimiento empresarial de facilitar al trabajador un mínimo garantizado de prestación de servicios, determina la reclamación de cantidad⁶⁵.

De otro lado también se prevé la posibilidad de regular una cuantía (entendemos que económica) por fin de llamamiento, que indemnice al trabajador cuando tras el fin de la actividad no se proceda, sin solución de continuidad, a un nuevo llamamiento. Nuevamente aquí el legislador mezcla, creo que inadecuadamente, llamamiento con período de actividad y, en este caso, dicha mezcla juega en contra de los trabajadores: el precepto señala que puede establecerse una cuantía “por fin de llamamiento” que se satisface cuando el fin del llamamiento coincida con la terminación de la actividad y no se produce un nuevo llamamiento. Por tanto, si el fin de la actividad del trabajador no coincide con el período de llamamiento (por continuar la actividad con otros fijos discontinuos), no se genera derecho a dicha cuantía.

También se regula por el art. 16.5 ET, concretamente en su primer párrafo, la posibilidad de que los convenios sectoriales establezcan una bolsa sectorial de empleo a la que se incorporen los fijos discontinuos durante los períodos de inactividad. Se persigue con ello que estos trabajadores puedan acceder a nuevas contrataciones durante la situación de inactividad; es decir, que sean contratados por otras empresas durante dicho período y mantener así una retribución. En todo caso, ello no obsta al mantenimiento de las obligaciones de su empresa original para proceder al llamamiento. En este caso, el trabajador deberá optar entre permanecer en el puesto de trabajo para el que ha sido contratado por la nueva empresa, o incorporarse a su empresa original. No aclara el precepto, pero entendemos que es una cuestión que puede ser objeto de negociación perfectamente, si optar por mantenerse en el nuevo puesto de trabajo, si ello se entiende como justificación para no perder el empleo original una vez se produzca el llamamiento; es decir, que desatender el llamamiento con la empresa original por estar realizando otra

⁶³ Vid. Valverde Asencio, A.: Op. cit., página 136; también Yanini Baeza, J.: Op. cit., páginas 118 y 119.

⁶⁴ En este mismo sentido Valverde Asencio, A.: Op. cit., página 137.

⁶⁵ Vid. STS de 15 enero de 2019, RJ\2019\534.

prestación de trabajo no se estime como dimisión, ni como causa de despido. De igual manera, si no se entiende como extinción o despido, también pueden regularse los efectos sobre la posición del trabajador en el censo de fijos discontinuos y si pierde o no el lugar que ocupaba en el mismo.

La bolsa puede utilizarse también como sistema para la formación continua del trabajador durante los períodos de inactividad, tal como señala expresamente el art. 16.5 en su primer párrafo, lo cual debe conectarse también con lo dispuesto por el art. 16.8 ET. Este último precepto señala que los trabajadores fijos discontinuos tienen la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral durante los períodos de inactividad. Es evidente que este precepto evidencia la preocupación del legislador en mejorar la ocupabilidad de este personal, pues el trabajo discontinuo es una forma de empleo precario al no permitir una actividad retribuida durante todo el año; de ahí que se impulse, a través de la formación, que se incrementen las posibilidades del trabajador para acceder a un empleo indefinido ordinario.

En realidad la norma está dirigida a los poderes públicos que gestionen los sistemas de formación profesional para el empleo, pues estamos ante el período de inactividad del contrato fijo discontinuo.

Por otra parte, lo que no aclara el precepto es el alcance de esa consideración de colectivo prioritario; es decir, si supone una preferencia frente a cualquier otro sujeto y, si ante la existencia de otros colectivos prioritarios, existe algún tipo de ordenación de prioridades. Tampoco se establece procedimiento alguno a través del cual pueda hacerse valer dicho carácter prioritario. Por todo ello nos tememos que estamos ante una norma de escaso o nulo carácter obligatorio, de manera que salvo que los poderes públicos decidan implementar de manera efectiva esta prioridad, difícilmente va a tener consecuencias favorables para los fijos discontinuos.

Para terminar, una duda: ¿puede la empresa contratar durante el período de inactividad a un trabajador fijo discontinuo a través de un contrato temporal? Desde mi punto de vista no hay problema en ello, siempre y cuando estemos dentro del marco de la legalidad del art. 15 ET⁶⁶. Por ejemplo, se podría contratar al fijo discontinuo en situación de inactividad para cubrir la baja médica de un trabajador fijo ordinario, mediante un contrato de interinidad.

⁶⁶ También a favor se mostraba Yanini Baeza, J.: Op. cit., página 103.

7. DERECHOS ESPECÍFICOS DE LOS TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS

Los últimos apartados del actual art. 16 ET reconocen un conjunto de derechos de los trabajadores fijos discontinuos, que no tenían reconocimiento bajo regulaciones anteriores. En ciertos casos tales derechos son reconocidos con carácter general por el ordenamiento laboral, por lo que no sería necesario su regulación específica, si bien es de agradecer la incorporación expresa al ordenamiento (tal es el caso de los derechos en materia de conciliación). En otros supuestos se trata de puntualizaciones que ya habían sido planteadas en la jurisprudencia (así ocurre con la referencia a la antigüedad del trabajador). Por último, hay auténticas incorporaciones al ordenamiento jurídico, pues no hay referencias previas a tales cuestiones (supuestos del derecho de información sobre los puestos de trabajo fijos ordinarios vacantes, o los derechos en materia formativa en los períodos de inactividad a los que ya nos hemos referido).

7.1. Fijo discontinuo y conciliación

El art. 16.6 ET señala en su nueva redacción que los fijos discontinuos “no podrán sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo (suspensiones, licencias, excedencias) y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o los convenios colectivos.

Por lo tanto, estamos ante un reconocimiento expreso de los derechos en materia de conciliación familiar y los derechos a ausencias por suspensiones, licencias, permisos o excedencias reconocidos por el ordenamiento (ya sea por motivos de la existencia de responsabilidades familiares u otros motivos del todo diferente pero protegidos por el ordenamiento). Es evidente que los fijos discontinuos tienen los mismos derechos en materia de conciliación o ausencias que el resto de los trabajadores. La puntualización obedece a la necesidad de resaltar que ello también es así, aun cuando la relación laboral sea discontinua, de manera que producido el llamamiento, el hecho de que la prestación sea discontinua no puede justificar la negativa empresarial a la concesión de los mismos derechos que en este ámbito tienen reconocidos los trabajadores. Cuestión diferente es que la eficacia de tales derechos se limite, como es lógico a lo que pueda durar el período de actividad que se inicia tras el llamamiento.

Todo ello es consecuencia, no sólo del reconocimiento de tales derechos con carácter general, sino también del derecho a la igualdad y no discriminación; de ahí que el legislador puntualice que los fijos discontinuos no pueden sufrir perjuicios por el ejercicio de tales derechos. Es decir, su llamamiento futuro no podrá verse alterado en manera alguna por el lícito ejercicio de derechos de conciliación o de ausencias consagrados legalmente. De esta manera, el disfrute de tales derechos no

puede generar una preterición del trabajador o su retraso en el orden de llamada en futuros llamamientos, siendo conveniente que las reglas sobre llamamiento reflejen esta cuestión.

7.2. Fijo discontinuo y antigüedad

Otra de las cuestiones tratadas expresamente por la nueva redacción del art. 16 ET es la relativa a la antigüedad del trabajador fijo discontinuo (art. 16.6 ET en su segundo párrafo). Concretamente se señala que la antigüedad del trabajador se calcula teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no sólo el tiempo de servicios efectivamente prestados; es decir, que incluye tanto el tiempo de trabajo efectivo como el tiempo de inactividad entre temporada y temporada o entre prestación de trabajo y prestación de trabajo.

En consecuencia con lo anterior, a los efectos de cualquier condición o derecho vinculado a la antigüedad (por ejemplo, salariales), esta ha de computarse desde el inicio del contrato con independencia de qué períodos se haya trabajado y qué períodos se haya estado en situación de inactividad. La respuesta del legislador es lógica, pues la antigüedad, como concepto jurídico laboral se vincula al mantenimiento del contrato, a lo que dura su vigencia, no a la prestación efectiva de trabajo y así ha venido siendo defendido por la jurisprudencia⁶⁷.

Sin embargo, esta forma de computar la antigüedad no afecta a otras cuestiones vinculadas, no ya con la antigüedad, sino con el período de tiempo de trabajo efectivo, tal como ocurre con las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, que se calculan en base al período de servicio; es decir, al período de trabajo efectivo.

Cabe resaltar al respecto que se genera confusión en la redacción del precepto (probablemente por la propia confusión del legislador), cuando tras afirmar que el cómputo de la antigüedad incluye todo el período de vigencia del contrato (períodos de prestación de servicio y de inactividad), señala que se exceptúan aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que respondan a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia. Desde mi punto de vista, la antigüedad del trabajador se computa siempre de la manera señalada, no existiendo excepciones. Lo que ocurre es que puede haber ciertos derechos que se perciban, no en función de la antigüedad, sino basados en el período de prestación efectiva de servicios. Por ejemplo, una cuantía retributiva que se percibe sólo cuando el trabajador presta servicios; por

⁶⁷ Vid. las SSTs de 13 de octubre de 2021, RJ\2021\4867; de 4 mayo de 2021, RJ\2021\2423; 16 febrero de 2021, RJ\2021\766; 1 febrero de 2021, RJ\2021\795 a tenor de las cuales a efectos del cálculo de la antigüedad, se ha de tener en cuenta todo el tiempo de duración de la relación laboral y no únicamente el tiempo efectivamente trabajado.

ejemplo, un complemento por desplazamiento que retribuye el gasto económico del trabajador para trasladarse de su domicilio al lugar de trabajo. Otro ejemplo sería el de la duración del período de vacaciones, que también se establece en función del tiempo trabajado⁶⁸.

7.3. Derecho a ser informado de las vacantes fijas ordinarias y de conversión del contrato

Una novedad que se incorpora es el derecho de los trabajadores fijos discontinuos, y de la representación de los trabajadores, a ser informados por el empresario de la existencia de puestos de trabajo de carácter fijo ordinario (art. 16.7 ET). El objetivo es, tal como señala este precepto, permitir que los trabajadores fijos discontinuos puedan formular solicitudes de conversión voluntaria de sus contratos.

El art. 16.7 ET no sólo recoge este derecho de información, sino que señala que el mismo se desarrolla “de conformidad con los procedimientos que establezca el convenio colectivo sectorial o, en su defecto, el acuerdo de empresa”. Desde mi punto de vista la literalidad del precepto debe ser entendida tanto en el sentido de que la negociación colectiva puede reglar cómo ha de realizarse la información y cómo se realizarán las solicitudes; pero, además, el convenio colectivo podrá regular el procedimiento de conversión del contrato fijo discontinuo en fijo ordinario. Ello supone: en primer lugar, que facilitar la información es obligatorio para el empresario, por establecerlo directamente la regulación legal. En segundo lugar, que esta ha de facilitarse tal como señale el convenio o acuerdo de empresa (y si nada regula el convenio o acuerdo, ello no elude la obligatoriedad para el empresario de facilitar la información a cada trabajador fijo discontinuo). En tercer lugar, que el convenio o acuerdo pueden establecer diferentes grados de exigencia sobre el empresario, a la hora de proceder a cubrir la vacante de fijo ordinario, de manera que resulte obligatorio para el empresario cubrir la vacante con un trabajador fijo discontinuo, siempre que haya solicitudes de conversión y quienes lo soliciten cumplan con las exigencias propias del puesto de trabajo; pero también es posible que se regule una simple preferencia por los fijos discontinuos o que el empresario tenga plena libertad para determinar quién cubre la vacante, un fijo discontinuo o un nuevo trabajador. En todo caso, si se establece algún tipo de preferencia o prioridad por los fijos discontinuos, también parece lógico que también se regulen criterios de selección, que pueden coincidir, o no, con los del llamamiento y que deben ser objetivos y no discriminatorios⁶⁹.

⁶⁸ Vid. STS de 22 octubre de 2020, RJ\2020\4562.

⁶⁹ Téngase en cuenta que la regulación de preferencias por fijos discontinuos a los efectos de modificación de su contrato en fijo ordinario ha sido una cuestión conocida por la negociación

Recordemos, por último, que el RD-Ley 32/2021 también ha modificado la redacción del art. 6.5 LISOS, considerando infracción leve el incumplimiento empresarial del deber de información a los trabajadores fijos discontinuos (además, de los contratados a tiempo parcial, a distancia y temporales) de las vacantes existentes en la empresa.

8. MEJORA FUTURA DE LA PROTECCIÓN POR SUBSIDIOS DE DESEMPLEO

Para terminar, hemos de hacer alusión a lo dispuesto por la Disposición final 6ª del RD-Ley 32/2021, a tenor de la cual el Gobierno, en el marco de la reforma del nivel asistencial por desempleo, regulará la mejora de la protección de los trabajadores fijos discontinuos para permitirles el acceso a los subsidios por desempleo en las mismas condiciones y derechos que el resto de trabajadores del Régimen General protegidos por desempleo. Debemos, en todo caso, recordar que durante los períodos de inactividad (vigente, por tanto, el contrato de trabajo), los fijos discontinuos se encuentran en situación legal de desempleo (art. 267.1 letra d de la LGSS)⁷⁰.

La DF 6ª del RD Ley 32/2021 hace referencia al subsidio de desempleo y a la necesidad de regular una mejora de la protección. Ello se debe al hecho de que la protección que se otorga a los fijos discontinuos es más reducida que para el resto de los trabajadores. Debemos acudir a lo dispuesto por el art. 277.4 LGSS, que excluye a los fijos discontinuos del subsidio para mayores de cincuenta y dos años regulado en el art. 274.4 LGSS⁷¹. Es decir, la protección por subsidios por desempleo es más reducida para los fijos discontinuos, si bien esta diferencia fue considerada constitucional por la STC 53/2004, pues en puridad el fijo discontinuo no es en realidad un desempleado cuando interrumpe su actividad⁷².

Por otra parte, el mismo art. 277.4 LGSS al regular la duración de los subsidios por desempleo del personal fijo discontinuo establece una regla especial

colectiva y que afecta a empresas en las que, si bien hay una parte de actividad cíclica, también existe actividad permanente. Vid. Álvarez De La Rosa, M.: Op. cit., página 174.

⁷⁰ Vid. sobre esta cuestión a Lousada Arochena, J.F.: “La protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos”, *Actualidad Laboral* nº 6 de 2009, páginas 639 y 640.

⁷¹ Aparentemente esta exclusión se justifica por el hecho de que tal subsidio está destinado para trabajadores con nulas posibilidades de acceder a un empleo en función de la edad. Sin embargo, el fijo discontinuo es un trabajador que cíclicamente realiza prestación de trabajo, tras la cual entra en situación de desempleo. En este sentido Roqueta Buj, R.: “Trabajo fijo discontinuo y protección asistencial por desempleo”, *Relaciones Laborales* nº 7 de 2005, página 362; también Ballester Pastor, I.: Op. cit., página 34.

⁷² Vid. Lousada Arochena, J.F.: Op. cit., página 643.

de duración, para los subsidios destinados a trabajadores que han agotado la prestación por desempleo y tienen responsabilidades familiares (art. 274.1 a); por el subsidio de trabajadores que habiendo agotado la prestación por desempleo, carecen de responsabilidades familiares, pero tienen una edad superior a cuarenta y cinco años de edad en la fecha del agotamiento de la prestación de desempleo (art. 274.1 b); y para los desempleados que reúnan todos los requisitos del art. 274.1 LGSS, menos el período de espera, que no tengan derecho a prestación contributiva por no haber cubierto el período mínimo de cotización (art. 274.3 LGSS). En estos casos no se aplica la duración normal del subsidio regulada en el art. 277.1 y 2 LGSS, sino que el apartado 4º de este último precepto establece que la duración del subsidio en caso de trabajadores fijos discontinuos en los supuestos antes señalados, “será equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud”. Ello supone una menor duración de los subsidios en caso de trabajadores fijos discontinuos⁷³.

En definitiva, desde el punto de vista de los subsidios por desempleo, encontramos cómo los fijos discontinuos tienen un nivel de protección inferior al resto de trabajadores del Régimen General con derecho a subsidios por desempleo, pues no tienen derecho a acceder a todos los subsidios regulados y la duración es inferior.

Con el objetivo de paliar esta situación, el legislador ha dispuesto que, para el futuro, deberá mejorarse la protección del nivel asistencia por desempleo, de manera que los fijos discontinuos accedan a estas prestaciones en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores con derecho a las mismas. Como vemos no estamos ante una reforma de esta regulación, sino ante la manifestación de que en un futuro se procederá a la reforma y cuál será el sentido de la misma. Otra cuestión es que dicha reforma se produzca en el futuro y cuál sea su contenido real caso de llevarse a cabo.

Dado que la Disp. Final 6ª se refiere a la necesidad de mejorar la protección de los fijos discontinuos, permitiéndoles el acceso a los subsidios por desempleo, entiendo que no es objeto de esta futura reforma lo dispuesto por el art. 280.2 a) LGSS en materia de cotización durante la percepción del subsidio por desempleo, pues esta regulación supone una mejora para los fijos discontinuos, al establecer la posibilidad de que la entidad gestora cotice por jubilación cuando el beneficiario sea menor de cincuenta y dos años (la regla general del art. 280 LGSS es que se cotizará por la contingencia de jubilación cuando se disfrute del subsidio de mayores de cincuenta y dos años).

⁷³ Roqueta Buj, R.: Op. cit., página 365; Lousada Arochena, J.F.: Op. cit., página 642.

LAS MEDIDAS SANCIONADORAS FRENTE A LA CONTRATACIÓN TEMPORAL ABUSIVA

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

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

EXTRACTO

Palabras clave: abuso, temporalidad, desincentivo, sanciones

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

ABSTRACT

Key words: abuse, temporality, discouragement, penalties

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

ÍNDICE

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

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

Sin necesidad de realizar valoraciones de conjunto sobre la Reforma, sobre su alcance, la correspondencia de su contenido con lo esperado o algunos puntos reseñables precisados de ajustes o claramente desfasados, quiero ser optimista al contemplarla como un paso inicial hacia un nuevo paradigma de relaciones laborales y una ordenación más garantista de los derechos de las personas trabajadoras. Pese a las críticas que se verterán a lo largo del trabajo, esta idea de cambio de enfoque presidirá la exégesis. No ha pasado inadvertido que, en puridad, el objetivo más relevante de los incluidos en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo¹ hace referencia a la lucha contra la temporalidad. Y ello no solamente por las modificaciones del sistema de contratación sino también en el contexto de otras apuestas como la flexibilidad interna como alternativa a la externa, para situaciones coyunturales, reflejada de forma bastante más diáfana en el preámbulo² que en el articulado.

¹ BOE 30 de diciembre. Corrección de errores en BOE 19 de enero de 2022.

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

Sin más dilaciones, a la hora de explicar la norma se afirma que desde la aprobación del ET-80³ el trabajo ha evolucionado arrastrando siempre el pesado lastre de la temporalidad que ha impedido a una parte importante de las personas trabajadoras ejercer de forma plena sus derechos y ha creado una inercia, de dimensión cultural, que ha mermado el crecimiento de las empresas y su productividad. Aspecto que ya destacara el profesor Valdés al señalar que “la temporalidad ha conseguido convertirse en el inseparable, bien que no deseado, compañero de viaje del mercado español de trabajo en los últimos veinticinco años”⁴.

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

En la práctica, la vía de la contratación temporal fue expandiéndose hasta llegar a afirmarse que dejó de ser la excepción para convertirse en la regla⁵. Si

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

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

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

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

los primeros excesos pueden atribuirse al propio legislador, los empresarios de inmediato acogen y normalizan la contratación temporal como un instrumento al servicio de objetivos económicos (reducción de costes laborales) y organizativos (flexibilidad en la organización del trabajo), para terminar convirtiéndose en una modalidad de contratación típica del sistema español de relaciones laborales⁶.

A la vista de esta consolidada práctica, el preámbulo estima que se trata de una anomalía, a la que se refiere incluso como a un “*planeta lejano*” respecto a la situación europea, con una tasa de temporalidad inasumible y con efectos mucho más allá de la duración efímera de los contratos de trabajo. Se muestra muy consciente el Gobierno (con las vestes de legislador) de los efectos negativos que suelen cifrarse en desigualdades y diferencias en el nivel de protección de la mano de obra, contracción del consumo y consiguientemente de la producción, escasa cualificación y formación de los trabajadores que impide la introducción de nuevas tecnologías, inmediata respuesta a las crisis vía extinciones contractuales, incremento del gasto en prestaciones de desempleo e incluso aumento de la siniestralidad laboral⁷, entre las más significativas. La norma también pone ahora el acento en la competitividad entre empresas, haciéndose eco del “*dumping social*” que la contratación temporal supone, como denunciara hace ya casi veinte años la doctrina⁸.

Pese a que el objetivo de poner coto a la temporalidad ha concurrido de una u otra forma en todas las reformas de la democracia⁹, incapaces, según el propio texto,

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

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

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

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

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

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

Se apunta a un cambio de las normas que favorecen esta temporalidad por otras que impulsen la estabilidad en el empleo, generando así un cambio en las prácticas consolidadas, para revertir la cultura de la temporalidad. Y en este terreno, a buen seguro, la simple actuación normativa será insuficiente para acabar con este fervor por los contratos de duración determinada tan arraigado en nuestras empresas¹¹.

Especial atención se presta, por ser fuente de precariedad e ineficiencias, a los contratos de escasa duración, que representan un porcentaje elevadísimo del total de contratos firmados anualmente, con el consiguiente exceso en la rotación. Asimismo, se destacan los efectos positivos de promover la estabilidad en el empleo y limitar el uso abusivo, injustificado y desproporcionado¹² de la contratación temporal. Si

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

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

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

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

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

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

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

La norma propone una simplificación de los tipos de contrato y la generalización de la contratación indefinida, devolviendo al contrato temporal la causalidad que se corresponde con la duración limitada. Es palpable que es aquí donde el Gobierno (sustentado en la concertación social) ha sido más fiel a sus objetivos y promesas¹⁴, aunque no podemos olvidar las exigencias de Bruselas.

En relación con la indefinición del contrato, recupera el art. 15.1 ET la presunción general de que el contrato de trabajo es por tiempo indefinido. El resurgir de esta fórmula, que figuraba en el texto original del ET-80, seguramente tiene más de declaración firme de intenciones que de cambio estrictamente jurídico del modelo, pero no ha de desdeñarse su relevancia en la exégesis de otros asertos legales. Pese a la disyuntiva presente en el texto anterior entre contratación indefinida y temporal, a la postre el sistema era causal, y cabía rastrear la preferencia por la contratación indefinida¹⁵. Ahora bien, desaparece el hipotético dilema y no cabe postular una alternativa u opción pura entre ambas formas de contratación. La cuestión puede

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

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

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

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

parecer más formal que material pero concuerda con la clara intención del Gobierno, limitando el espacio a derivas en la aplicación que, a la postre, han provocado claros excesos en la contratación temporal. El planteamiento sigue siendo el defendido por la doctrina que reclamaba la necesidad de mantener el contrato indefinido como la modalidad típica y ordinaria del ordenamiento laboral¹⁶, pese a la incuestionable tozudez de los datos. La presunción debe orientar interpretaciones coherentes incluidas exigencias estrictas en el respeto a la causalidad y la justificación y ajuste de cada contrato celebrado.

2.2. La “revitalización” del principio de causalidad

El propósito declarado del RDL pasa por diseñar adecuadamente estos nuevos tipos contractuales para que el contrato indefinido sea la regla general y el contrato temporal tenga un origen exclusivamente causal¹⁷, evitando una utilización abusiva de esta figura y una excesiva rotación de personas trabajadoras. Declaraciones que no han faltado en otros precedentes normativos, así era explícita en la Reforma 1994 donde se apostaba por el restablecimiento del principio de causalidad, exigiendo que los contratos de duración determinada tuvieran por objeto la satisfacción de necesidades empresariales de mano de obra *per se* temporales, aunque se siguieron manteniendo excepciones para contratos temporales con trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo, perpetuadas en el tiempo¹⁸.

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

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

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

Existía bastante consenso a la hora de remarcar la inadecuación de la regulación jurídica en este punto¹⁹, pero una enorme variedad de opiniones sobre los cambios concretos a emprender y sus efectos. La cuestión no es baladí pues viraban desde la desaparición de toda forma de empleo temporal, con propuestas nunca implementadas de contrato único²⁰ o análogas, a la afirmación de la existencia de necesidades coyunturales de las empresas que exigen herramientas legales adecuadas para su adecuada satisfacción²¹. Confirmando estas mismas necesidades, atendiendo a las brechas del principio de causalidad, lleno de recovecos y grietas, que le impiden combatir la precariedad y los amplios espacios dejados a conductas imaginativas con pocos resultados negativos, se apostaba por una reforma en profundidad de la disciplina de los contratos de duración determinada, desdeñando una visión negativa del recurso a la contratación temporal, que funcione de forma incondicionada, automática y absoluta²².

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

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

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

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

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

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

drástica del número de contratos y quizás más aparente que real, pues se ramifica en distintos subtipos. El plato estrella, como se sabe, es la desaparición del contrato de obra o servicio determinado y la reformulación del contrato por circunstancias de la producción. La remodelación ha quedado cercana a quienes defendían la unificación de las dos grandes modalidades de contratación temporal, con sujeción a un tope máximo único, con ciertas matizaciones a la vista del texto aprobado finalmente. Solución que, por sí sola, como ya defendiera la doctrina, no vendrá a solucionar el problema derivado de la alta tasa de temporalidad²³, por ello se impone analizar el resto de medidas que la acompañan.

Los intentos previos de recuperación real del principio de causalidad²⁴, en la Reforma del 97²⁵ eliminando la contratación no causal, con un fracasado contrato indefinido para el impulso de la estabilidad que apenas consiguió desbancar a los contratos temporales o en la Ley 12/2001, formalmente en un sistema de temporalidad estrictamente causal, pero con excepciones, uso de la temporalidad en el marco de programas formativos, y cierta mano ancha para acceder al empleo a través de contratos formativos o el nuevo contrato de inserción, nunca dieron los frutos esperados. Similares consideraciones merecerían las discutibles opciones de las reformas 2012-2013 por el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores o el contrato de primer empleo joven²⁶, ya desaparecidos. En puridad, un contrato temporal encubierto y un contrato temporal sin causa o con una causa “de cobertura”, pese a mantenerse en el plano formal en una estrategia de promoción de la estabilidad laboral y reducción de las tasas de temporalidad²⁷.

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

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

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

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

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

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

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

Y es que sigue sin estar claro si el problema estaba realmente en la configuración (estrictamente causal) que el ET hacía hasta ahora de los contratos temporales o a la laxitud con que se ha tratado el uso abusivo por las empresas, que lo han entendido como la principal forma de flexibilidad²⁸ y, a la postre, como “una vía de recuperar poder y autoridad en el seno de la empresa, de precarizar los derechos laborales”²⁹.

3. ¿ESTAMOS ANTE UN VERDADERO CAMBIO DE PARADIGMA?

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

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

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

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

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

Estos datos llevan a pensar que si la medida estrella en apariencia es el efecto disuasorio de las posibles sanciones administrativas, a través de su individualización y el incremento de sus cuantías, su insuficiencia lleva a seguir “penalizando” la contratación temporal, en especial la de corta duración o la concatenación contractual que supera unos determinados topes (más o menos comprensibles) establecidos *ope legis*. De ello deriva que el propósito ya no es tanto el fraude como el abuso (delimitado legalmente en la mayor parte de los casos), el exceso o la rotación y los incumplimientos de los requisitos legales, con actuaciones legislativas concretas, por acción (nuevas medidas) u omisión (pervivencia de las ya existentes) que reflejan esa mezcolanza de “deseos” perseguidos. No está tan claro que las innovaciones sean suficientes y adecuadas para conseguir un verdadero cambio de paradigma de la contratación laboral³⁰ y la efectiva consagración de la contratación indefinida como regla y la temporal como excepción. Más allá de denominaciones o de cambios estéticos, lo esencial es que se traduzca en una disminución de la precariedad laboral. Quiero confiar en que el supuesto trasvase masivo a la modalidad de fijos-discontinuos no sea una mera operación cosmética, ineficiente si no existe una mínima fijeza. Por otra parte, si se piensa en la posibilidad de un incremento del recurso a la contratación a tiempo parcial indefinida como medida alternativa a la temporalidad, llama la atención que no se haya modificado el régimen jurídico de este contrato ni las reglas sobre distribución flexible del tiempo de trabajo, capaces de otorgar al empresario herramientas muy maleables, en las que las dosis de disponibilidad y falta de seguridad de ingresos de los trabajadores pueden generar nuevas bolsas de empleados por debajo de los umbrales del trabajo digno, pese a tener un contrato “estable”.

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

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

contractuales sino el consciente uso desviado por parte de la práctica contractual³¹. Las políticas de lucha contra el abuso o el empleo desviado no han sido lineales, sin una frontera precisa o estricta entre éste y su uso regular o correcto y solamente el primero rompe la necesaria correspondencia objetiva entre la temporalidad del trabajo y la del contrato³². Cabe destacar el poco acierto de las técnicas de desincentivación de la contratación temporal que se dirigen indiscriminadamente a ambas o las centradas en evitar su utilización abusiva, esto es, sucesiva en el tiempo³³. Además, hasta la fecha no se ha desincentivado suficientemente el recurso injustificado a la contratación de duración determinada³⁴.

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

4. MEDIDAS DISUASORIAS DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

4.1. Incremento de las cotizaciones en contrataciones de corta duración

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

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

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

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

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

Rotación en cierta medida efecto “rebote” de la aplicación de la regla de fijeza del art. 15.5 ET³⁵, en parte enmendada con la extensión de la restricción más allá de la persona del trabajador, para albergar al puesto de trabajo³⁶. Amparándose principalmente en datos cuantitativos (elevado porcentaje de contratos firmados anualmente y excesiva rotación) opta por remodelar el incremento de cotizaciones previsto anteriormente, con una medida de desincentivo de este tipo de contratos que implica una penalización económica, pese a la concurrencia de causa y su ajuste a las demás exigencias legales. Conocidas son las prácticas de contratos de un solo día o de dar de baja a los trabajadores los viernes para volver a contratarlos los lunes, comportamientos difíciles de perseguir, justificación seguramente para aplicar una medida indiscriminada que incrementa el coste de los contratos de escasa duración (ahora el umbral se fija en 30 días³⁷ frente a los 5 anteriores). Resulta difícil calibrar hasta qué punto este cambio unido a la nueva fórmula de cálculo aplicable que castiga más a los contratos más cortos³⁸ contribuirá a corregir la distorsión apreciada ni qué significa que el nuevo precepto pretende “*interiorizar esta externalidad*”.

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

La experiencia previa sobre la ineficiencia de este tipo de medidas³⁹, seguramente aconsejaba emprender la senda de la fijación de límites expresos, en este caso mínimos, a la duración de los contratos y no usar la vía del desincentivo

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

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

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

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

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

económico (“*malus*”), sin contemplar la posibilidad de un “*bonus*”, alguna suerte de estímulo en las cotizaciones para las empresas que presentasen mayores porcentajes de contratos indefinidos. La respuesta es continuista, penaliza la contratación temporal de corta duración, sin explorar una posible aplicación exclusivamente a quienes recurran fraudulentamente a la contratación temporal, opción por la que apostaba un sector doctrinal⁴⁰ o probar otras propuestas como la condena al abono del coste total de la prestación por desempleo a que tenga derecho el trabajador o, en su ausencia, un incremento con carácter retroactivo de la cotización de la Seguridad Social por desempleo⁴¹. Opciones que contribuirían mejor al desincentivo de la utilización de la contratación temporal más allá de las causas y la duración legalmente admitidas, pero seguramente más difíciles de aplicar. Conviene quizás seguir reflexionando acerca de que si resulta preciso seguir acudiendo a este tipo de penalizaciones para todos los contratos de corta duración, igual no están muy bien hechos los deberes previos de delimitación estricta de la causa y la duración de los contratos.

4.2. A vueltas con la indemnización por fin de contrato

La oportunidad de mantener la indemnización por fin de contrato es un tema bastante conflictivo. Un sector doctrinal muy crítico con la medida⁴² destaca que es tan contradictoria en sí misma que tira por tierra su finalidad declarada. El pretendido carácter disuasorio operaría sobre la contratación temporal regular o no fraudulenta, lo que denota la confusión del legislador al enfocar su papel en nuestro sistema de relaciones laborales. El problema de fondo es el de la ruptura de la lógica institucional, estableciendo un tratamiento de cargas y costes idénticos entre empresas que hacen un uso correcto, causal y plenamente justificado de la contratación temporal y empresas que acuden a la contratación temporal con un uso abusivo, injustificado y acausal⁴³.

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

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

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

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

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

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

Igual, habida cuenta que algunos de los grandes problemas apuntados son la escasa duración de los contratos, la micro contratación y la rotación excesiva, perpetuar la indemnización solamente contribuya a dar continuidad al problema. Inclusive, para algún autor puede incentivar la escasa duración del contrato para disminuir su coste⁴⁴. Es lógico entonces cuestionar su oportunidad, su finalidad y sus efectos positivos sobre la temporalidad, al no encaminarse a la irregular o fraudulenta, que no recibe un desincentivo suficiente.

No obstante, esta afirmación no es pacífica, pues también se ha propugnado ir incluso más allá e igualar la cuantía indemnizatoria con la propia de la extinción por circunstancias objetivas procedente⁴⁵. Al operar indistintamente contra la contratación lícita y la abusiva y no combatir eficazmente ésta, su finalidad queda en entredicho, pero la elevación a 20 días por año de servicio afecta a la propia línea de flotación de la demarcación entre la contratación temporal y la indefinida y desmiente la afirmación que ha servido como punto de partida: la existencia en las empresas de circunstancias que justifican el recurso a mano de obra de carácter temporal. No cabe desconocer que también se ha puesto el acento en su utilidad como fórmula de disminución de la dualidad entre trabajo indefinido y temporal⁴⁶. Seguramente se podía haber sido más imaginativo y apostar por nuevas soluciones, explorando la vía de las indemnizaciones disuasorias⁴⁷ para los supuestos de contrataciones abusivas y fraudulentas, incluyendo también el camino de los daños

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

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

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

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

punitivos⁴⁸, solución aún poco normalizada en nuestro ordenamiento jurídico-laboral pero que podría desplegar una indudable eficacia profiláctica.

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

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

Frente a la previsión contenida en el derogado apartado 3 del arts. 15 ET “*se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley*” se emplea ahora una expresión más tajante en la que se deja atrás la presunción y se utiliza la fórmula de adquisición de la condición de fijas (de las personas trabajadoras) en la nueva redacción del art. 15.4 ET. Esta formulación, aunque aquí suponga alguna novedad y se aventuren elucubraciones sobre la finalidad perseguida por el legislador, en relación con su posible aplicación en la Administración Pública⁴⁹, no era desconocida pues figuraba ya con anterioridad en el apartado 5 del mismo precepto legal.

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

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

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

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

establecido en este artículo), por tanto, no solo el abuso o el fraude⁵⁰, dejando atrás los problemas de delimitación apreciados por la propia jurisprudencia que originaban que, de no poderse apreciar el fraude, no se activara la presunción de contrato por tiempo indefinido⁵¹. Con ello seguramente se busca endurecer los efectos de la desviación empresarial, particularmente en la causa o la duración, siendo más operativa esta respuesta⁵² y ello exigirá una interpretación estricta sobre el principio de causalidad. Pero no faltarán nuevas dudas determinadas por las dificultades exegéticas de la propia indefinición legal apuntadas *supra*. Puede no ser tan fácil afirmar con certeza que un contrato incumple lo establecido legalmente si no existe un mínimo acuerdo en qué se entiende por incremento “ocasional” o cuándo resulta imprevisible, qué representa un desajuste temporal u otras fórmulas como el empleo requerido y así sucesivamente.

Un ámbito donde los desencuentros ya son patentes, a modo de ejemplo, es el del propio papel llamado a jugar por el contrato de duración inferior a los noventa días. No parece descabellado pensar que la indefinición de la causa lo hace más proclive a las bolsas de fraude y, en cambio, ya se ha considerado improbable, poniendo el acento en el tope temporal⁵³. La configuración legal lleva incluso a cuestionarse si a la postre es un contrato prácticamente acausal topado temporalmente o se impondrá un control muy estricto de la justificación objetiva y la correlación entre contratos y necesidad temporal de mano de obra, interpretación restrictiva más ajustada al objetivo declarado de la Reforma pero no tanto a la configuración del contrato ni a las incógnitas que ya plantea su finalidad real⁵⁴. Puede haber cierto caladero de fraude pues el tope opera con independencia

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

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

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

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

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

del número de personas necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato, pues no hay límites para el número de contratos. El único requisito es que los noventa días no se usen de forma continuada, pero ya se han puesto de manifiesto notables dudas, por ejemplo, sobre el método de cómputo a utilizar⁵⁵. Seguramente también habrá nuevos problemas de delimitación con el fijo discontinuo, por ejemplo, en caso de que estos contratos temporales se repitan todos los años en las mismas fechas ¿cuánto habría que esperar?, pues parece que ya no encajan en las necesidades “ocasionales”. Supuesto que habrá de ser vigilado por la Inspección pero, a la postre, por aplicación del art. 15.4 ET considerados como fijos. Es innegable que el control del número de contratos y su duración es bastante más fácil con las nuevas tecnologías que simplifican la tarea inspectora, pero también conviene hacer un llamamiento a la jurisprudencia que en el pasado ha contribuido a algunos de los excesos normalizados en relación con los contratos temporales y a la negociación colectiva, que tampoco ha desplegado muchos esfuerzos para limitar la contratación temporal.

Probablemente hubiera sido más operativo y menos complejo desde un punto de vista estrictamente jurídico abogar por acompañar el principio con unos límites más sencillos y, a la vez, más fácilmente computables, por ejemplo, la fijación de porcentajes de trabajadores o de horas de trabajo temporales sobre el total anual⁵⁶.

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

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

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

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

de la causalidad, nunca desaparecida en el texto legal pero rodeada de altas dosis de evanescencia en su aplicación práctica, podrían llevar a cuestionarse si un contrato que incumple totalmente la forma escrita y, por ende, la precisión de la causa en los términos legales determina la adquisición de fijeza y no meramente el juego de la presunción legal, por tanto, sin posibilidad de acreditar *a posteriori* la naturaleza temporal. Exégesis rigurosa con la apropiada conducta empresarial, derivada de la interpretación teleológica de la norma que busca un cambio de modelo y una influencia en las propias estrategias de contratación, que podría contribuir, si bien se mira, a correcciones en las extendidas prácticas abusivas. Ello continuaría una línea doctrinal que ya insistía en el carácter causal del sistema de contratación, afirmando que para la validez de los contratos temporales no solamente es necesario que concurra la causa que los legitima, sino que ha de explicitarse en el propio contrato y, puesto que la temporalidad no se presume, si no se acredita su concurrencia, opera la presunción a favor de la contratación indefinida del art. 15.3 ET⁵⁷. Mientras que entonces nos encontrábamos ante dos presunciones de diferente carácter, ahora nos movemos entre una presunción y la adquisición de la condición de fijo.

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

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

5.2. Insuficiencia de efectos

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

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

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

Es palpable la insuficiencia del efecto disuasorio puesto que declarada la fijeza la extinción sería improcedente y, por tanto, a lo sumo el empresario pagará exactamente lo mismo que si desde el principio hubiera utilizado la contratación indefinida⁵⁸. Cantidad, lógicamente, más elevada de la que correspondería si el devenir de las prácticas y estrategias empresariales llevasen a la celebración de contratos indefinidos como regla y a su extinción exclusivamente ante la presencia de causas objetivas.

Se ha reclamado con insistencia la intervención del legislador, con distintas fórmulas, que van desde la consideración del despido nulo⁵⁹ al cambio en la titularidad de la opción entre readmisión e indemnización en despido improcedente, con apuestas también por la expansión de la garantía de indemnidad⁶⁰. Nada de esto, sin embargo, se ha afrontado en la Reforma que podría haber dado alguna respuesta más acorde con la firme intención de combatir la temporalidad, apostando por una lucha más contundente contra la contratación irregular, no ajustada al art. 15.1 ET. Las soluciones a este problema específico deberían ser del mismo carácter, regulando expresamente las posibles sanciones, indemnizaciones o penalizaciones a este tipo de comportamientos empresariales sin buscar en la elasticidad (no sabemos si ilimitada) de la garantía resolver todos los escollos que no entran en los planes del legislador.

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

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

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

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

5.3. El papel de la negociación colectiva

Sin entrar en detalle en los aspectos concretos que pueden incluir los planes de reducción de la temporalidad en los convenios colectivos (art. 15.8 ET), baste ahora con recordar que se alude expresamente a las posibles “*consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos*”. Hasta ahora, como es sabido, el papel de los convenios en este campo ha sido más bien mediocre⁶¹, aunque quepa rastrear ejemplos donde se fijen porcentajes de trabajadores indefinidos o cierta proporción entre trabajadores indefinidos y temporales. No son de esperar grandes avances en el terreno dada las dificultades y posibles resistencias a topar el número de trabajadores temporales o prever el número máximo de horas cubiertas por estos trabajadores, máxime en lo que hace a posibles sanciones por el incumplimiento.

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

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

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

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

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

fraude a la Seguridad Social⁶² se puso el foco de atención en la persecución de la economía sumergida y, en particular, en los posibles fraudes a la Seguridad Social, por motivos indubitadamente económicos. A partir de entonces se acometen también cambios relevantes para la nueva organización de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, ITSS)⁶³ y de una política de incremento de sus efectivos, a fin de hacer aflorar las bolsas de fraude. En movimientos ulteriores se aprecia un claro giro, expandiéndose más allá de la irregularidad, reorientando las actuaciones inspectoras para perseguir situaciones relativas al fraude en la contratación temporal⁶⁴.

El Plan Director por un trabajo digno (2018-2019-2020) aprobado el 27 de julio de 2018 por el Consejo de Ministros y publicado en el BOE del día siguiente, ya exponía ideas repetidas machaconamente en los últimos tiempos para ensalzar las bondades de la Reforma 2021, tales como su objetivo de “recuperar derechos laborales y mejorar la calidad del empleo y de las condiciones de trabajo”. Partiendo de un alto nivel de tolerancia de los incumplimientos y de la situación de permisividad social de la aplicación laxa del marco normativo, pone el acento en la relevancia del incremento de la conciencia empresarial y de la sociedad en general sobre la necesidad, para que nuestro sistema de convivencia perdure, de que las normas sociales se hagan cumplir, dirigiéndose, en puridad a “*luchar contra el fraude, la precariedad laboral y erradicar las situaciones de abuso*”. Las primeras ocho medidas del plan se dedican a este problema, anunciando la ejecución inmediata de un plan de choque contra el fraude en la contratación temporal⁶⁵, complementadas por las destinadas a reforzar los medios humanos y materiales

⁶² BOE 27 de diciembre. Entre otros, Jover Ramírez, C., “La incidencia de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, en la potestad sancionadora de la Administración en el Orden Social”, *Actualidad Laboral* 2013-i, pp. 1487 ss; Igartua Miró, M.T., “El empleo irregular en España: puntos críticos”, *Trabajo y Derecho* n° 1, 2015, pp. 53 ss.

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

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

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

del Organismo Estatal ITSS (56-58)⁶⁶. Asimismo, como es sabido, en la actualidad también los subinspectores ostentan funciones en materia de comprobación del cumplimiento de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales *ex art. 14.2 c) LOITSS*, atribución que venía reclamando la doctrina⁶⁷. No obstante, la ratio de efectivos de la Inspección en España está lejos de alcanzar las recomendaciones de la OIT que la sitúa en uno por cada 10.000 empleados. En este período se aprueba el primer Plan Estratégico de la ITSS para los años 2018-2019 y 2020 y sendos planes de choque en 2019, destinándose uno de ellos a combatir la contratación fraudulenta⁶⁸, que busca sobre todo tener efectos disuasorios. Para ello se ha optado por amplias campañas de difusión, informando a las empresas incumplidoras del refuerzo de las actuaciones inspectoras, así como de la tolerancia cero de la Inspección contra el uso irregular y fraudulento en la contratación temporal. También se da cuenta de las actuaciones de asistencia técnica a las empresas para conseguir la transformación de contratos temporales en indefinidos.

El balance que arroja el plan es el de la conversión en indefinidos de un total de 323.026 contratos⁶⁹, cifra considerablemente superior a la de períodos inferiores pero seguramente limitada si comparada con el número total de contratos temporales celebrados (que supera normalmente los 20 M anuales). Asimismo, se destaca la formación facilitada al personal para realizar actuaciones en materia de fraude en relación con los contratos formativos.

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

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

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

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

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

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

El día 16 de noviembre de 2021 se aprobó el Plan Estratégico de la ITSS 2021-2023⁷⁰ que parte de la consolidación de los logros ya alcanzados y un reforzamiento de la Inspección. Entre otras medidas, se propone incidir en contratos que garanticen la preferencia legal por el contrato indefinido y actuaciones en materia de contratación temporal fraudulenta (actuación 1.3). Aquí se anuncia también un reforzamiento de la intervención de la ITSS, con el objetivo de materializar el componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España (C.23.R4)⁷¹.

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

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

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

⁷⁰ BOE 3 de diciembre.

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

mediante la extensión de actas de infracción automatizada introducida expresamente en el art. 53.1 a) LISOS modificado por RDL 2/2021 y desarrollado en el RD 688/2021, de 3 de agosto, de modificación del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de Seguridad Social. Si hasta la fecha la Inspección ha empleado los cruces masivos de datos y las notificaciones a las empresas con carácter informativo, postergando las visitas a los casos de incumplimiento de esas advertencias, nada parece impedir que se avance hacia propuestas de sanción que emanen del propio algoritmo⁷². A pesar de las objeciones de los propios inspectores, el avance tecnológico puede jugar claramente a favor de la eficiencia de la labor inspectora, siempre con salvaguarda de las imprescindibles garantías para los administrados. Seguramente en este contexto hubiera sido más simple el control con una regulación que incluyera porcentajes de contratos temporales en función de la plantilla o topes de duración mínima, fáciles de testar con la inteligencia de datos.

6.3. Reforma del Texto de la LISOS

6.3.1. Individualización de las infracciones

El art. 5 RDL 32/2021 introduce una serie de modificaciones en el Texto Refundido de la LISOS (RD legislativo 5/2000, de 4 de agosto). El art. 7.2 LISOS mantiene su redacción intacta en lo relativo al supuesto de hecho. Por tanto, se ha estimado innecesario tipificar de un modo más exacto la conducta y está por ver si es suficiente con el esfuerzo realizado a nivel del art. 15 ET con relación a la exigencia legal de especificación de las causas concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista para facilitar la persecución de las conductas prohibidas por parte de la Inspección⁷³. A diferencia de lo analizado respecto al

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

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

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

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

La persistente falta de medios humanos y tecnológicos de la Inspección pueden perpetuar las dificultades para hacer efectiva la lucha contra la contratación laboral abusiva. Para algunos no es tan esencial una actuación permanente y constante como un cambio de actitud y una ofensiva potente en los primeros momentos de aplicación de la norma⁷⁴, a fin de dejar constancia de la política de tolerancia cero con las actuaciones desviadas.

El cambio más significativo obviamente es el de la individualización de las infracciones, afirmándose que “*se considerará una infracción por cada una de las personas afectadas*”. Misma modificación que se introduce en los arts. 18.2 c), 19.2 b), 19 bis.1 b) y 19 ter.2 b) a efectos de sancionar la formalización por las Empresas de Trabajo Temporal y/o las usuarias de contratos de puesta a disposición para supuestos distintos a los previstos legalmente⁷⁵. Modificación solicitada

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

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

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

por distintos sectores, incluida la propia Inspección⁷⁶ puesto que al empresario le resultaba tremendamente económico incumplir las normas sobre contratación temporal sin que, además, influyera el número de trabajadores afectados por la contratación “irregular”.

Esta nueva regla parece descartar la aplicación del criterio de graduación del número de trabajadores afectados, empleado hasta la fecha para agravar la conducta cuando el número era apreciable (art. 39. 2 LISOS). Ello lleva a plantear que, además de una especificación de los tipos ya existentes, igual no hubiera estado de más aplicar el principio de proporcionalidad, graduando y distanciando los comportamientos, tipificando los incumplimientos más graves, las situaciones de fraude o abuso o aquellas en que se vieran afectado un número relevante de trabajadores, incluyéndolos entre las infracciones muy graves⁷⁷. Como se sabe, únicamente este tipo de sanciones da entrada a las prohibiciones de contratar con las administraciones públicas a tenor de lo dispuesto en el art. 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contrato del Sector Público, vía que a juicio de un sector doctrinal podría de ser explorada a fin de perseguir eficazmente la contratación temporal acausal o abusiva⁷⁸.

Teniendo en cuenta que la Inspección está optando por actuar primero en forma de comunicación, lo que puede llevar a emplear solamente el requerimiento, primando el respeto de la norma a fin de reducir la temporalidad⁷⁹, su incumplimiento también podrá jugar como agravante según lo previsto en el propio art. 39.2 LISOS.

6.3.2. Incremento de las cuantías sancionadoras

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

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

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

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

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

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

Este incremento, que será notorio por aplicación de la regla anterior, era reivindicado también por distintos sectores sociales, pero seguramente no resultará eficaz si no se consigue aumentar su efectividad preventiva y, en definitiva, las posibilidades de control eficaz y eficiente por parte de la Inspección de Trabajo⁸⁰.

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

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

LOS EXPEDIENTES TEMPORALES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

FRANCISCO VILA TIERNO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Magistrado (supl) TSJA
Universidad de Málaga*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga*

EXTRACTO

Palabras clave: Suspensión del contrato, reducción de jornada, reforma laboral

La reforma laboral aprobada el 28 de diciembre de 2021 ha consolidado, de manera definitiva, como instrumento clave de flexibilidad interna, una figura que ha demostrado, durante la crisis sanitaria por COVID19, que es una herramienta clave para empresas y trabajadores ante situaciones complejas. Una herramienta que facilita el tránsito hacia la recuperación empresarial mientras que preserva el empleo, siendo, por tanto, un elemento de equilibrio entre los intereses de los antagonistas sociales en el marco de las relaciones de trabajo. El RDL 32/2021 ha configurado una ordenación normativa fruto del equilibrio entre el respeto a lo ya existente, la incorporación de aquellos aspectos que han sido probados con éxito durante la pandemia y aquellos otros elementos que han pretendido mejorar su diseño anterior. La eficacia de la medida ya quedó acreditada en momentos de máxima dificultad, queda ver como responderá en el período postpandémico, pero, sea como sea, el éxito de la misma ya se concreta por el hecho de venir respaldada por un acuerdo en el marco del Diálogo Social.

ABSTRACT

Key Words: Suspension of contract, reduction of working hours, labour law reform

The labour law reform approved on 28 December 2021 in Spain has definitively consolidated, as a key instrument of internal flexibility in companies, a figure that has been shown, during the health crisis by COVID-19, to be a key tool for companies and workers in complex situations. A tool that facilitates the transition towards business recovery while preserving employment, and is therefore an element of balance between the interests of the social antagonists in the framework of labour relations. Royal Decree-law 32/2021 has configured a regulatory system that is the result of a balance between respect for what already exists, the incorporation of those aspects that have been successfully tested during the pandemic and those other elements that have sought to improve on its previous design. The effectiveness of the measure has already been accredited in times of maximum difficulty; it remains to be seen how it will respond in the post-pandemic period, but, be that as it may, its success has already been confirmed by the fact that it is backed by an agreement within the framework of the Social Dialogue.

ÍNDICE

1. CONTEXTUALIZACIÓN
2. EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL COMO MEDIDA DE FLEXIBILIDAD INTERNA
3. LA REFORMA DE LA FIGURA DEL ERTE POR EL RDL 32/2021
 - 3.1. Planteamiento
 - 3.2. Las novedades en la regulación del ERTE por el RDL 32/2021
 - A) ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP)
 - A.1. La reestructuración
 - A.2. Las causas:
 - A.3. El procedimiento
 - a) Inicio
 - b) La comisión negociadora
 - c) El período de consultas
 - d) Comunicación de decisión
 - e) Impugnación de la decisión empresarial
 - A.4. Prórroga
 - B) ERTE por Fuerza Mayor
 - B.1 Fuerza Mayor temporal
 - B.2 Nueva situación: Fuerza Mayor temporal por impedimentos o limitaciones
 - B.3. Normas comunes ERTE ETOP y FM
 - 3.3. Algunos aspectos relacionados con la cotización a la Seguridad Social en la regulación del ERTE por el RDL 32/2021

1. CONTEXTUALIZACIÓN¹

En un período en el que la pandemia sanitaria ha marcado los tiempos de nuestras vidas, todo se ha visto condicionado por aquella². Mirando hacia atrás,

¹ El presente trabajo se enmarca en el contexto de los siguientes Proyectos de Investigación: Proyecto de Investigación en Programa Estatal de I+D+i «Retos Investigación» Orientada a los Retos de la Sociedad, RTI2018-094696-B-I00, titulado “Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?”;

Proyecto de Investigación en Programa Estatal de I+D+i, «Retos Investigación» Orientada a los Retos de la Sociedad, RTI2018-098794-B-C32 denominado “Nuevas formas de protección social ante los cambios productivos” financiado por el MINECO/MICIU;

Proyecto P18-RT-2585 “Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico. Un análisis de la realidad andaluza”; concesión de ayudas a proyectos de I+D+i, destinadas a las universidades y entidades públicas de investigación calificadas como agentes del Sistema Andaluz del Conocimiento, en el ámbito del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020). Convocatoria 2018;

Proyecto de Investigación “Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socio-económico de la economía digital”, del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación con fondos FEDER, Ref. UMA18 FEDERJA 028;

Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía (SEJ 347), Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social.

² Vid. en sentido amplio: Vila Tierno, F. “Crisis del empleo en la situación generada por el Covid-19: Antecedentes”, en AA.VV. *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, 2020, págs. 15-44.

recordaremos que el 30 de diciembre de 2019 conocíamos el documento que marcaba las líneas generales de un programa para un Gobierno de coalición. Documento en el que se nos planteaba, de manera relativamente inmediata, la puesta en marcha de una reforma laboral en varias fases que significaría, esencialmente, la derogación de la que se llevó a cabo en el año 2012. Pero, como hemos advertido, la pandemia llegó y empezó a marcar los tiempos... y los contenidos...³.

De aquella propuesta programática inicial, se produce la derogación del despido objetivo por absentismo en febrero de 2020, pero el resto queda paralizado desde marzo de ese mismo año. O más bien postergado. Las prioridades cambiaron de manera radical. Y lo más urgente entonces es la regulación de una normativa de emergencia que permita salvar vidas, empleos y economía.

En este contexto, descubrimos que las medidas más útiles eran dos que hasta ahora habían caído en el desuso o en el olvido o, simplemente, que eran escasamente utilizadas. De una parte, el trabajo a distancia y, de otro, los ERTes del art. 47 ET. Instrumento, este último, que, a la larga, ha demostrado ser de una enorme utilidad⁴. Hasta el punto de que, sin ellos, las consecuencias sociales habrían sido de mayor calado. De mucho mayor calado.

En cualquier caso, en esta travesía por el desierto no estamos solos, ya que, como su propio nombre indica, estamos ante una pandemia, una crisis sanitaria, de dimensión global. Ello motiva que, desde la UE, se plantea la necesidad de presentar una respuesta conjunta que permita superar los efectos económicos derivados de aquella. Y ello se realiza a través del Programa *Next Generation UE*.

Este mecanismo trae consigo una fuerte financiación, pero ligada a la propuesta y cumplimiento de una serie de reformas que solvente los problemas estructurales de cada país que, a su vez, puedan poner en peligro la recuperación y, en consecuencia, la financiación señalada⁵. De este modo, los Estados miembros deben formular una serie de compromisos que, en primer término, serán evaluados y, posteriormente, ser valorados en cuanto a su grado de cumplimiento. Concretamente, nos referimos al Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación

³ Vila Tierno, F. *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

⁴ En ese *rastros* que ha ido dejando la crisis sanitaria en el contexto de las relaciones laborales, el ERTE se ha configurado como un elemento central de nuestras vidas y no había día que pasara sin esta medida a la vista. Y es que esta institución se convirtió en una –o en la que más– de las principales herramientas para superar una situación que se aventuraba como coyuntural.

⁵ Álvarez Cortés, J.C. “Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma del RD-ley 32/2021” (I), (II) y (III), *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado, Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento*, enero, 2022, <http://grupo.us.es/iwpt/category/juan-carlos-alvarez-cortes/>.

y Resiliencia. Éste dispone en su artículo 24.2 –en cuanto a los pagos ligados a dicho mecanismo–, que el Estado miembro deberá presentar una solicitud una vez “alcanzados los correspondientes hitos y objetivos convenidos que figuran en el plan de recuperación y resiliencia”.

Particularmente, nuestro país, introduce el Componente²³ (Reformas 4, 6, 8 y 9) que gira en torno a “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, conforme a las Disposiciones Operativas del Plan de Recuperación –acordadas por el Gobierno de España y aprobadas por la Decisión de la Comisión de 29 de octubre de 2021–, y se compromete a llevar a cabo un debate en el seno del Diálogo Social para alcanzar una reforma negociada –para modernizar y mejorar la eficiencia abordando un conjunto de deficiencias estructurales y aportando soluciones a las mismas–, dentro del plazo fijado para ello (durante el cuarto trimestre de 2021).

Fruto de todo lo anterior, se publica, finalmente, el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, que supone una importante reforma del mercado de trabajo, pero no por su aspecto cuantitativo, sino por el cualitativo, ya que, fiel al compromiso adquirido, se basa en el acuerdo entre el Gobierno y los agentes sociales. Un acuerdo suscrito en el límite máximo, el día 23 de diciembre de 2021, con los agentes sociales CEOE, CEPYME, CCOO y UGT. De esta manera, ha sido el debate y el consenso la fórmula adoptada para hacer efectivo el necesario paquete de reformas, con vocación de permanencia y asentada en una clara voluntad colectiva.

2. EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL COMO MEDIDA DE FLEXIBILIDAD INTERNA

Cuando se hace referencia, en general, a la flexibilidad interna, se está aludiendo a la capacidad empresarial para atender a los requerimientos del mercado a través de sus políticas de personal. Una posibilidad que se lleva a cabo mediante diferentes instrumentos legales, entre ellos, el ERTE. En cualquier caso, este concepto de flexibilidad interna, viene unido al de adaptabilidad y, por consiguiente, a la idea de cambio, en este caso, estrictamente temporal. Lo esencial es que el mismo permita al empleador atender a necesidades estrictamente empresariales a través de una herramienta de naturaleza estrictamente laboral⁶,

⁶ Vid. en sentido general respecto a su concepto, v.gr. Gárate Castro, J., “Las medidas de flexibilidad interna en la reforma laboral de 2012, en especial las relacionadas con la clasificación profesional, la determinación del contenido de la prestación de trabajo objeto del contrato y la movilidad funcional”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm.8/2013 (formato on line: BIB 2013\2368).

que, en el caso de las suspensiones de contrato o reducción de jornada, evita la destrucción de empleo.

En este sentido, al margen de la legislación de la pandemia⁷, como es conocido, nuestro Estatuto de los Trabajadores ya preveía la suspensión o reducción de jornada con una regulación específica, bien fueran por fuerza mayor o por causas ETOP (causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción) –art. 47 ET y RD 1483/2012, fundamentalmente⁸–. Dicha regulación venía permitiendo que por aquellas causas –las mismas que, por ejemplo, para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo–, se pudieran hacer tales suspensiones o reducciones de jornada con los límites previstos en ella⁹ –al margen de la reducción unilateral del art. 41 ET cuando reúna los requisitos de ese precepto¹⁰–.

Se trata, por tanto, de un mecanismo clásico de flexibilidad interna que puede ser usado para evitar la destrucción de empleo en los casos de crisis económica¹¹. Un mecanismo que se utiliza con base a situaciones de carácter coyuntural y con perspectivas de recuperación, o superación, ya que, en otro caso, lo único que provocarían es una larga agonía de las empresas en crisis¹².

Al amparo, de esta ordenación, se admiten dos opciones:

- La suspensión del contrato por causas empresariales permite al empresario prescindir del cumplimiento de ciertas prestaciones laborales de forma temporal,

⁷ Vid. Cavas Martínez, F. (2020). “Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19: Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia”. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, (1), 103-145. <https://doi.org/10.24310/rejls.vi1.10414>.

⁸ Vid. Guerrero Vizuete, E., “Los acuerdos de reestructuración empresarial basados en la suspensión consensuada del contrato de trabajo”, *Trabajo y Derecho*, N.º 26, febrero 2017, Wolters Kluwer (formato online).

⁹ García Murcia, J. “La reducción de la jornada de trabajo: fórmulas legales y vías de control judicial”, *Actualidad Laboral*, N.º 6, junio 2013, tomo 1, Wolters Kluwer (formato online); Guerrero Vizuete, E., op. cit.

¹⁰ Vid. García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., “Reducción de jornada impuesta unilateralmente por la empresa ¿novación del contrato a tiempo completo en otro a parcial o modificación sustancial ex art. 41 ET?”. *Revista de Información Laboral* num.6/2014 (formato online: BIB 2014\2867); De Castro Marín, E., “La reducción definitiva de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas organizativas o de producción”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, num.9/2013 (formato online BIB 2013\13).

¹¹ Carrillo Márquez, D. “Suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales y fraude de ley”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164/2014 (formato online: BIB 2014\1069), Salguero Molina, P. “La reducción de jornada como medida para evitar despidos, tras la reforma laboral de 2012”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3/2013, (formato online: BIB 2013\1244).

¹² Álvarez Cortés, J.C. op. cit.

por motivos de conveniencia o de oportunidad, y con base a causas tasadas, aunque amplias, lo que sin duda es una decisión que responde a la finalidad de reordenación de las prestaciones laborales que es propia de la denominada flexibilidad interna.

- Esta finalidad flexibilizadora también se observa en las reducciones de jornada sustentada en las mismas causas empresariales por cuanto va a expresar un claro ajuste de las prestaciones laborales afectadas y en consecuencia permite una reorganización y una evidente reordenación de estas. A estos efectos, se entiende por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70% de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual y conlleva, como no podría ser de otra manera, la reducción proporcional del salario.

Con el ánimo por simplificar la medida, como vía para facilitar su uso, se nos presenta una herramienta en la que, a diferencia, por ejemplo del ERE, no se distingue entre procedimiento colectivo e individual (como ocurre en las modificaciones sustanciales, en los traslados o en los despidos colectivos), sino que únicamente contempla una ordenación común en la que intervienen los representantes de los trabajadores, con el desarrollo de un expediente simplificado respecto al citado ERE -con quién ha compartido regulación reglamentaria¹³ y en el que tenía especial transcendencia la participación, de una parte, de la comisión ad hoc del art. 41.4 ET¹⁴, pero, de otra, la existencia de buena fe negocial en todo el proceso¹⁵. Fundamentalmente porque el empresario tiene la opción de implantar esas decisiones, aún sin acuerdo con los representantes de los trabajadores. Además de la ausencia de autorización administrativa, salvo Fuerza Mayor (la reforma no lo ha modificado).

Ello exige, como no puede ser de otro modo, una proporcionalidad de la medida en cuanto a su utilización y justificación, pero de un modo, valga la redundancia, más flexible: “b) Las medidas de flexibilidad interna, aunque se apoyan en criterios interpretativos respecto a las medidas adoptadas en procesos extintivos, cuenta con un mayor margen de actuación empresarial, al entenderse que estos procesos son menos drásticos que los que pongan fin a las relaciones laborales”¹⁶.

¹³ García Murcia, J., op. cit.

¹⁴ Benavente Torres, I., “Los litigios en torno a las comisiones ad hoc del art. 41.4 ET”, Trabajo y Derecho, N.º 11, noviembre 2015, Editorial Wolters Kluwer (formato online).

¹⁵ STS núm. 843/2018, de 18 septiembre.

¹⁶ STS núm. 330/2021, de 17 de marzo.

3. LA REFORMA DE LA FIGURA DEL ERTE POR EL RDL 32/2021

3.1. Planteamiento

Precisamente, su utilidad como mecanismo de flexibilidad interna para el ajuste temporal de su actividad, de cara a evitar la destrucción de empleo, lo ha llevado a situarse como una de las medidas que ha sido objeto de revisión expresa a través de nueva regulación en la nueva reforma laboral por el RDL 32/2021¹⁷.

En este sentido, la experiencia obtenida con la crisis sanitaria y económica producida por la COVID19 ha servido como campo de pruebas para estabilizar y potenciar en el RD-ley 32/2021 a este mecanismo de flexibilidad interna. Y es que, hasta 2020, los ERTE eran instrumentos poco utilizados por las empresas, pero la regulación especial de los mismos desde el RD-ley 8/2020, y en sus sucesivas prórrogas, ha proporcionado una base para avanzar hacia un mecanismo permanente, que garantice un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda, alternativo a la alta temporalidad y a la elevada oscilación del empleo y que contribuya a la estabilidad laboral y económica, con un fuerte apoyo a la formación y recualificación de las personas trabajadoras, invirtiendo, así, en el capital humano del país, sobre la base de beneficios en la cotización a la Seguridad Social.

De entre los aspectos que fueron regulados, expresamente, en uno de los bloques temáticos¹⁸, se procede, además de reformar el art. 47 ET, se añade un art. 47 bis. La modificación producida en esta nueva ordenación de los ERTE –y la inclusión del “mecanismo Red”– lo es basándose en que es necesario utilizar estas figuras “como medidas de adaptación, alternativas más eficientes y de menor coste social que las reducciones de plantilla o el recurso a la contratación temporal”¹⁹. Mediante esta vía se permitirá mejorar no solo la protección del empleo, sino también reforzar las posibilidades de empleabilidad de los trabajadores (upskilling,

¹⁷ Álvarez Cortés, J.C. op. cit.

¹⁸ Son diversos aspectos los que han sido regulados y podrían agruparse en 5 bloques:

- la nueva regulación de los contratos formativos, con único contrato con dos modalidades e incluso el compromiso de elaboración de un estatuto del becario;
- la modificación de la contratación temporal (remodelando de forma importante los arts. 15 y 16 ET);
- la “modernización” de la subcontratación de obras o de servicios (art. 42 ET);
- la reforma de la negociación colectiva en los arts. 84 y 86 ET;
- y, una nueva regulación de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo.

¹⁹ En el componente 23, la número 6, referida al “establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna y recualificación de trabajadores en transición”.

en palabras de la Exposición de Motivos) a través, en su caso, de la necesaria inversión de la formación profesional²⁰.

Se ha diseñado, de este modo, con una estructura más lógica, tratando de una manera más sistemática y ordenada, la reducción o suspensión de manera conjunta que, a su vez, se subdivide en las tres opciones que hemos adelantado: por causas ETOP, por fuerza mayor –recogiendo aquí su regulación actualizada y no con una remisión al art. 51.7 ET– y utilizando la novedosa vía del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo²¹. Sea como fuere, han venido a recoger parte de la experiencia y la regulación de los ERTEs COVID –la experiencia que en la legislación laboral de emergencia durante el estado de alarma se ha producido con los ASDE, dando importancia a esta figura de flexibilización interna como medio o forma de mantenimiento del empleo–.

En síntesis, con el RD-ley 32/2021 se incorporan medidas para facilitar el uso de los expedientes temporales de empleo, como fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones²² –artículo 47 ET–.

3.2. Las novedades en la regulación del ERTE por el RDL 32/2021

A) ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP)

A.1. La reestructuración

En los términos que hemos adelantado, la reconfiguración supone el tratamiento de forma conjunta, tanto de la reducción, como la suspensión de

²⁰ La demanda de flexibilidad laboral ha sido históricamente una reivindicación empresarial. Pero en esta norma se avala también por el Gobierno y por los trabajadores porque lleva consigo “seguridad” en el sentido de ir aparejada de medios de protección social.

²¹ Vid. en este sentido, con profundidad y desarrollo más completo y exhaustivo: Rojo Torrecilla, E.: “Estudio de la reforma laboral de 2021 (VI). La apuesta reforzada por la flexibilidad interna y la incorporación de medidas adoptadas durante la pandemia. Expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) y nuevo Mecanismo RED”. *El Blog de Eduardo Rojo*, enero/2022.

²² Martínez Barroso, R. “El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios”, *AEDTSS Briefs*, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/5_EL-REFUERZO-DE-LA-FLEXIBILIDAD-INTERNA-Y-LA-FORMACION-A-TRAVES-DE-LOS-ERTE-CLASICOS.pdf “En lugar de modificar el despido, la reforma ha preferido incentivar las reducciones temporales de jornada y las suspensiones contractuales a través de los ERTE, facilitando a las empresas soluciones no traumáticas en términos de empleo ante coyunturas macroeconómicas adversas y de reestructuración sectorial, al tiempo que refuerza las prestaciones sociales e intenta cubrir las necesidades de recualificación y transición profesional de las personas trabajadoras afectadas. Esto es, medidas temporales de regulación de empleo que apuestan por la viabilidad de las empresas y la protección del capital humano”.

jornada²³, pero poniendo especial atención en la “temporalidad” en las causas ETOP (se incluyen en el apartado primero del art. 47 ET, lo que antes se incluía también en el apartado tercero).

En otro orden, al haberse suprimido la regulación anterior del art. 47.4 ET, ya no se indica directamente que durante este período haya de promoverse el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados y cuyo objeto era aumentar la polivalencia o incrementar su empleabilidad.

No obstante, esta misma cuestión se plantea de forma distinta, ya que:

- De un lado, la nueva DA 25 ET hace referencia a las acciones formativas en los ERTE de los arts. 47 y 47 bis, indicando que durante el ERTE las empresas podrán desarrollar acciones formativas para los trabajadores afectados con el objeto de mejorar sus competencias profesionales y empleabilidad, priorizando acciones formativas que:
 - atiendan a las necesidades formativas “reales” de las empresas y de los trabajadores, incluyendo “las vinculadas a la adquisición de competencias digitales,
 - así como aquéllas que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa.

Estas acciones formativas lo serán a través de cualquier tipo de formación prevista en la LO 5/2002 de cualificaciones y formación profesional o en la Ley 30/2015 que regula el sistema de formación profesional. Las acciones formativas deberán realizarse durante la aplicación de suspensión o reducción de jornada del ERTE o en tiempo de trabajo, pero respetando los descansos establecidos y el derecho a la conciliación de la vida familiar con la laboral.

- De otro lado, la nueva DA 39 LGSS vincula la formación a la obtención de exenciones a la cotización durante el ERTE, para los casos de ERTE ETOP o del mecanismo RED sectorial.

A.2. Las causas

Las causas que, no se han visto modificadas, y que justifican estas medidas siguen siendo las económicas, técnicas, organizativas o de la producción. Su acreditación y razonamiento, lo es en la línea del despido colectivo, de un lado, porque estas situaciones modificativas conllevan un coste económico para el Estado a través de prestaciones de la Seguridad Social; y, de otro, porque mantiene las mismas causas que, de manera común, están presentes en los supuestos

²³ Falguera Baró, M.A. “Guía/esquema de las reforma laboral de 2021”, Ciudad del Trabajo, número 50/ enero 2022, págs. 279 y ss.

de flexibilidad interna y de salida y que pueden reconducir a un acuerdo de reorganización productiva.

La norma, por tanto, sigue manteniendo la misma enumeración de causas²⁴, algunas, de una vaguedad e indefinición importante, lo que permite una flexibilidad muy significativa en el poder de dirección y organización del empresario, con más flexibilidad que en redacciones anteriores de la norma para que el empresario pueda llevar a cabo la medida. Ello no ha sido corregido en la Reforma de 2021.

A tal efecto, entendemos que es precisa una interpretación jurisprudencial, pues es ésta la que ha venido determinando cuáles son los parámetros que justifican que esta medida es adecuada en función de las causas alegadas. Al respecto, puede ser ilustrativo, sobre la proporcionalidad y justificación de los ERTE como medida de flexibilidad interna, algún fallo como la STS núm. 330/2021, de 17 de marzo.

Es cierto los hechos fácticos de esta resolución viene referidos a un supuesto en pandemia –y a su regulación de emergencia– pero es que, es precisamente cuando más se ha utilizado esta figura. En este contexto, cada vez, con más frecuencia, aparecerán sentencias judiciales en las que se ha entrado a valorar si las decisiones de suspensión y/o reducción de jornada adoptadas están justificadas y en qué circunstancias.

De manera específica, esta sentencia, analiza de un modo sistemático dos extremos relativos a tal justificación. De un lado, a la propia razonabilidad de la medida adoptada, esto es, si existen, ante determinados supuestos de hecho, argumentos que amparan el acogimiento de esta herramienta de flexibilidad. Y, de otro, si las decisiones puestas en práctica al amparo de la misma, son proporcionadas.

²⁴ A) Concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa:

- Bien por la existencia de pérdidas actuales o previstas.

- Bien por la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. La disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

El que se pueda justificar las causas económicas con base a pérdidas “previstas” genera una situación importante de incertidumbre, porque aunque se explique cómo se entiende que una disminución de ingresos es “persistente”, ha de recordarse que el empresario es quien gestiona la contabilidad de la empresa y quién conoce perfectamente sus números, pudiendo obviar ciertas cifras a priori para justificar la decisión (aunque, posteriormente, en caso de impugnación o de control por parte de la Inspección de Trabajo, tendrá que acreditar de manera fehaciente, por lo que no tendría ninguna lógica omitir ciertos datos).

B) Concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción;

C) Concurren causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción;

D) Concurren causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

O dicho de otro modo, si el equilibrio entre la causa y la actuación existe (“si existe una posible desproporción entre la disminución de la actividad preconizada por la empresa y la afección de trabajadores).

Resulta, de este modo absolutamente clarificadora porque introduce una serie de parámetros que pueden servir de guía para la medición objetiva de los ERTE, en parte con criterios ya asentados:

- a) Los órganos judiciales de lo Social realizarán un control en torno a la razonable adecuación entre la causa alegada y la modificación acordada;
- b) Las medidas de flexibilidad interna, aunque se apoyan en criterios interpretativos respecto a las medidas adoptadas en procesos extintivos, cuenta con un mayor margen de actuación empresarial, al entenderse que estos procesos son menos drásticos que los que pongan fin a las relaciones laborales;
- c) Que, entendida esa flexibilidad o amplio margen legal para disponer de medidas frente a la crisis, no debe obviarse que su aplicación debe respetar siempre un principio de proporcionalidad.

Sin duda, estos elementos que, no obstante, siguen estando muy abiertos, o quizás por esta misma razón, van a servir como criterio de ponderación y de determinación del alcance de las causas motivadoras.

A.3. El procedimiento

Se mantiene, básicamente, el procedimiento preexistente. Un procedimiento que sigue las reglas generales establecidas en el propio art. 47.1 ET y en los artículos 16 y siguientes del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Pero introduciendo elementos para su aceleración, como el tratamiento conjunto y sin las especificidades para la reducción de jornada, así como una reducción de plazos²⁵.

Dicho procedimiento será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión.

Respecto a sus diferentes bases estos son los elementos más destacados:

a) Inicio

El presente procedimiento se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores. Dicho período tendrá una duración

²⁵ Beltrán de Heredia, I. “Nueva reforma laboral 2021 (RD-ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (art. 47 ET) y ERTE Mecanismo RED (art.

no superior a quince días, o siete en empresas de menos de 50 trabajadores. Al respecto, la reducción a 7 días según plantilla es introducida por la nueva redacción del RD-ley 32/2021²⁶.

En este inicio del procedimiento, debe aportarse a la autoridad laboral, como ya se exigía anteriormente, una numerosa documentación, que varía según la causa aducida. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social se introduce como garante en el proceso.

b) La comisión negociadora

Con escasos cambios en su ordenación, se mantiene, también, en esencia, la ordenación preexistente. De esta forma, la consulta sigue siendo con una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora, que actuará en representación de la parte social, deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas, estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada uno de los bancos.

A los efectos anteriores, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de 5 días tras la modificación por el RD-ley 32/2021 desde la fecha de la referida comunicación o 10 días²⁷ cuando alguno de los centros de trabajo afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores.

La intervención como interlocutores de los trabajadores en este período de consultas, se sigue rigiendo por un inalterado art. 41.4 ET que sigue respetando, por tanto, la preferencia por la representación sindical (si así lo decide por mayoría) o unitaria (en defecto del acuerdo anterior) y, en ausencia de éstas, se atribuirá a la denominada comisión ad hoc²⁸.

Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas. La falta

47.bis ET)", Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2021; Martínez Barroso, R. op. cit.

²⁶ Falguera Baró, M.A. op. cit.

²⁷ Falguera Baró, M.A. op. cit. Beltrán de Heredia, I. op. cit. Antes de la reforma del RD-ley 32/2021 eran, respectivamente, 7 y 15 días.

²⁸ Al respecto, el art. 41.4 ET sigue disponiendo, sin cambios en su regulación, la siguiente atribución:

- A las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación

de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración. Reiteramos, por tanto, que se sigue, fielmente un art. 41 ET que no ha sido modificado.

c) El período de consultas

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe –STS núm. 843/2018, de 18 septiembre–, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo, como ya se preveía, requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período (15 días).

La autoridad laboral ya no tiene que dar traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo. Pero sí recabará informe preceptivo de la ITSS sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del período de consultas. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas y quedará incorporado al procedimiento.

mayoritaria en los comités de empresa o de los delegados de personal de los centros afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores afectados.

- En defecto de ello:

· Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo: corresponde al comité de empresa o a los delegados de personal. En caso de inexistencia de representación legal de los trabajadores formada, los trabajadores podrán optar bien por atribuir su representación a una comisión “ad hoc” de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o bien a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

· Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá: bien al comité intercentros si tiene atribuida esa función en el convenio colectivo que lo creó; o bien a una comisión representativa especial que se forma en base a complicadas reglas que abarcan todas las variables referidas a si los centros cuentan o no con representantes de los trabajadores (vid. art. 41.4 ET).

Si tras el período de consultas se llega a un acuerdo, se presumirá que concurren las causas justificativas y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

El hecho de que la autoridad laboral no de traslado al SEPE, no es importante ya que se adopta una nueva DA 26 ET en la que se indica que la TGSS, el SEPE y la ITSS tendrán acceso, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan, a todos los datos necesarios para la identificación y tipo del ERTE:

- de la empresa y de los trabajadores incluidos en el expediente,
- el tipo de medida a aplicar,
- el periodo en que se puede producir la suspensión o la reducción de jornada - y el porcentaje máximo de reducción o período máximo de suspensión respecto de cada trabajador.

d) Comunicación de decisión

Tras la finalización del período de consultas, el empresario notificará a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la reducción o la suspensión de contratos –sin que ya tenga que dar traslado de la misma la autoridad laboral a la entidad gestora²⁹–, que deberá incluir el periodo dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de estas medidas.

Esta decisión surtirá efectos a partir de la fecha de su comunicación a la autoridad laboral, salvo que en ella se contemple una posterior.

Se produce caducidad del procedimiento si en el plazo de 15 días desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, el empresario no hubiera comunicado a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos o reducción temporal de jornada.

e) Impugnación de la decisión empresarial

De una parte, podrá ser impugnada por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo cuando aquella pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

Pero, de otra parte, también contra la misma podrá reclamar el trabajador ante la jurisdicción social que declarará la medida justificada o injustificada. No obstante, debemos distinguir si la impugnación se realiza a título individual, en cuyo caso la impugnación se articulará a través de la modalidad especial sobre

²⁹ Martínez Barroso, R. op. cit.; Beltrán de Heredia, I., op. cit.

suspensión del contrato y reducción de jornada (art. 138 LRJS); o lo es de carácter colectivo, que se formulará por la vía específica del conflicto colectivo (art. 153 y siguientes LRJS)³⁰. Será colectiva, a estos efectos, si la decisión empresarial afecta a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el art. 51.1 de ET. Ello habilitará la reclamación, como se ha advertido, por la modalidad de conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual, si bien, aquella paralizará las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución.

Los efectos de la impugnación podrán ser los siguientes:

- Si se entiende justificada, convalidará la decisión adoptada por la empresa en la reducción o suspensión de los contratos.
- Si fuese injustificada, la sentencia declarará la inmediata reanudación del contrato de trabajo y condenará al empresario al pago de los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta la fecha de la reanudación del contrato o, en su caso, al abono de las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestaciones por desempleo durante el período de suspensión, sin perjuicio del reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas, así como del ingreso de las diferencias de cotización a la Seguridad Social. Anteriormente, no se recogía la devolución de las diferencias de cotización, pero era algo lógico y coherente con la denegación de la medida adoptada³¹.

A.4. Prórroga

Como interesante novedad, el art. 47.4 ET recoge que en cualquier momento durante la vigencia de la medida de reducción de jornada o suspensión de contratos basada en causas económicas, organizativas, técnicas o de producción, la empresa podrá comunicar a la representación de las personas trabajadoras con la que hubiera desarrollado el periodo de consultas una propuesta de prórroga de la medida³².

La necesidad de esta prórroga deberá ser tratada en un periodo de consultas de duración máxima de cinco días, y la decisión empresarial será comunicada a la autoridad laboral en un plazo de siete días, surtiendo efectos desde el día siguiente a la finalización del periodo inicial de reducción de jornada o suspensión de la relación laboral.

³⁰ Martín Hernández-Carrillo, M. y Vila Tierno, F. “La impugnación ante la jurisdicción social de las medidas de flexibilidad interna”, en VV.AA. *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en el nuevo derecho del trabajo garantista* (Flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva) / Monereo Pérez, Gorelli Hernández y Almendros González, dir), editorial Laborum, 2022.

³¹ Álvarez Cortés, J.C. op. cit.

³² Álvarez Cortés, J.C. op. cit.; Ramírez Barroso, R. op. cit.; Falguera Baró, M.A. op. cit.

Salvo en los plazos señalados, resultarán de aplicación a este periodo de consultas las previsiones de procedimiento señaladas anteriormente (lo que *contrario sensu* significa también la participación de la Inspección de Trabajo como garante del proceso).

B) ERTE fuerza mayor

B.1. Fuerza Mayor temporal

El art. 45 i) ET enumera a la “*fuerza mayor temporal*” como causa de suspensión³³.

Pero no se define, como tampoco antes se hacía, la fuerza mayor³⁴. Debe recordarse, en este punto, que para reconocer la existencia de fuerza mayor³⁵ tiene que acaecer una circunstancia externa, involuntaria, imprevisible o inevitable al círculo de empresa, esto es, que sea del todo punto independiente de la voluntad del empresario³⁶ –y ello en el marco de una relación laboral–, siempre que se constate la falta de conexión entre el origen del daño y la actuación imputable o directa de

³³ Rojo Torrecilla, E. op. cit.; Falguera Baró, M.A. op. cit.

³⁴ Esta afirmación en genérico, que tampoco encuentra una regulación concreta en el art. 47 ET, ni en el RD 1483/2012.

³⁵ Partiendo del concepto del art. 1105 CC, vid. de manera breve: Díez-Picazo Giménez, G. (2011) “Artículo 1105. Fuerza mayor” en VV.AA. (Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno dir.), *Código civil comentado*, Vol. 3 (Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444), págs. 120 y ss.

³⁶ STS de 8 de Julio de 2008: “En realidad, la fuerza mayor se configura en nuestro Derecho, en el marco de la regulación de los efectos del incumplimiento del contrato (artículo 1105 del Código Civil en relación con los artículos 1101, 1102, 1103 y 1104 del mismo texto legal) como un criterio de imputación (fuerza mayor y caso fortuito frente a culpa y dolo). Aquí, sin embargo, no opera la fuerza mayor dentro del enjuiciamiento de un incumplimiento contractual, sino en la apreciación sobre la existencia de una causa de extinción del contrato de trabajo, en la que ese elemento debe valorarse a efectos de determinar la norma aplicable... un supuesto de fuerza mayor, que, según la doctrina de la Sala Primera de este Tribunal, debe entender como “en una fuerza superior a todo control y previsión”, ponderándose a efectos de su concurrencia “la normal y razonable previsión que las circunstancias exijan adoptar en cada supuesto concreto” (sentencias de 20 de julio de 2000 y 18 de diciembre de 2006).

De esta forma, la fuerza mayor, a los efectos de los artículos 49.h) y 51.12 del Estatuto de los Trabajadores, ha de entenderse como la actuación de causa extraña al empresario, es decir, como la acción de elementos exteriores que quedan fuera de su esfera de control y en este sentido tiene interés el artículo 76 de la LCE, que vinculaba la fuerza mayor con fenómenos como el incendio, la inundación, el terremoto, la explosión, las plagas del campo, la guerra, el tumulto y las sediciones, aparte de la fórmula general que hace referencia a los acontecimientos de carácter extraordinario que “no hayan podido preverse o que, previstos, no se hayan podido evitar”.

la empresa³⁷. No es necesario, en este caso, la concurrencia de otra causa distinta o de la situación de crisis, basta la fuerza mayor³⁸.

Se distingue, en este sentido, entre fuerza mayor propia, cuando nos referimos a hechos catastróficos como plagas; e impropia, en referencia a simples hechos imposibilitantes, pero no catastróficos. En este contexto se reconoce el llamado “*factum principis*”³⁹ o decisión de los poderes públicos imprevisible o inevitable⁴⁰, que recae sobre una empresa e impide la continuación de la prestación laboral⁴¹.

Con base a esta causa, el art. 47.5 ET incluye, además de la suspensión, la reducción de jornada y se remite al procedimiento de 51.7 ET y su desarrollo reglamentario.

El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa dirigida a la autoridad laboral competente, acompañada de los medios de prueba que estime

³⁷ Vila Tierno, F. “Algunas referencias al RDL 18/2020. En especial a los conceptos de fuerza mayor total y parcial”, *Revista de estudios jurídicos*, N° 20, 2020, págs. 577 y ss.

³⁸ De manera extensa: Mendoza Navas, N. “La fuerza mayor como causa de despido” en *Revista de derecho social*, N° 63, 2013, págs. 73 y ss. Poquet Catalá, R. “Los últimos perfiles de la fuerza mayor como causa extintiva». *IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, [en línea], n.º 2, 2015, pág. 18, vid. en <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/288729> [Consulta: 21-05-2020]; Cavas Martínez, F. “El despido por fuerza mayor” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N°. Extra 19, 1996, pp. 203 y ss. Areta Martínez, M. “El despido por fuerza mayor: La extinción del contrato de trabajo” AA. VV. (coord. por Sempere Navarro, Martín Jiménez), págs. 967 y ss.

³⁹ Ramírez Barroso, R. op. cit.: “En la nueva versión del art. 47 ET, apartados 5 y 6, se ha incorporado, con carácter permanente, la regulación de los ERTE por fuerza mayor temporal, tanto en su versión prototípica como en los supuestos de *factum principis* (decisión del poder o de la autoridad pública imprevisible o/e inevitable que recae en la esfera de la autonomía privada dificultando o imposibilitando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes), tratando de normalizar fenómenos vinculados a la salud pública”.

⁴⁰ Vila Tierno, F. “Algunas referencias...” op. cit.

⁴¹ STS de 5 de julio de 2000: “derivada de un acto de autoridad («*factum principis*»); Poquet Catalá, R. op. cit. pág. 6: “La doctrina ha clasificado las causas de fuerza mayor en dos grupos, diferenciando entre fuerza mayor propia e impropia, recogidas en los arts. 49.1 h) y 49.1 i) ET, respectivamente. Constituyen supuestos de fuerza mayor propia los acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e inevitables como los incendios, inundaciones, terremotos, explosiones, plagas del campo, guerras, tumultos o sediciones. Por su parte, se configuran como causas de fuerza mayor impropia los sucesos susceptibles de quedar incluidos en la expresión “cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario, que los contratantes no hayan podido prever o que, previstos, no se hayan podido evitar” es decir, todos aquellos supuestos que, no siendo técnicamente causas concretamente constitutivas de la fuerza mayor propia, por asimilación legal, pueden provocar de igual forma la extinción del contrato de trabajo y ello no por semejanza del hecho causante e incluso de la naturaleza del mismo en relación con aquellos hechos constitutivos de dicha fuerza mayor, sino por la semejanza de sus efectos. La diferencia entre ambos tipos de fuerza mayor se halla en que mientras la propia conoce como causa hechos ajenos a la

necesarios, y simultánea comunicación a la representación legal de las personas trabajadoras.

La existencia de fuerza mayor temporal como causa motivadora de la suspensión o reducción de jornada de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas.

La autoridad laboral solicitará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social antes de dictar resolución. Este informe deberá pronunciarse sobre la concurrencia de la fuerza mayor. La resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud, y deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la reducción de las jornadas de trabajo o suspensión de los contratos de trabajo. La resolución surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor, y hasta la fecha determinada en la misma resolución. Si no se emite resolución expresa en el plazo indicado, se entenderá autorizado el expediente de regulación temporal de empleo (silencio positivo).

En el supuesto de que se mantenga la fuerza mayor a la finalización del período determinado en la resolución del expediente, se deberá solicitar una nueva autorización.

B.2. Nueva situación: Fuerza Mayor temporal por impedimentos o limitaciones

Al margen de la indefinición o de concreción de la fuerza mayor, la regulación pandémica si concretaba que se entendía por fuerza mayor en ese contexto⁴² y, a partir de la misma se regularon diferentes situaciones. Entre ellas, la de fuerza mayor temporal debida a impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada, a consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad competente, incorporando como mecanismo disponible, con un carácter permanente, el régimen de los expedientes de regulación temporal de empleo a causa de la COVID-19, que han demostrado su eficacia para preservar empleo y tejido empresarial ante contingencias y escenarios de crisis, desde la regulación de esta situación con el RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre de 2020.

voluntad de las partes contratantes, en la impropia, se observa una cierta intervención indirecta de esa voluntariedad en virtud de actuaciones impremeditadas, pero no ajenas a la voluntad, o bien la intervención de terceros ajenos a la relación de trabajo, como puede ser por la decisión de poderes públicos que impide la continuidad en la prestación de servicios laborales”.

⁴² Vila Tierno, F. “Algunas referencias...” op. cit.

La modificación del artículo 47.6 ET, que incorpora de manera permanente estas figuras⁴³, no resultará de aplicación hasta el 1 de marzo de 2022 a los expedientes de regulación temporal de empleo por impedimentos o limitaciones a la actividad normalizada derivados de las restricciones vinculadas a la COVID-19, ya que la DA 3ª del RD-ley 32/2021 establece que la tramitación y efectos de los expedientes de regulación temporal de empleo por impedimento o por limitaciones a la actividad normalizada vinculadas a la COVID-19, regulados en el artículo 2 del Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, seguirán rigiéndose por lo dispuesto en dicho precepto hasta el día 28 de febrero de 2022.

La fuerza mayor temporal podrá estar determinada por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública.

Será de aplicación el procedimiento previsto para los expedientes por causa de fuerza mayor temporal que hemos visto anteriormente, con las siguientes particularidades:

- a) La solicitud de informe a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social por parte de la autoridad laboral no será preceptiva. El hecho de que no sea preceptiva no supone que la autoridad laboral no pueda solicitar un informe sobre la misma. De hecho, mucho nos tememos, que se hará así, aunque, por la sobrecarga de trabajo de la Inspección de Trabajo, ésta tenga complicado emitir los informes en un tiempo acorde con los plazos establecidos en este procedimiento, pero es solo una valoración personal. Es de desear que la Inspección de Trabajo se encuentre suficientemente dotada de efectivos para llevar a cabo sus funciones.
- b) La empresa deberá justificar, en la documentación remitida junto con la solicitud, la existencia de las concretas limitaciones o del impedimento a su actividad como consecuencia de la decisión de la autoridad competente.
- c) La autoridad laboral autorizará el expediente si se entienden justificadas las limitaciones o impedimento referidos.

En estos supuestos, la posible impugnación distinguirá si la resolución administrativa constata o no la existencia de fuerza mayor. Si no se reconoce la fuerza mayor, se podrá impugnar la resolución administrativa mediante la modalidad de impugnación de actos administrativos en materia laboral (art. 151

⁴³ Cavas Martínez, F.: “El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad del empleo en la nueva Reforma Laboral 2021”. *NET21*, enero/2022; Falguera Baró, M.A. op. cit.

LRJS)⁴⁴. La legitimación correspondería al empresario, aunque no puede negarse esa opción trabajadores directamente interesados.

Si la resolución administrativa reconoce la fuerza mayor, bien se puede debatir únicamente la su constatación (ya sea expresa o por silencio administrativo) por el mismo cauce anterior, estando, en tales casos legitimados, tanto la representación legal de los trabajadores como los trabajadores afectados, que serán parte en el procedimiento; y ello, sin perjuicio de la legitimación para iniciar el correspondiente procedimiento individual de impugnación.

Cuando no se discuta la existencia de la fuerza mayor, sino las decisiones empresariales posteriores, la impugnación será vía conflicto colectivo con impugnación por los representantes de los trabajadores, siempre que se superen los umbrales previstos para el despido colectivo; o bien a través de la modalidad procesal de impugnación de suspensión del contrato y reducción de jornada, cuando la decisión individual verse sobre dichas cuestiones. En los mismos términos expuestos en el art. 47.3 ET. Ello debe entenderse así en tanto que, a pesar de que en la regulación específica de la fuerza mayor, no existe una remisión a dicho precepto –se entiende porque en el caso del ETOP se impugna directamente la decisión estrictamente empresarial basada en una causa empresarial–, aquí existe una causa que escapa de la voluntad de la empresa, pero, en la medida que finalmente ésta es la que decide una actuación de flexibilidad interna que puede repercutir al trabajador –por ejemplo, ser afectado o desafectado de un ERTE–, hay que abrir una vía procedimental para canalizar su pretensión, que no será otra, que las ya comentadas⁴⁵.

B.3. Normas comunes ERTE ETOP y FM

Se repiten, en gran medida, normas precedentes⁴⁶:

- a) En la medida en que ello sea viable, se priorizará la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos⁴⁷.
- b) La reducción de jornada podrá ser de entre un diez y un setenta por ciento y computarse sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual.

⁴⁴ Al efecto, existen dudas sobre la necesidad de agotar la vía administrativa previa (ex art. 69.1 LRJS), que parece que sí es preciso (vid. al respecto: Areta Martínez, M., La impugnación de la resolución administrativa que niega la existencia de fuerza mayor vinculada a la COVID-19 a efectos de un ERTE. Sentencia núm. 102/2020, de 8 de mayo, del JS núm. 3 de Burgos”, *Anuario de 2020 de Jurisprudencia Laboral* (Estudio de 100 casos relevantes), 2021, págs. 859 y ss.

⁴⁵ Martín Hernández-Carrillo, M. y Vila Tierno, F. op. cit.

⁴⁶ Ramírez Barroso, R. op. cit.; Cavas Martínez, F.: “El refuerzo...” op. cit.

⁴⁷ Rojo Torrecilla, E. op. cit.

c) La empresa junto con la notificación, comunicación o solicitud, según proceda, a la autoridad laboral sobre su decisión de reducir la jornada de trabajo o suspender los contratos de trabajo, comunicará, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan:

- El período dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de la suspensión del contrato o la reducción de jornada.
- La identificación de las personas trabajadoras incluidas en el expediente de regulación temporal de empleo.
- El tipo de medida a aplicar respecto de cada una de las personas trabajadoras:
 - y el porcentaje máximo de reducción de jornada;
 - el número máximo de días de suspensión de contrato a aplicar.

d) Durante el periodo de aplicación del expediente, la empresa podrá desafectar y afectar a las personas trabajadoras en función de las alteraciones de las circunstancias señaladas como causa justificativa de las medidas.

Informando previamente de ello a través de los procedimientos automatizados que establezcan dichas entidades:

- a la representación legal de las personas trabajadoras RLT
- y previa comunicación a la entidad gestora de las prestaciones sociales SEPE o ISM
- y, conforme a los plazos establecidos reglamentariamente, (3 días naturales) a la TGSS

e) Dentro del periodo de aplicación del expediente no podrán:

- realizarse horas extraordinarias,
- establecerse nuevas externalizaciones de actividad (de hecho, se añade un nuevo apartado 20 al artículo 8 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, por el RD-ley 32/2021, que entiende como muy grave establecer nuevas externalizaciones de actividad incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 47.7.d) del ET),
- ni concertarse nuevas contrataciones laborales,
- Excepción:
 - Esta prohibición no resultará de aplicación en el supuesto en que las personas en suspensión contractual o reducción de jornada que presten servicios en el centro de trabajo afectado por nuevas contrataciones o externalizaciones no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas, previa información al respecto por parte de la empresa a la representación legal de las personas trabajadoras.

- El nuevo art. 11.4 f) ET establece: las empresas que estén aplicando algunas de las medidas de flexibilidad interna reguladas en los artículos 47 y 47 bis podrán concertar contratos formativos siempre que las personas contratadas bajo esta modalidad no sustituyan funciones o tareas realizadas habitualmente por las personas afectadas por las medidas de suspensión o reducción de jornada).
- f) Las empresas que desarrollen las acciones formativas a las que se refiere la disposición adicional vigesimoquinta, a favor de las personas afectadas por el expediente de regulación temporal de empleo, tendrán derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada, en los términos previstos en el artículo 9.7 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral⁴⁸.

De hecho, como dijimos, la DA 25 ET, introducida por el RD-ley 32/2021, indica que, durante las reducciones de jornada de trabajo o suspensiones de contratos de trabajo por ERTE, las empresas podrán desarrollar acciones formativas para cada una de las personas afectadas, que tendrán como objetivo la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras.

Formación relacionada con:

- Necesidades reales de las empresas.
 - Adquisición de competencias digitales
 - Aquellas otras que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa.
- g) Las prestaciones por desempleo a percibir por los trabajadores afectados se regirán por lo establecido en el artículo 267 LGSS y normas de desarrollo.

⁴⁸ El diseño de los ERTE en la reforma laboral producida por el RD-ley 31/2021 está muy ligada a la formación profesional de los trabajadores para su reinserción bien dentro del organigrama de la plantilla de la empresa afectada por el ERTE o bien para cubrir necesidades de recualificación y procesos de transición profesional de las personas trabajadoras en otros sectores que demanden mano de obra.

Modificación de la Ley 30/2015 del Sistema de Formación Profesional.

Se introduce un nuevo apartado 7 en el artículo 9 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, que incrementa el crédito para la financiación de acciones formativas en el caso de los ERTE o del mecanismo RED, en función del tamaño de la empresa:

- a) De 1 a 9 personas trabajadoras: 425 euros por persona.
- b) De 10 a 49 personas trabajadoras: 400 euros por persona.
- c) De 50 o más personas trabajadoras: 320 euros por persona.

Este incremento de crédito será financiado a través de una aportación extraordinaria al presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal.

Las cuantías establecidas anteriormente podrán, en su caso, ser actualizadas reglamentariamente.

Asimismo, para el seguimiento de esta formación, el Servicio Público de Empleo Estatal será reforzado en sus unidades provinciales de gestión.

3.3. Algunos aspectos relacionados con la cotización a la Seguridad Social en la regulación del ERTE por el RDL 32/2021

Se introduce el nuevo art. 153 bis LGSS referido a la cotización en los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato a causa de un ERTE. En tales casos, indica la norma, que la empresa está obligada al ingreso de las cuotas correspondientes a la aportación empresarial. Cuando durante esta situación se disfrute por los trabajadores afectados por el ERTE de la protección por desempleo, corresponde a la entidad gestora de la prestación el ingreso de la aportación del trabajador (aportación, evidentemente, que será detrída de la cuantía de la prestación por desempleo que corresponda).

Durante la obtención de la prestación por desempleo a causa de un ERTE, la base de cotización, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales se hallará conforme al promedio de las bases de cotización en la empresa afectada de los seis meses naturales inmediatamente anteriores al inicio de cada situación de reducción de jornada o suspensión del contrato.

Las empresas durante los ERTE podrán acogerse voluntariamente a las exenciones en la cotización sobre las aportaciones empresariales por contingencias comunes y por conceptos de recaudación conjunta.

- Para los ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción (incluyendo sus prórrogas) la exención será del 20%, solo y exclusivamente en el caso de que las empresas desarrollen las acciones formativas a las que se refiere la DA 25 ET⁴⁹.
- Para los ERTE por fuerza mayor temporal o fuerza mayor temporal por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa la exención será del 90% (en este caso no es necesario desarrollar acciones formativas).

⁴⁹ García Blasco, J. “Reforma laboral, infracciones en el orden social y reforzamiento del papel de la Inspección de Trabajo”, Briefs AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/juan-garcia-blasco.pdf>. En este contexto, hay que incluir también la función que se le reserva en la nueva disposición adicional trigésima novena incorporada a la Ley General de la Seguridad Social relativa a los beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED. La no realización de las actividades formativas previstas para estos supuestos deberá ser puesta en conocimiento de la Inspección de Trabajo para que ésta inicie los expedientes sancionadores y liquidadores de cuotas que correspondan, respecto, también aquí, de cada una de las personas trabajadoras por las que no se hayan realizado dichas acciones (apartado 8). Se asigna igualmente una competencia a la Inspección para determinar el incumplimiento de las obligaciones de formación por parte de las empresas beneficiarias de las exenciones contempladas en dicha disposición, así como de los importes a ingresar (apartado 9) De igual forma, para comprobar el cumplimiento empresarial de mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras exigido legalmente, así como la determinación de los importes a reintegrar (apartado 10)”.

Estas exenciones pueden obtenerse incluso en el caso de que, por las dificultades económicas que sufran las empresas, no se encontrasen al corriente en el pago de cuotas. Tampoco se verá afectada su obtención en el caso de falta de ingresos de las cuotas en el período reglamentario (a las que se refiere los arts. 20. 1 y 3 LGSS).

Las exenciones en la cotización estarán condicionadas al mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras afectadas durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del ERTE. En caso de incumplimiento de esta obligación las empresas deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, previa comprobación del incumplimiento de este compromiso y la determinación de los importes a reintegrar por la ITSS.

Se encomienda a la ITSS, en la nueva DA 45 LGSS, la vigilancia del cumplimiento de los requisitos y de las obligaciones respecto de la exenciones en las cotizaciones a la Seguridad Social⁵⁰.

⁵⁰ García Blasco, J. op. cit.: “La competencia de la Inspección se amplía igualmente con la nueva disposición adicional cuadragésima quinta (según la corrección de errores publicada en el BOE de 19 de enero de 2022) incorporada a la LGSS sobre la actuación de este órgano técnico [...] Una actividad inspectora, a la postre, tendente a evitar y combatir el fraude empresarial en estas materia”.

MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD INTERNA Y GARANTÍA DE ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO (Artículo 47 bis del estatuto de los trabajadores y disposiciones concordantes)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Universidad de Granada*

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

*“La doctrina jurídica, en ordenamientos de nuestro
tipo, interviene en el proceso de creación del derecho;
y, en algunos sectores, interviene como protagonista”*

GIOVANNI TARELLO¹

EXTRACTO

Palabras clave: Mecanismo, red, flexibilidad, estabilización, empleo

Se analiza, desde una perspectiva jurídica y normativa, el nuevo mecanismo en procesos de reestructuración empresarial interna que ha traído la reforma laboral: el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo. Para ello se hace referencia, no solo al Estatuto de los Trabajadores, sino también a disposiciones concordantes que tienen plena vinculación con este nuevo y útil instrumento jurídico.

ABSTRACT

Keywords: Mechanism, net, flexibility, stabilisation, employment.

From a legal perspective, this research analyses the new mechanism in process of internal business reorganisation that has brought the labour reform: the RED Mechanism of Flexibility and Stabilisation of the Employment. For that, we make reference to the Workers' Statute as well as to the concordant provisions that have full link with this new and useful legal instrument.

¹ Tarello, G.: *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical*, traducción y Estudio preliminar, “Cultura jurídica y pluralismo jurídico-sindical en Giovanni Tarello” (pp. VII-XCV), a cargo de J.L. Monereo Pérez y J.A. Fernández Avilés, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002, pp. 145-146.

ÍNDICE

1. UNA VISIÓN GENERAL DE LA REFORMA LABORAL A MODO INTRODUCTORIO
2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO (Y DISPOSICIONES CONCORDANTES)
3. FUNCIONAMIENTO DEL MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO: JUSTIFICACIÓN, ACTIVACIÓN, PROCEDIMIENTO Y FINANCIACIÓN
4. MEDIDAS DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AFECTADAS POR LA APLICACIÓN DEL MECANISMO RED: ASPECTOS RELEVANTES
5. BENEFICIOS Y EXENCIONES EN LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL APLICABLES A LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO Y AL MECANISMO RED
6. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO
7. BIBLIOGRAFÍA

1. UNA VISIÓN GENERAL DE LA REFORMA LABORAL A MODO INTRODUCTORIO

La reforma apuesta por una “corrección” de la normativa laboral sin cambios sustanciales: es una reforma equilibrada y moderada. Hay que tener en cuenta que era una negociación con relaciones muy intensas y desgastadas, una negociación a contrarreloj, jugándonos los fondos de la Unión Europea y, con todo ese escenario pesimista, se llega a un acuerdo tripartito: Gobierno, sindicatos y patronal se ponen de acuerdo. Y eso no es fácil. Se trata del triunfo de la concertación social a través de su expresión de la “*negociación (pre)legislativa*”. Es una reforma laboral que tiene futuro; por supuesto, habrá que evaluar y modificar las carencias que pueda tener. Pero insistimos en que es una reforma laboral que mira al futuro porque apuesta por el diálogo social y el fortalecimiento de las relaciones. Por tanto, no se parte de cero: se intenta mejorar lo que existe. Y es una reforma en la que tienen cabida planteamientos diferentes de política legislativa. Nos encontramos ante una reforma equilibrada que da una imagen de estabilidad laboral muy importante, no solo a nivel de decisiones empresariales nacionales, también hacia el exterior. Ese debate de “derogación” íntegra de la reforma laboral creaba bastantes inseguridades a nivel empresarial y terminaba afectando a las decisiones empresariales y los intereses de los trabajadores buena parte de los cuales se encuentra en una situación de precariedad estructural, por la apuesta empresarial mayoritaria de una flexibilidad y competitividad neoliberal basada en la reducción de costes del “factor trabajo” y la inseguridad generalizada en el empleo. Por tanto, con la reciente publicación de la reforma, se termina estabilizando, por el momento, ese horizonte de inquietudes e incertidumbres que existía respecto al marco regulador laboral. Esto genera seguridad y confianza lo que seguro se verá reflejado en la economía y en la dinámica del sistema democrático de relaciones laborales.

A nivel de contenido normativo, nos encontramos ante una reforma de calado que ha venido a modificar varias cuestiones que venimos a resaltar en esta visión general contextual e introductoria con la que nos acercamos al tema a tratar.

Una de estas modificaciones se localiza en el propósito de eliminar la temporalidad y luchar por erradicar la precariedad (especialmente para determinados colectivos vulnerables laboralmente), lo que permitirá que el trabajador se pueda desarrollar profesionalmente (y también personalmente) en unas condiciones laborales más dignas y decentes. Lógicamente, observaremos expectantes como se vincula esa estabilidad en el empleo en un mercado laboral como el de España donde predomina la temporalidad en los contratos. En este sentido, uno de los mayores cambios que trae la reforma es la supresión de los contratos por obra y servicio. Respecto a los contratos de duración determinada la reforma solo permite celebrar dos tipos de contratos: el contrato para circunstancias de la producción (el denominado contrato eventual) o el contrato por sustitución de la persona trabajadora.

El primero tiene lugar cuando existe un aumento ocasional e imprevisible de la producción; contrato que es limitado en el tiempo: seis meses prorrogables otros seis meses. No obstante, la reforma también crea un “subtipo” de contrato por circunstancias de la producción para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada (supuestos de rebajas, campañas comerciales, etcétera), contrato que posee una duración máxima de noventa días en el año natural, independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato.

El segundo contrato temporal es el de sustitución siempre que se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución; por otro lado, se podrá celebrar también este contrato para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo, sin que su duración pueda ser en este caso superior a tres meses.

Dicho esto, que atiende a la literalidad de la norma, también es cierto que la fórmula de redacción en este punto concreto es suficientemente genérica como para “interpretar” esos contratos de duración determinada. Por tanto, no tardaremos mucho tiempo en ver esa redacción amplia y genérica interpretándose por los tribunales.

Asimismo, a pesar de que se mantiene el contrato fijo-discontinuo y el contrato formativo, la reforma también introduce modificaciones en ellos. Al igual que viene a crear el contrato indefinido para el sector de la construcción con novedades tales como la recolocación del trabajador una vez finalizada la obra para la que estaba destinado o, en su defecto, la formación de empleado y, en caso de extinción, la

indemnización equivalente al 7% de las cantidades salariales devengadas durante la vigencia del contrato.

De manera complementaria, la reforma viene a intensificar las sanciones económicas a las empresas frente a la existencia de incumplimientos o usos indebidos de la temporalidad. En definitiva, la reforma ataca directamente a la temporalidad y encauza las excepciones en forma y tiempo. Antes de la reforma, la empresa que abusaba indebidamente de la temporalidad podía ser sancionada con hasta 8.000 euros; sin embargo, a través de la modificación de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, con la nueva reforma laboral se elevan las sanciones hasta la cantidad de 10.000 euros, pero, lo más importante, “*se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas*”. Por tanto, atendiendo a la literalidad de la norma, habrá tantas sanciones económicas como empleados afectados por una situación indebida de temporalidad.

Asimismo, también se desincentiva la temporalidad en la contratación a través de la reforma de la Ley General de la Seguridad Social: en las extinciones de los contratos de duración determinada inferiores a 30 días, el empresario tendrá que asumir una cotización adicional que será hasta tres veces la actual (alrededor de 26€).

Otra consecuencia que la reforma modifica tiene que ver con el encadenamiento de contratos temporales. Hasta antes de la reforma, cuando en un marco temporal de 30 meses el trabajador había estado trabajando 24 meses, se convertía en indefinido. Ese tiempo es reducido con la reforma: ahora, si en un marco temporal de 24 meses el trabajador acumula 18 meses de trabajo encadenando contratos en una misma empresa, automáticamente se convertirá en indefinido.

Una de las cuestiones más importantes y, tal vez la mayor concesión a la posición sindical (por supuesto, también afecta a las condiciones laborales de los trabajadores), tiene que ver con la denominada “ultraactividad”, que tras la reforma de la Ley 3/2012 había generado una enorme inseguridad jurídica y una ruptura de los equilibrios de poder en el sistema de negociación colectiva. Antes de la reforma, la prórroga del convenio colectivo denunciado se limitaba a un año de vigencia. Si transcurría ese tiempo y no se había alcanzado un acuerdo para un nuevo convenio colectivo, ese convenio colectivo perdía su vigencia. Sin embargo, tras la reforma, el convenio colectivo seguirá estando en vigor hasta que se alcance un nuevo acuerdo: esto es lo que se conoce como “*ultraactividad indefinida*”. No obstante, consecuencia de esa ultraactividad, podemos encontrarnos también ante el problema de la “petrificación” del convenio colectivo, situación que ya no es resuelta por la norma legal, sino que el mandato para resolver esta cuestión reside ahora en las partes encargadas de la negociación colectiva. Pero la nueva ordenación legal prevé mecanismos eficaces –en términos de valoración de conjunto– para evitar esa “petrificación” a través del reclamo de los procedimientos autónomos extrajudiciales de solución de los conflictos colectivos.

El modelo de negociación colectiva también es modificado en el sentido de prohibir que los convenios de empresa que concurren con uno sectorial puedan reducir los salarios fijados por este último convenio (el del sector). En otros términos, las cuantías salariales que se hayan pactado en el convenio del sector actuarán como límite “mínimo”; por tanto, poseen la capacidad de indicar los mínimos salariales que en todo caso se han de respetar. Hasta antes de la reforma, era usual que los convenios de empresas se “descolgaran” de los convenios sectoriales en los salarios y complementos; era una medida de flexibilidad interna negociada; ahora, con la reforma, las condiciones salariales que se establezcan en el convenio de empresa no van a poder ser peores que las que aparezcan recogidas en el convenio del sector.

Asimismo, la reforma también modifica el régimen de subcontrataciones de obras y servicios: en estos supuestos, el convenio aplicable será el sectorial que será el que venga a regir la relación laboral de los trabajadores procedentes de contrata y subcontratas, salvo que la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio.

Una de las novedades más relevantes tiene que ver con el ERTE: aquí, los negociadores, sin duda alguna, han sabido aprovechar el conocimiento que la experiencia les ha dado durante estos años de utilización masiva en la pandemia. Al principio de la pandemia tuvimos ocasión de afirmar que era una medida que, inicialmente focalizada a mantener el puesto de trabajo, terminaría contemplándose como mecanismo necesario para la supervivencia de la empresa, y mutaría a instrumento cotidiano de nuestro empleo. Sin duda, decíamos, “el ERTE ha venido para quedarse”; y así ha sido. La reforma se refiere al ERTE clásico por causas ETOP y al ERTE por fuerza mayor, aunque con ciertas novedades que vienen a agilizar el procedimiento de negociación, a reforzar la información a los representantes, a incorporar determinadas prohibiciones, etcétera. Sin embargo, la reforma introduce un nuevo artículo 47 bis denominado “*Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo*”, que tendrá que ser activado por el Consejo de Ministros. La idea es permitir a las empresas reducir la jornada o suspender los contratos de trabajo a través de dos modalidades de flexibilidad interna negociada: a) Cíclica: cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general, con una duración máxima de un año. b) Sectorial: cuando se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición, con una duración máxima inicial de un año, y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una. Instrumento de *flexibilidad interna* que permite exoneraciones en las cuotas de Seguridad Social y cuyo objetivo primordial se localiza en el intento de evitar despidos de trabajadores; por ende, en que no se destruya empleo. En definitiva, el ERTE va a situarse como protagonista en los procesos de reestructuración empresarial, intentando otorgar al despido colectivo un papel secundario o de última ratio. Es este Mecanismo RED de Flexibilidad y

Estabilización del Empleo (Artículo 47 bis., y disposiciones concordantes) lo que trataremos profundamente en este texto.

Este importante mecanismo de flexibilidad interna está pensado para ser una alternativa a los despidos como medida que pueda ser adaptada inmediatamente ante una situación de crisis o reestructuración empresarial. Se trata de una política del Derecho promocional y de fomento de la adopción “prior tempore” de este tipo de medidas frente a las más traumáticas de despido. Ahora bien: el legislador no ha querido *imponerlas legal e imperativamente como un “ultima ratio”*. Un dato harto significativo es que en los últimos borradores de elaboración del texto de la reforma legal se establecía un apartado 8 del art. 47 bis del ET, según el cual: “El Mecanismo de Sostenibilidad en el Empleo *será preferente frente a las extinciones* por causa económica, técnica, organizativa o de producción, *debiendo la empresa motivar suficientemente en el caso de extinción* por estas causas que el mecanismo del presente precepto [47bis del ET] es inviable para resolver de modo proporcionado y razonable la situación en la que se encuentra la empresa”². De haberse incluido este apartado del art. 47bis del ET en el texto finalmente aprobado y publicado sí se estaría a un criterio legal preferencial obligatorio de considerar la extinción contractual como la *ultima ratio* o medida subsidiaria en defecto de no poder utilizar motivadamente las medidas de flexibilidad interna aquí objeto de análisis. Ciertamente, esta hubiera sido una aportación que reforzaría aún más el principio de estabilidad en el empleo, sin perjuicio de tener en cuenta los intereses de la conservación y viabilidad de la organización empresarial.

Por último, a pesar de que las dinámicas de actuación de las relaciones de trabajo y de las empresas suelen ser lentas, la reforma da unos plazos concretos de actuación, por lo que los efectos no tardarán mucho en llegar y, además, afectará de forma significativa a la vida de miles de personas que se mueven en la temporalidad y precariedad del empleo. Y decimos esto porque el empleo (que es mucho más que un medio de vida para la persona que trabaja y las personas que dependan económica de ella)³ que se pueda crear (el verdadero objetivo de la reforma no es la creación de empleo), no deberá ser un empleo temporal y precario, sino que se apuesta por el mantenimiento de puestos de trabajo decentes (este es el verdadero objetivo de la reforma laboral de 2021).

² PROPUESTA MESA MODERNIZACIÓN 14 10 2021 Real Decreto-Ley X/2021, de X de septiembre, de modernización de las relaciones laborales.

³ Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO (Y DISPOSICIONES CONCORDANTES)

Centrándonos en el objeto de análisis en este texto, la reforma laboral ha incorporado un nuevo mecanismo de flexibilidad y estabilización (en su artículo 47 bis y preceptos concordantes) con la idea de atender a aquellas necesidades excepcionales de naturaleza macroeconómica o sectorial que permita justificar la adopción de medidas de ajuste y protección temporal, así como inversiones de carácter público, previa declaración de tal circunstancia mediante acuerdo del Consejo de Ministros. Traigamos a colación la literalidad de la nueva normativa en cada una de las disposiciones que nos interesan.

Artículo 47 bis. Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

1. El Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo es un instrumento de flexibilidad y estabilización del empleo que, una vez activado por el Consejo de Ministros, permitirá a las empresas la solicitud de medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo.
Este Mecanismo RED tendrá dos modalidades:
 - a) Cíclica, cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización, con una duración máxima de un año.
 - b) Sectorial, cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras, con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una.
2. La activación del Mecanismo se realizará a propuesta conjunta de las personas titulares de los Ministerios de Trabajo y Economía Social, de Asuntos Económicos y Transformación Digital, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.
En el ámbito de la modalidad sectorial, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal podrán solicitar a los Ministerios referidos la convocatoria de la Comisión tripartita del Mecanismo RED. Esta Comisión deberá reunirse en el plazo de quince días desde dicha solicitud y analizará la existencia de los cambios referidos en el apartado 1.b), así como la necesidad, en su caso, de elevar una solicitud de activación del Mecanismo RED sectorial al Consejo de Ministros.
En todo caso, con carácter previo a su elevación al Consejo de Ministros, resultará imprescindible informar a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal.
La decisión y las consideraciones que se incorporen al Acuerdo del Consejo de Ministros no serán por sí mismas causas para la adopción en el ámbito empresarial de las medidas previstas en esta norma en relación con el empleo o las condiciones de trabajo.
3. Una vez activado el Mecanismo, las empresas podrán solicitar voluntariamente a la autoridad laboral la reducción de la jornada o la suspensión de los contratos de trabajo, mientras esté activado el Mecanismo, en cualquiera de sus centros de trabajo y en los términos previstos en este artículo.
El procedimiento se iniciará mediante solicitud por parte de la empresa dirigida a la autoridad laboral competente y comunicación simultánea a la representación de las personas trabajadoras, y se tramitará de acuerdo con lo previsto en el artículo 47.5, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos regulados en el 47.3, con las particularidades recogidas en este artículo.
En el caso de la modalidad sectorial, además, la solicitud deberá ir acompañada de un plan de recualificación de las personas afectadas.
4. La autoridad laboral deberá remitir el contenido de la solicitud empresarial a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y recabar informe preceptivo de esta sobre la concurrencia de los requisitos correspondientes. Este informe será evacuado en el improrrogable plazo de siete días desde la notificación de inicio por parte de la empresa a la autoridad laboral.
La autoridad laboral procederá a dictar resolución en el plazo de siete días naturales a partir de la comunicación de la conclusión del periodo de consultas. Si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida, siempre dentro de los límites legal y reglamentariamente establecidos.

Cuando el período de consultas concluya con acuerdo, la autoridad laboral autorizará la aplicación del mecanismo, pudiendo la empresa proceder a las reducciones de jornada o suspensiones de contrato en las condiciones acordadas.

Cuando el período de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando la solicitud empresarial. La autoridad laboral estimará la solicitud en caso de entender que de la documentación aportada se deduce que la situación cíclica o sectorial temporal concurre en la empresa en los términos previstos en este artículo.

5. Serán normas comunes aplicables a las dos modalidades del Mecanismo RED, las siguientes:

a) Las previsiones recogidas en el artículo 47.4 y 7.

b) Las personas trabajadoras cubiertas por un Mecanismo RED se beneficiarán de las medidas en materia de protección social previstas en la disposición adicional cuadragésima primera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y tendrán la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral.

c) La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el Servicio Público de Empleo Estatal colaborarán para el desarrollo de actuaciones efectivas de control de la aplicación del Mecanismo, mediante la programación de actuaciones periódicas y de ejecución continuada.

Asimismo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tendrá acceso a los datos incorporados mediante procedimientos automatizados y aplicaciones que le permitan conocer los extremos relativos a la aplicación de los Mecanismos, las condiciones especiales en materia de cotización a la Seguridad Social para las empresas y prestaciones correspondientes, con el objetivo de desarrollar las debidas actuaciones de control.

6. Se constituirá como fondo sin personalidad jurídica, adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social, un Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, que tendrá como finalidad atender a las necesidades futuras de financiación derivadas de la modalidad cíclica y sectorial del Mecanismo RED en materia de prestaciones y exenciones a las empresas del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, incluidos los costes asociados a la formación, en la forma y condiciones previstas en su normativa de desarrollo.

Serán recursos de este Fondo los excedentes de ingresos que financian las prestaciones por desempleo en su nivel contributivo y asistencial, las aportaciones que se consignen en los Presupuestos Generales del Estado, las aportaciones procedentes de los instrumentos de financiación de la Unión Europea orientados al cumplimiento del objeto y fines del Fondo, así como los rendimientos de cualquier naturaleza que genere el Fondo”.

Mediante la nueva disposición adicional cuadragésima primera se establece una nueva prestación de sostenibilidad de empleo a la que se podrán acoger las personas trabajadoras afectadas por la aplicación del Mecanismo RED regulado en el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Se establece en la disposición el régimen jurídico de la nueva prestación citada que será incompatible con la percepción de prestaciones o subsidios por desempleo.

Disposición adicional cuadragésima primera. Medidas de protección social de las personas trabajadoras afectadas por la aplicación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, regulado en el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

- “1. Cuando, conforme a lo establecido en el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, por acuerdo del Consejo de Ministros, se active el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, y las empresas afectadas obtengan autorización de la autoridad laboral para su aplicación, podrán reducir la jornada de trabajo o suspender los contratos de trabajo de las personas trabajadoras, y estas acceder a la prestación regulada en esta disposición, en los términos y condiciones establecidos en la misma.
- Podrán acceder a esta prestación del Mecanismo RED las personas trabajadoras por cuenta ajena, cuando se suspenda temporalmente su contrato de trabajo o se reduzca temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, siempre que su salario sea objeto de análoga reducción, sin que sea necesario acreditar un periodo mínimo de cotización previo a la Seguridad Social.
- Asimismo, podrán acceder a dicha prestación las personas que tengan la condición de socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado y de sociedades laborales incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social o en algunos de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo
- En todos los casos se requerirá que el inicio de la relación laboral o societaria en la empresa autorizada a aplicar el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo sea anterior a la fecha del Acuerdo del Consejo de Ministros que declare la activación del mismo.
- Esta prestación será incompatible con la percepción de prestaciones o subsidios por desempleo, con la prestación por cese de actividad y con la renta activa de inserción, regulada por el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre.
- Asimismo, es incompatible con la obtención de otras prestaciones económicas de la Seguridad Social, salvo que estas hubieran sido compatibles con el trabajo en el que se aplica el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.
- Las personas trabajadoras no podrán percibir, de forma simultánea, prestaciones derivadas de dos o más Mecanismos RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.
2. El procedimiento para la solicitud y el reconocimiento del derecho a esta prestación se desarrollará reglamentariamente, mediante orden de la persona titular del Ministerio de Trabajo y Economía Social, de conformidad con las siguientes reglas:
- a) La empresa deberá formular la solicitud, en representación de las personas trabajadoras, en el modelo establecido al efecto en la página web o sede electrónica del Servicio Público de Empleo Estatal.
- En dicha solicitud constarán los datos de todas las personas trabajadoras que pudieran resultar afectadas por la aplicación del Mecanismo RED, que sean necesarios para el reconocimiento del derecho. En todo caso se hará constar la naturaleza de la medida aprobada por la Autoridad Laboral y, en caso de reducción de jornada, el porcentaje máximo de reducción autorizado.
- b) El plazo para la presentación de esta solicitud será de un mes, a computar desde la fecha de la notificación de la resolución de la autoridad laboral, en la que se autorice la aplicación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo o desde la del certificado del silencio administrativo.
- En caso de presentación fuera de plazo, el derecho nacerá el día de la solicitud. En este supuesto, la empresa deberá abonar a la persona trabajadora el importe que hubiese percibido en concepto de prestación del mecanismo RED desde el primer día en que se hubiese aplicado la medida de reducción de jornada o suspensión del contrato.
- c) El acceso a la prestación requerirá la inscripción de la persona trabajadora ante el servicio público de empleo competente.
3. La base reguladora de la prestación será el promedio de las bases de cotización en la empresa en la que se aplique el mecanismo por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluidas las retribuciones por horas extraordinarias, correspondientes a los 180 días inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de aplicación de la medida a la persona trabajadora.
- En caso de no acreditar 180 días de ocupación cotizada en dicha empresa, la base reguladora se calculará en función de las bases correspondientes al periodo inferior acreditado en la misma.
4. La cuantía de la prestación se determinará aplicando a la base reguladora, calculada de conformidad con el apartado anterior, el porcentaje del 70 por ciento, durante toda la vigencia de la medida.
- No obstante, la cuantía máxima mensual a percibir será la equivalente al 225 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en el momento del nacimiento del derecho incrementado en una sexta parte.
- ”

- En caso de que la relación laboral sea a tiempo parcial, la cuantía máxima contemplada en el párrafo anterior se determinará teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el periodo a que se refiere el apartado 3.
5. Durante la aplicación de las medidas de suspensión o reducción, la empresa ingresará la aportación de la cotización que le corresponda, debiendo la entidad gestora ingresar únicamente la aportación de la persona trabajadora, previo descuento de su importe de la cuantía de su prestación.
 6. La prestación será incompatible con la realización de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo. Será compatible con la realización de otro trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial. En este caso, de su cuantía no se deducirá la parte proporcional al tiempo trabajado.
 7. La duración de la prestación se extenderá, como máximo, hasta la finalización del período de aplicación del Mecanismo RED en la empresa.
 8. El acceso a esta prestación no implicará el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto.
El tiempo de percepción de la prestación no se considerará como consumido de la duración en futuros accesos a la protección por desempleo.
El tiempo de percepción de la prestación no tendrá la consideración de periodo de ocupación cotizado, a los efectos de lo previsto en el artículo 269.1. No obstante, el periodo de seis años a que se refiere dicho precepto se retrotraerá por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera percibido la citada prestación.
En el caso de reducción de jornada, se entenderá como tiempo de percepción de prestación el que resulte de convertir a día a jornada completa el número de horas no trabajadas en el periodo temporal de referencia.
 9. La prestación se suspenderá cuando la relación laboral se suspenda por una causa distinta de la aplicación del Mecanismo.
 10. La prestación se extinguirá si se causa baja en la empresa por cualquier motivo. Igualmente se extinguirá por imposición de sanción, en los términos previstos en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
 11. Corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal gestionar las funciones y servicios derivados de la prestación regulada en esta disposición y declarar el reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de estas prestaciones, sin perjuicio de las atribuciones reconocidas a los órganos competentes de la Administración laboral en materia de sanciones.
Igualmente, corresponde a la entidad gestora competente declarar y exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por las personas trabajadoras y el reintegro de las prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario.
Cuando se trate de trabajadores por cuenta ajena incluidos dentro Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, las competencias a las que se refiere este apartado corresponderán al Instituto Social de la Marina.
 12. Transcurrido el respectivo plazo fijado para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas o de responsabilidad empresarial sin haberse efectuado el mismo, corresponderá a la Tesorería General de la Seguridad Social proceder a su recaudación en vía ejecutiva de conformidad con las normas reguladoras de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, devengándose el recargo y el interés de demora en los términos y condiciones establecidos en esta ley.
 13. Frente a las resoluciones de la entidad gestora relativas a esta prestación, podrá la persona trabajadora formular reclamación previa, en el plazo de los treinta días hábiles siguientes a la notificación de la resolución, en los términos previstos en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
 14. La prestación regulada en esta disposición se financiará con cargo al Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo”.

Además, se incorpora una nueva disposición cuadragésima segunda en la que se determina un procedimiento único para que las empresas comuniquen al Servicio Público de Empleo Estatal y a la Tesorería General de la Seguridad Social el inicio y finalización de los periodos de suspensión temporal de los contratos de trabajo y reducción temporal de la jornada de trabajo obteniendo así la simplificación de las actuaciones administrativas con ambas entidades.

Disposición adicional cuadragésima segunda. Actuaciones del Servicio Público de Empleo Estatal y de la Tesorería General de la Seguridad Social para la simplificación de actuaciones administrativas.

“Al objeto de reducir las cargas administrativas de las empresas, reglamentariamente se establecerá por el Servicio Público de Empleo Estatal y la Tesorería General de la Seguridad Social, un procedimiento único a través del cual las empresas puedan comunicar, a ambas entidades, el inicio y finalización de los períodos de suspensión temporal de contratos de trabajo y reducción temporal de jornada de trabajo de los trabajadores afectados por un expediente de regulación temporal de empleo.

A través de dicho procedimiento las empresas deberán poder comunicar esta información de tal forma que la misma surta efecto para el desarrollo de la totalidad de las competencias de ambas entidades”.

En la nueva disposición adicional cuadragésima cuarta de la reforma laboral se establecen los beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los nuevos Mecanismos RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo a que se refiere el artículo 47 bis del texto refundido. Se regula tanto la cuantía de las exenciones aplicables como los diferentes requisitos y condiciones para su aplicación; y se faculta al Consejo de Ministros para que, en atención a las circunstancias que concurran en la coyuntura económica, pueda impulsar las modificaciones de los porcentajes de las exenciones en la cotización:

Disposición adicional cuadragésima cuarta. Beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED.

“1. Durante la aplicación de los expedientes de regulación temporal de empleo a los que se refieren los artículos 47 y 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, las empresas podrán acogerse voluntariamente, siempre y cuando concurran las condiciones y requisitos incluidos en esta disposición adicional, a las exenciones en la cotización a la Seguridad Social sobre la aportación empresarial por contingencias comunes y por conceptos de recaudación conjunta a que se refiere el artículo 153.bis, que se indican a continuación:

- a) El 20 por ciento a los expedientes de regulación temporal de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a los que se refieren los artículos 47.1 y 47.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
Estas exenciones resultarán de aplicación exclusivamente en el caso de que las empresas desarrollen las acciones formativas a las que se refiere la disposición adicional vigesimoquinta del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- b) El 90 por ciento a los expedientes de regulación temporal de empleo por causa de fuerza mayor temporal a los que se refiere el artículo 47.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- c) El 90 por ciento a los expedientes de regulación temporal de empleo por causa de fuerza mayor temporal determinada por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa, a los que se refiere el artículo 47.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- d) En los expedientes de regulación temporal de empleo a los que resulte de aplicación el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo en su modalidad cíclica, a los que se refiere al artículo 47 bis.
 1. a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores:
 - 1.º El 60 por ciento, desde la fecha en que se produzca la activación, por acuerdo del Consejo de Ministros, hasta el último día del cuarto mes posterior a dicha fecha de activación.
 - 2.º El 30 por ciento, durante los cuatro meses inmediatamente siguientes a la terminación del plazo al que se refiere el párrafo 1.º anterior.
 - 3.º El 20 por ciento, durante los cuatro meses inmediatamente siguientes a la terminación del plazo al que se refiere el párrafo 2.º anterior.

- e) El 40 por ciento a los expedientes de regulación temporal de empleo a los que resulte de aplicación el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo en su modalidad sectorial, a los que se refiere al artículo 47.bis.1.b) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Estas exenciones resultarán de aplicación exclusivamente en el caso de que las empresas desarrollen las acciones formativas a las que se refiere la disposición adicional vigesimoquinta del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Estas exenciones se aplicarán respecto de las personas trabajadoras afectadas por las suspensiones de contratos o reducciones de jornada, en alta en los códigos de cuenta de cotización de los centros de trabajo afectados.
- El Consejo de Ministros, atendiendo a las circunstancias que concurran en la coyuntura macroeconómica general o en la situación en la que se encuentre determinado sector o sectores de la actividad, podrá impulsar las modificaciones legales necesarias para modificar los porcentajes de las exenciones en la cotización a la Seguridad Social reguladas en esta disposición, así como establecer la aplicación de exenciones a la cotización debida por los trabajadores reactivados, tras los periodos de suspensión del contrato o de reducción de la jornada, en el caso de los expedientes de regulación temporal de empleo a los que se refiere el artículo 47 bis.1.a) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
2. Las exenciones en la cotización a que se refiere esta disposición adicional no tendrán efectos para las personas trabajadoras, manteniéndose la consideración del periodo en que se apliquen como efectivamente cotizado a todos los efectos.
 3. Para la aplicación de estas exenciones no resultará de aplicación lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 20.
 4. Las exenciones reguladas en esta disposición adicional, que se financiarán con aportaciones del Estado, serán a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social, de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, del Servicio Público de Empleo Estatal y del Fondo de Garantía Salarial, respecto a las exenciones que correspondan a cada uno de ellos.
 5. Estas exenciones en la cotización se aplicarán por la Tesorería General de la Seguridad Social a instancia de la empresa, previa comunicación de la identificación de las personas trabajadoras y periodo de la suspensión o reducción de jornada y previa presentación de declaración responsable, respecto de cada código de cuenta de cotización, en el que figuren de alta las personas trabajadoras adscritas a los centros de trabajo afectados, y mes de devengo. Esta declaración hará referencia tanto a la existencia como al mantenimiento de la vigencia de los expedientes de regulación temporal de empleo y al cumplimiento de los requisitos establecidos para la aplicación de estas exenciones. La declaración hará referencia a haber obtenido, en su caso, la correspondiente resolución de la autoridad laboral emitida de forma expresa o por silencio administrativo.
Para que la exención resulte de aplicación estas declaraciones responsables se deberán presentar antes de solicitarse el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente al periodo de devengo de cuotas sobre el que tengan efectos dichas declaraciones.
 6. Junto con la comunicación de la identificación de las personas trabajadoras y período de suspensión o reducción de jornada se realizará, en los supuestos a los que se refieren las letras a) y e) del apartado 1, una declaración responsable sobre el compromiso de la empresa de realización de las acciones formativas a las que se refiere esta disposición.
Para que la exención resulte de aplicación, esta declaración responsable se deberá presentar antes de solicitarse el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente al periodo de devengo de las primeras cuotas sobre las que tengan efectos dichas declaraciones. Si la declaración responsable se efectuase en un momento posterior a la última solicitud del cálculo de la liquidación de cuotas dentro del periodo de presentación en plazo reglamentario correspondiente, estas exenciones únicamente se aplicarán a las liquidaciones que se presenten con posterioridad, pero no a los periodos ya liquidados.
 7. Las comunicaciones y declaraciones responsables a las que se refieren los apartados anteriores se deberán realizar, mediante la transmisión de los datos que establezca la Tesorería General de la Seguridad Social, a través del Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (Sistema RED), regulado en la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo.
 8. La Tesorería General de la Seguridad Social comunicará al Servicio Público de Empleo Estatal la relación de personas trabajadoras por las que las empresas se han aplicado las exenciones, conforme a lo establecido en las letras a) y e) del apartado 1.
El Servicio Público de Empleo Estatal, por su parte, verificará la realización de las acciones formativas a las que se refiere la disposición adicional vigesimoquinta del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, conforme a todos los requisitos establecidos en la misma y en la presente disposición.

Cuando no se hayan realizado las acciones formativas a las que se refiere este artículo, según la verificación realizada por el Servicio Público de Empleo Estatal, la Tesorería General de la Seguridad Social informará de tal circunstancia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que ésta inicie los expedientes sancionadores y liquidatorios de cuotas que correspondan, respecto de cada una de las personas trabajadoras por las que no se hayan realizado dichas acciones.

En el supuesto de que la empresa acredite la puesta a disposición de las personas trabajadoras de las acciones formativas no estará obligada al reintegro de las exenciones a las que se refieren las letras a) y e) del apartado 1, cuando la persona trabajadora no las haya realizado.

9. Las empresas que se hayan beneficiado de las exenciones conforme a lo establecido en las letras a) y e) del apartado 1, que incumplan las obligaciones de formación a las que se refieren estas letras deberán ingresar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas respecto de cada trabajador en el que se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias de la Seguridad Social, previa determinación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del incumplimiento de estas las obligaciones y de los importes a reintegrar.
10. Las exenciones en la cotización reguladas en la presente disposición adicional estarán condicionadas al mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras afectadas durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del expediente de regulación temporal de empleo.
Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias de la Seguridad Social, previa comprobación del incumplimiento de este compromiso y la determinación de los importes a reintegrar por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
No se considerará incumplido este compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. Tampoco se considera incumplido por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales, no se entenderá incumplido este requisito cuando el contrato se haya formalizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y se extinga por finalización de su causa, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación”.

Asimismo, se incorpora también una nueva disposición adicional cuadragésima quinta a fin de precisar las actuaciones que corresponde efectuar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el ejercicio de sus competencias, con relación a la vigilancia del cumplimiento de los requisitos y de las obligaciones establecidas para ser beneficiaria de las exenciones en las cotizaciones de la Seguridad Social.

Disposición adicional cuadragésima quinta. Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

“Corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el ejercicio de sus competencias, la vigilancia del cumplimiento de los requisitos y de las obligaciones establecidas en relación a las exenciones en las cotizaciones de la Seguridad Social.

A tales efectos, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social desarrollará acciones de control sobre la correcta aplicación de las exenciones en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, pudiendo iniciarse en caso de incumplimiento de la normativa los correspondientes expedientes sancionadores y liquidatorios de cuotas.

En particular, vigilará la veracidad, inexactitud u omisión de datos o declaraciones responsables proporcionadas por las empresas o por cualquier otra información que haya sido utilizada para el cálculo de las correspondientes liquidaciones de cuotas, y sobre la indebida existencia de actividad laboral durante los periodos comunicados por la empresa de suspensión de la relación laboral o reducción de la jornada de trabajo, en los que se hayan aplicado exenciones en la cotización”.

Igualmente, la disposición adicional primera se refiere a las medidas de transición profesional en el ámbito del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

Disposición adicional primera. Medidas de transición profesional en el ámbito del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

“Transcurrido un año desde la primera activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo al que se refiere el artículo 47 bis, en su modalidad sectorial, el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, estudiadas las circunstancias en que se encuentren el empleo y el tejido productivo de los sectores afectados por el Mecanismo RED, analizarán la necesidad de adoptar medidas en el ámbito laboral o de la Seguridad Social tendentes a favorecer la transición profesional de las personas trabajadoras que se vean afectadas por el Mecanismo RED en el futuro”.

Y la disposición adicional sexta se refiere al cómputo estadístico, como ocupadas, de las personas trabajadoras afectadas por los expedientes de regulación temporal de empleo o a las que les es de aplicación el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, en coherencia con el reforzamiento de su vinculación con la empresa y de las garantías e incentivos para su reincorporación.

Disposición adicional sexta. Cómputo estadístico de las personas trabajadoras a las que se les aplica la regulación prevista en los artículos 47 y 47 bis del Estatuto de los Trabajadores.

“Las personas trabajadoras que vean reducida temporalmente su jornada ordinaria diaria de trabajo o suspendido temporalmente su contrato conforme a lo establecido en los artículos 47 y 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores serán computadas como ocupadas a efectos estadísticos”.

3. FUNCIONAMIENTO DEL MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO: JUSTIFICACIÓN, ACTIVACIÓN, PROCEDIMIENTO Y FINANCIACIÓN

El componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, titulado “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, en su reforma 6, se refería al establecimiento en el Estatuto de los Trabajadores de dos nuevos mecanismos de ajuste: 1) Un sistema de estabilización económica que proporcione flexibilidad interna a las empresas y estabilidad en el empleo ante caídas transitorias o cíclicas en la actividad de la empresa, con un foco especial en la formación de los trabajadores. Mecanismo consistente en reducción de jornada o suspensión del contrato por crisis de empresa, que permitiría reforzar la inversión en formación de los trabajadores durante los periodos de baja actividad, minimizar el recurso al despido, salvaguardando el vínculo contractual del trabajador con la empresa y facilitando la reactivación del trabajador cuando termine el shock, y reducir la elevada temporalidad del mercado laboral español. 2)

Y un sistema de apoyo a la recualificación de trabajadores en empresas y sectores en transición, para hacer frente a los posibles ajustes permanentes de plantillas ante innovaciones derivadas de los cambios tecnológicos o de la demanda.

Introducción de dicho mecanismo que también queda justificado en el citado componente en base a una serie de reflexiones legítimas y coherentes. En este sentido, se establece que la protección proporcionada por los ERTes ha venido a impedir, sin ningún tipo de duda, una drástica destrucción de empleo al implementar y acoger este “*modelo europeo*” de respuesta a las crisis a través de una fórmula propia de sistemas de reducción del tiempo de trabajo –“*short time work schemes*”–. Mecanismo de protección de empleo a través del mantenimiento de tejido productivo y empresarial que, en su máxima aplicación, mes de abril de 2020, llegó a ser aplicado por más de 555.000 empresas y más de 3,6 millones de personas asalariadas.

Este mecanismo de flexibilidad y estabilización del empleo va a permitir a las empresas solicitar medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo a través de las dos modalidades que contempla:

- a) Cíclica: cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización, con una duración máxima de un año.
- b) Sectorial: cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras, con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una.

Para su activación se requiere la propuesta conjunta (el acuerdo político tripartito) de los ministros de Trabajo y Economía Social, de Asuntos Económicos y Transformación Digital, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, lo anterior, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Por tanto, se contempla una “activación política” de dicho mecanismo. Por tanto, un acuerdo de voluntades de legitimados que tienen una posición política (y no jurídica) en un concreto Gobierno.

Sin perjuicio de lo anterior, en el ámbito de la modalidad sectorial, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal van a poder solicitar a los Ministerios referidos la convocatoria de la Comisión tripartita del Mecanismo RED. Lo que tampoco evita que se contemple como una “activación política”. Realizada la solicitud, esta Comisión deberá reunirse en el plazo de quince días desde dicha solicitud y analizará la existencia de los cambios referidos en el sector o sectores de actividad concretos, así como la necesidad, en su caso, de elevar una solicitud de activación del Mecanismo RED sectorial al Consejo de Ministros.

Asimismo, localizamos una formalidad que debe cumplimentarse (lo que nos recuerda al sistema establecido en el despido colectivo): *“en todo caso, con carácter previo a su elevación al Consejo de Ministros, resultará imprescindible informar a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal”*. Sin embargo, nada dice la normativa de la consecuencia de su incumplimiento.

Además, continúa el precepto realizando una seria advertencia con la que evitar equívocos: *“la decisión y las consideraciones que se incorporen al Acuerdo del Consejo de Ministros no serán por sí mismas causas para la adopción en el ámbito empresarial de las medidas previstas en esta norma en relación con el empleo o las condiciones de trabajo”*. En otros términos: la decisión y las consideraciones incorporadas al acuerdo de activación del mecanismo no podrán ser utilizadas para justificar causas ETOP con las que justificar cualquier otra medida tomada a nivel empresarial –despidos, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, acuerdos colectivos, etcétera–. Decisión inteligente pues evita tomar dichas consideraciones como pruebas a interpretar en caso de judicialización posterior, ya sea como ERTE o como despido colectivo.

Una vez activado el Mecanismo RED (por tanto, adoptada la decisión política por los ministerios competentes), las empresas podrán solicitar a la autoridad laboral la reducción de la jornada o la suspensión de los contratos de trabajo (mientras esté activado el mecanismo), en cualquiera de sus centros de trabajo. A priori parece un procedimiento bastante sencillo: solicitud por parte de la empresa dirigida a la autoridad laboral competente y comunicación simultánea a la representación de las personas trabajadoras, y se tramitará de acuerdo con lo previsto en el artículo 47.5 (ERTE por fuerza mayor temporal), previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos regulados en el 47.3 ET; en suma, un periodo de consultas con la representación legal de las personas trabajadoras de duración no superior a quince días, salvo en el supuesto de empresas de menos de cincuenta personas de plantilla, cuya duración del periodo de consultas no será superior a siete días.

En el caso de la modalidad sectorial, además, la solicitud deberá ir acompañada de un plan de recualificación de las personas afectadas (plan de recualificación que se desarrolla en la disposición adicional vigesimoquinta)⁴.

Realizada la solicitud por parte de las empresas, le toca el turno a la Administración. La autoridad laboral deberá remitir el contenido de la solicitud

⁴ Se refiere a ello la disposición adicional vigesimoquinta. Acciones formativas en los expedientes de regulación temporal de empleo regulados en los artículos 47 y 47 bis: *“durante las reducciones de jornada de trabajo o suspensiones de contratos de trabajo a las que se refieren los artículos 47 y 47 bis, las empresas podrán desarrollar acciones formativas para cada una de las personas afectadas, que tendrán como objetivo la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras. A través de estas acciones se priorizará el desarrollo*

empresarial a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con la finalidad de recabar informe preceptivo sobre la concurrencia de los requisitos correspondientes (contenido, sin duda, fruto de la experiencia de la normativa laboral de emergencia). Informe que deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de siete días desde la notificación de inicio por parte de la empresa a la autoridad laboral.

La autoridad laboral procederá a dictar resolución en el plazo de siete días naturales a partir de la comunicación de la conclusión del periodo de consultas. ¿Y si la autoridad laboral no se pronuncia en dicho plazo? La normativa advierte sobre ello y evita así uno de los mayores problemas que hubo en el inicio de la crisis sanitaria: si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida, siempre dentro de los límites legal y reglamentariamente establecidos.

Si el período de consultas concluye con acuerdo, la autoridad laboral autorizará la aplicación del mecanismo, pudiendo la empresa proceder a las reducciones de jornada o suspensiones de contrato en las condiciones acordadas. En caso de que el período de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando la solicitud empresarial. La autoridad laboral deberá estimar la solicitud cuando entienda que de la documentación aportada se deduce que la situación cíclica o sectorial temporal concurre en la empresa en los términos previstos en este artículo.

¿Y cuáles son las normas comunes a tener en cuenta en las dos modalidades del Mecanismo RED (aprovechándose de algún que otro precepto de los ERTES por causas ETOP o fuerza mayor)? Las siguientes serán normas comunes aplicables a las dos modalidades del Mecanismo RED (cíclica y sectorial):

- a) Las previsiones recogidas en el artículo 47.4 y 7. El primer precepto (artículo 47.4 ET) recoge la posibilidad de realizar una propuesta de prórroga de la medida: en cualquier momento durante la vigencia de la medida de reducción de jornada o suspensión de contratos (este precepto dice “basada en causas

de acciones formativas dirigidas a atender las necesidades formativas reales de las empresas y los trabajadores incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, así como aquellas que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa. Las acciones formativas se desarrollarán a través de cualquiera de los tipos de formación previstos en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional y en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional, de acuerdo con los requisitos y procedimientos establecidos en dichas normas, o a través de cualquier otro sistema de formación acreditada. Las acciones formativas deberán desarrollarse durante la aplicación de la reducción de la jornada o suspensión del contrato, en el ámbito de un expediente de regulación temporal de empleo, o en tiempo de trabajo. En cualquier caso, deberán respetarse los descansos legalmente establecidos y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar”.

económicas, organizativas, técnicas o de producción”); lo que entendemos, en este caso concreto, transportable al Mecanismo RED y, concretamente, a ambas modalidades), la empresa podrá comunicar a la representación de las personas trabajadoras con la que hubiera desarrollado el periodo de consultas una propuesta de prórroga de la medida. La necesidad de esta prórroga deberá ser tratada en un periodo de consultas de duración máxima de cinco días, y la decisión empresarial será comunicada a la autoridad laboral en un plazo de siete días, surtiendo efectos desde el día siguiente a la finalización del periodo inicial de reducción de jornada o suspensión de la relación laboral.

El segundo precepto (artículo 47.7 ET) recoge determinadas condiciones de aplicación de la medida:

- I. La reducción de jornada podrá ser de entre un diez y un setenta por ciento y computarse sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual. En la medida en que ello sea viable, se priorizará la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos. Esto último dejando un criterio preferente de la decisión que deberá tomarse y lo que podrá ocasionar algún que otro problema interpretativo a resolver por los tribunales sobre la medida adoptada y la posibilidad de haber tomado otra medida menos severa.
- II. La empresa junto con la notificación, comunicación o solicitud, según proceda, a la autoridad laboral sobre su decisión de reducir la jornada de trabajo o suspender los contratos de trabajo, comunicará, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan: 1.º El período dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de la suspensión del contrato o la reducción de jornada. 2.º La identificación de las personas trabajadoras incluidas en el expediente de regulación temporal de empleo. 3.º El tipo de medida a aplicar respecto de cada una de las personas trabajadoras y el porcentaje máximo de reducción de jornada o el número máximo de días de suspensión de contrato a aplicar.
- III. Durante el periodo de aplicación del expediente, la empresa podrá desafectar y afectar a las personas trabajadoras en función de las alteraciones de las circunstancias señaladas como causa justificativa de las medidas (por tanto, en atención a las circunstancias que hayan justificado la suspensión o reducción de la jornada), informando previamente de ello a la representación legal de las personas trabajadoras y previa comunicación a la entidad gestora de las prestaciones sociales y, conforme a los plazos establecidos reglamentariamente, a la Tesorería General de la Seguridad Social, a través de los procedimientos automatizados que establezcan dichas entidades.

IV. Dentro del periodo de aplicación del expediente no podrán realizarse horas extraordinarias, establecerse nuevas externalizaciones de actividad ni concertarse nuevas contrataciones laborales. Esta prohibición no resultará de aplicación en el supuesto en que las personas en suspensión contractual o reducción de jornada que presten servicios en el centro de trabajo afectado por nuevas contrataciones o externalizaciones no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas, previa información al respecto por parte de la empresa a la representación legal de las personas trabajadoras. Esa información a la representación legal y su justificación y fundamentación serán importantes de cara a la evitación del incumplimiento del contenido normativo.

En caso de incumplimiento, traigamos a colación lo que establece la nueva redacción del artículo 8.20 LISOS, que considera infracción grave “*establecer nuevas externalizaciones de actividad incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 47.7.d) del Estatuto de los Trabajadores*”; y el artículo 7.14 LISOS, que también considera infracción grave, “*la formalización de nuevas contrataciones laborales incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 47.7.d) del Estatuto de los Trabajadores*”.

- b) Las personas trabajadoras cubiertas por un Mecanismo RED se beneficiarán de las medidas en materia de protección social previstas en la disposición adicional cuadragésima primera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (a la que nos vamos a referir más adelante y de manera detallada), y tendrán la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral.
- c) La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el Servicio Público de Empleo Estatal colaborarán para el desarrollo de actuaciones efectivas de control de la aplicación del mecanismo, mediante la programación de actuaciones periódicas y de ejecución continuada. Asimismo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tendrá acceso a los datos incorporados mediante procedimientos automatizados y aplicaciones que le permitan conocer los extremos relativos a la aplicación de los mecanismos, las condiciones especiales en materia de cotización a la Seguridad Social para las empresas y prestaciones correspondientes, con el objetivo de desarrollar las debidas actuaciones de control.

¿Y cómo se financiará el Mecanismo RED? Por último, se constituirá como fondo sin personalidad jurídica, adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social, un fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, que tendrá como finalidad atender a las necesidades futuras de financiación derivadas de la modalidad cíclica y sectorial del Mecanismo RED en materia de prestaciones

y exenciones a las empresas del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, incluidos los costes asociados a la formación, en la forma y condiciones previstas en su normativa de desarrollo. Serán recursos de este fondo los excedentes de ingresos que financian las prestaciones por desempleo en su nivel contributivo y asistencial, las aportaciones que se consignen en los Presupuestos Generales del Estado, las aportaciones procedentes de los instrumentos de financiación de la Unión Europea orientados al cumplimiento del objeto y fines del fondo, así como los rendimientos de cualquier naturaleza que genere el propio fondo.

4. MEDIDAS DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AFECTADAS POR LA APLICACIÓN DEL MECANISMO RED: ASPECTOS RELEVANTES

En los supuestos de reducción temporal de jornada o suspensión temporal del contrato de trabajo del artículo 47 bis ET (también los del artículo 47 ET), la regla general es la obligación de la empresa al ingreso sólo de las cuotas correspondientes a la aportación empresarial (artículo 153 bis TRLGSS referido a la “cotización en los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato”). Asimismo, en caso de causarse derecho a la prestación por desempleo (dentro del Mecanismo RED), corresponde a la entidad gestora de la prestación el ingreso de la aportación del trabajador. En estos supuestos, las bases de cotización a la Seguridad Social para el cálculo de la aportación empresarial por contingencias comunes y por contingencias profesionales, estarán constituidas por el promedio de las bases de cotización en la empresa afectada correspondientes a dichas contingencias de los seis meses naturales inmediatamente anteriores al inicio de cada situación de reducción de jornada o suspensión del contrato. Para el cálculo de dicho promedio, se tendrá en cuenta el número de días en situación de alta, en la empresa de que se trate, durante el período de los seis meses indicados. Las bases de cotización calculadas conforme a lo indicado anteriormente se reducirán, en los supuestos de reducción temporal de jornada, en función de la jornada de trabajo no realizada. Durante los períodos de suspensión temporal de contrato de trabajo y de reducción temporal de jornada, respecto de la jornada de trabajo no realizada, no resultarán de aplicación las normas de cotización correspondientes a las situaciones de incapacidad temporal, descanso por nacimiento y cuidado de menor, y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural.

Además, de conformidad con el artículo 267.1 TRLGSS, se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores que estén incluidos en alguno de los siguientes supuestos:

- Cuando se suspenda el contrato: 1.º Por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 ET.
- Cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo, por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 ET.

Introduciendo la reforma laboral una nueva disposición adicional cuadragésima primera en el TRLGSS y que versa sobre las “medidas de protección social de las personas trabajadoras afectadas por la aplicación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, regulado en el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Refirámonos profundamente a su desarrollo:

1. Activado el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, y cuando las empresas afectadas obtengan autorización de la autoridad laboral para su aplicación, podrán reducir la jornada de trabajo o suspender los contratos de trabajo de las personas trabajadoras, y estas acceder a la prestación regulada en esta disposición, en los términos y condiciones a los que nos referimos a continuación. Podrán acceder a esta prestación del Mecanismo RED:

- las personas trabajadoras por cuenta ajena, cuando se suspenda temporalmente su contrato de trabajo o se reduzca temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, siempre que su salario sea objeto de análoga reducción, sin que sea necesario acreditar un periodo mínimo de cotización previo a la Seguridad Social (esto último muy importante para el disfrute de la prestación).
- las personas que tengan la condición de socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado y de sociedades laborales incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social o en algunos de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo.

En todos los casos se requerirá que el inicio de la relación laboral o societaria en la empresa autorizada a aplicar el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo sea anterior a la fecha del Acuerdo del Consejo de Ministros que declare la activación del mismo (es lógico pues lo anterior sería una situación de fraude de ley).

Asimismo, la normativa deja recogida que esta prestación será incompatible con la percepción de prestaciones o subsidios por desempleo, con la prestación por cese de actividad y con la renta activa de inserción. También se hace advertencia expresa de que las personas trabajadoras no podrán percibir, de forma simultánea, prestaciones derivadas de dos o más Mecanismos RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo. Por tanto, no podrán percibirse prestaciones derivadas de dos Mecanismos RED diferentes; entendemos que, si el trabajador tiene posibilidad de disfrutar entre dos mecanismos, tendrá que seleccionar el que más le compense.

2. A falta de desarrollo reglamentario, tal como establece la nueva disposición adicional cuadragésima primera, el procedimiento para la solicitud y el reconocimiento del derecho a esta prestación se regirá de conformidad con las siguientes reglas:

- a) La empresa deberá formular la solicitud, en representación de las personas trabajadoras, en el modelo establecido al efecto en la página web o sede electrónica del Servicio Público de Empleo Estatal. En dicha solicitud constarán los datos de todas las personas trabajadoras que pudieran resultar afectadas por la aplicación del Mecanismo RED, que sean necesarios para el reconocimiento del derecho. En todo caso se hará constar la naturaleza de la medida aprobada por la Autoridad Laboral y, en caso de reducción de jornada, el porcentaje máximo de reducción autorizado.
- b) El plazo para la presentación de esta solicitud será de un mes, a computar desde la fecha de la notificación de la resolución de la autoridad laboral, en la que se autorice la aplicación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo o desde la del certificado del silencio administrativo (importante el sentido positivo de dicho silencio). En caso de presentación fuera de plazo, el derecho nacerá el día de la solicitud. En este supuesto, la empresa deberá abonar a la persona trabajadora el importe que hubiese percibido en concepto de prestación del Mecanismo RED desde el primer día en que se hubiese aplicado la medida de reducción de jornada o suspensión del contrato.
- c) El acceso a la prestación requerirá la inscripción de la persona trabajadora ante el servicio público de empleo competente.

3. Respecto a la base reguladora de la prestación, esta será el promedio de las bases de cotización en la empresa en la que se aplique el mecanismo por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluidas las retribuciones por horas extraordinarias, correspondientes a los 180 días inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de aplicación de la medida a la persona trabajadora. En caso de no acreditar 180 días de ocupación cotizada en dicha empresa, la base reguladora se calculará en función de las bases correspondientes al periodo inferior acreditado en la misma.

4. La cuantía de la prestación se determinará aplicando a la base reguladora, el porcentaje del 70 por ciento, durante toda la vigencia de la medida. No obstante, la cuantía máxima mensual a percibir será la equivalente al 225 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en el momento del nacimiento del derecho incrementado en una sexta parte. En caso de que la relación laboral sea a tiempo parcial, la cuantía máxima se determinará teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el periodo de los 180 días (seis meses) inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de aplicación de la medida a la persona trabajadora.

5. Durante la aplicación de las medidas de suspensión o reducción, la empresa ingresará la aportación de la cotización que le corresponda, debiendo la entidad gestora ingresar únicamente la aportación de la persona trabajadora, previo descuento de su importe de la cuantía de su prestación.

6. Importante la aclaración que realiza la normativa sobre la compatibilidad o incompatibilidad de disfrutar del Mecanismo RED y de otro trabajo: la prestación será incompatible con la realización de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo. Sin embargo, será compatible con la realización de otro trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial. En este último caso, de su cuantía no se deducirá la parte proporcional al tiempo trabajado.

7. La duración de la prestación se extenderá, como máximo, hasta la finalización del período de aplicación del Mecanismo RED en la empresa.

8. El acceso a esta prestación no implicará el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto. Por tanto, ¿se consume la prestación por desempleo? No. El tiempo de percepción de la prestación no se considerará como consumido de la duración en futuros accesos a la protección por desempleo.

Al hilo de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el tiempo de percepción de la prestación no tendrá la consideración de periodo de ocupación cotizado (es lógico puesto que no se consume prestación por desempleo). No obstante, el período de seis años a que se refiere el artículo 269 TRLGSS se retrotraerá por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera percibido la citada prestación.

En el caso de reducción de jornada, se entenderá como tiempo de percepción de prestación el que resulte de convertir a día a jornada completa el número de horas no trabajadas en el periodo temporal de referencia.

9. La prestación se suspenderá cuando la relación laboral se suspenda por una causa distinta de la aplicación del Mecanismo RED.

10. La prestación se extinguirá si se causa baja en la empresa por cualquier motivo. Igualmente se extinguirá por imposición de sanción, en los términos previstos en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

11. Corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal gestionar las funciones y servicios derivados de la prestación regulada en esta disposición y declarar el reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de estas prestaciones, sin perjuicio de las atribuciones reconocidas a los órganos competentes de la Administración laboral en materia de sanciones. Y corresponde a la entidad gestora competente declarar y exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por las personas trabajadoras y el reintegro de las prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario.

12. Transcurrido el respectivo plazo fijado para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas o de responsabilidad empresarial sin haberse efectuado el mismo, corresponderá a la Tesorería General de la Seguridad Social proceder a su recaudación en vía ejecutiva de conformidad con las normas reguladoras de la

gestión recaudatoria de la Seguridad Social, devengándose el recargo y el interés de demora en los términos y condiciones establecidos en esta ley.

5. BENEFICIOS Y EXENCIONES EN LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL APLICABLES A LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO Y AL MECANISMO RED

Es la disposición adicional cuadragésima cuarta quién se refiere a los beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED. Refirámonos ahora a esta cuestión.

1. Durante el ERTE (tanto del artículo 47 como artículo 47 bis ET), las empresas podrán acogerse (siempre que reúnan los requisitos necesarios para ello y que vamos a ver a continuación) a las exenciones en la cotización a la Seguridad Social sobre la aportación empresarial por contingencias comunes y por conceptos de recaudación conjunta que se indican a continuación:

- a) El 20 por ciento a los expedientes de regulación temporal de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículos 47.1 y 47.4 ET). Hay un requisito para ello: que las empresas desarrollen las acciones formativas referidas (disposición adicional vigesimoquinta ET).
- b) El 90 por ciento a los expedientes de regulación temporal de empleo por causa de fuerza mayor temporal (artículo 47.5 ET).
- c) El 90 por ciento a los expedientes de regulación temporal de empleo por causa de fuerza mayor temporal determinada por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa (artículo 47.6 ET).
- d) En los expedientes de regulación temporal de empleo a los que resulte de aplicación el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo en su modalidad cíclica (artículo 47 bis. 1.a) ET):
 - 1.º El 60 por ciento, desde la fecha en que se produzca la activación, por acuerdo del Consejo de Ministros, hasta el último día del cuarto mes posterior a dicha fecha de activación.
 - 2.º El 30 por ciento, durante los cuatro meses inmediatamente siguientes a la terminación del plazo al que se refiere el párrafo 1.º anterior.
 - 3.º El 20 por ciento, durante los cuatro meses inmediatamente siguientes a la terminación del plazo al que se refiere el párrafo 2.º anterior.
- e) El 40 por ciento a los expedientes de regulación temporal de empleo a los que resulte de aplicación el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo en su modalidad sectorial (artículo 47.bis.1.b) ET. Exenciones

que requieren del mismo requisito anterior: solo resultarán de aplicación en el caso de que las empresas desarrollen las acciones formativas (a las que se refiere la disposición adicional vigesimoquinta ET). No obstante, aunque defendemos esta postura, la situación de los párrafos hace que esta afirmación sea algo dudosa.

Estas exenciones se aplicarán respecto de las personas trabajadoras afectadas por las suspensiones de contratos o reducciones de jornada, en alta en los códigos de cuenta de cotización de los centros de trabajo afectados.

2. Las exenciones en la cotización no tendrán efectos para las personas trabajadoras, manteniéndose la consideración del período en que se apliquen como efectivamente cotizado a todos los efectos.

3. Para la aplicación de estas exenciones no resultará de aplicación lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 20 TRLGSS (precepto referido a la adquisición, mantenimiento, pérdida y reintegro de beneficios en la cotización).

4. Dichas exenciones, que se financiarán con aportaciones del Estado, serán a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social, de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, del Servicio Público de Empleo Estatal y del Fondo de Garantía Salarial, respecto a las exenciones que correspondan a cada uno de ellos.

5. Estas exenciones en la cotización se aplicarán por la Tesorería General de la Seguridad Social a instancia de la empresa, previa comunicación de la identificación de las personas trabajadoras y periodo de la suspensión o reducción de jornada y previa presentación de declaración responsable, respecto de cada código de cuenta de cotización, en el que figuren de alta las personas trabajadoras adscritas a los centros de trabajo afectados, y mes de devengo. Esta declaración hará referencia tanto a la existencia como al mantenimiento de la vigencia de los expedientes de regulación temporal de empleo y al cumplimiento de los requisitos establecidos para la aplicación de estas exenciones. La declaración hará referencia a haber obtenido, en su caso, la correspondiente resolución de la autoridad laboral emitida de forma expresa o por silencio administrativo.

Para que la exención resulte de aplicación estas declaraciones responsables se deberán presentar antes de solicitarse el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente al periodo de devengo de cuotas sobre el que tengan efectos dichas declaraciones.

6. Junto con la comunicación de la identificación de las personas trabajadoras y periodo de suspensión o reducción de jornada se realizará, en los supuestos a los que se refieren las letras a) –causas ETOP– y e) – Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo en su modalidad sectorial–, una declaración responsable sobre el compromiso de la empresa de realización de las acciones formativas. Para que la exención resulte de aplicación, esta declaración responsable se deberá presentar antes de solicitarse el cálculo de la

liquidación de cuotas correspondiente al periodo de devengo de las primeras cuotas sobre las que tengan efectos dichas declaraciones. Si la declaración responsable se efectuase en un momento posterior a la última solicitud del cálculo de la liquidación de cuotas dentro del período de presentación en plazo reglamentario correspondiente, estas exenciones únicamente se aplicarán a las liquidaciones que se presenten con posterioridad, pero no a los períodos ya liquidados.

7. Las comunicaciones y declaraciones responsables a las que se refieren los apartados anteriores se deberán realizar, mediante la transmisión de los datos que establezca la Tesorería General de la Seguridad Social, a través del Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (Sistema RED), regulado en la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo.

8. La Tesorería General de la Seguridad Social comunicará al Servicio Público de Empleo Estatal la relación de personas trabajadoras por las que las empresas se han aplicado las exenciones. El Servicio Público de Empleo Estatal, por su parte, verificará la realización de las acciones formativas. Cuando no se hayan realizado las acciones formativas, según la verificación realizada por el Servicio Público de Empleo Estatal, la Tesorería General de la Seguridad Social informará de tal circunstancia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que ésta inicie los expedientes sancionadores y liquidatorios de cuotas que correspondan, respecto de cada una de las personas trabajadoras por las que no se hayan realizado dichas acciones. En el supuesto de que la empresa acredite la puesta a disposición de las personas trabajadoras de las acciones formativas no estará obligada al reintegro de las exenciones cuando la persona trabajadora no las haya realizado.

9. Las empresas que se hayan beneficiado de las exenciones conforme a lo establecido en las letras a) –causas ETOP– y e) –Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo en su modalidad sectorial–, que incumplan las obligaciones de formación a las que se refieren estas letras deberán ingresar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas respecto de cada trabajador en el que se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias de la Seguridad Social, previa determinación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del incumplimiento de estas las obligaciones y de los importes a reintegrar.

10. Las exenciones en la cotización estarán condicionadas al mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras afectadas durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del expediente de regulación temporal de empleo.

Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias de la Seguridad Social, previa comprobación del incumplimiento de

este compromiso y la determinación de los importes a reintegrar por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Lo cierto es que estos últimos apartados son una importante novedad que viene a esclarecer tantísimas dudas y consultas que se generaron con ese aluvión de normativa de emergencia laboral consecuencia de la COVID-19. Ahora, parece claro que los seis meses comienzan a computar desde la finalización del periodo de vigencia del expediente de regulación temporal de empleo; y, además, se esclarece explícitamente que si se incumple ese compromiso se deberá reintegrar, no todo el importe de las cotizaciones, solo el que resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora.

Además, no se considerará incumplido este compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. Tampoco se considera incumplido por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo.

En particular, en el caso de contratos temporales, no se entenderá incumplido este requisito cuando el contrato se haya formalizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 ET y se extinga por finalización de su causa, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

6. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO

La finalidad primordial de este nuevo mecanismo de flexibilidad interna ha sido el de situar al ERTE como primera opción fomentada en procesos de reestructuración empresarial desplazando y limitando estrictamente el protagonismo a los despidos colectivos. Y así puede confirmarse a través de la experiencia que se ha venido a adquirir a raíz de la crisis sanitaria, económica y social derivada de la COVID-19. Sin embargo, la ordenación legal no lo impone como medida alternativa absolutamente preferente que relegara a *ultima ratio* las medidas extintivas, señaladamente los despidos por causas empresariales.

Con este mecanismo se pretende ajustar temporalmente el empleo de la empresa intentando que no se produzca la destrucción de empleo que podría ocurrir con el planteamiento de un despido colectivo; por tanto, estabilizar las relaciones laborales y mantener el tejido productivo y de capital humano, ello con incidencia en las estadísticas de empleo/desempleo. Se crea así este mecanismo permanente con el que garantizar un marco de flexibilidad interno y amplio ante determinadas fluctuaciones y situaciones preocupantes.

Este nuevo mecanismo de flexibilidad interna y de estabilización laboral y económica se plantea como alternativa a la destrucción del empleo (tendencia desgraciadamente frecuente en las crisis y procesos de reestructuración empresarial, a pesar de que uno de los objetivos explícitos de los periodos de consulta-negociación colectiva ha sido la de evitar o reducir el umbral de despidos), protegiendo a las relaciones laborales ante aquellos procesos de cambio estructural (cada vez más frecuentes en el mercado laboral por diferentes situaciones: crisis económicas, crisis sanitarias, irrupción digital, etcétera) con los que evitar ese impacto económico negativo que pueda sufrir la empresa y, consecuentemente –inmediatamente a continuación–, el trabajador. Se protege así el empleo –con importantes beneficios en las cotizaciones a la Seguridad Social– ajustando las horas de trabajo e impulsando la estabilidad y seguridad de las relaciones laborales.

El Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo es una respuesta jurídica por necesidad de reestructuración empresarial con la que se evita la extinción de la relación laboral ante una situación que, a priori (luego se verá esto), será pasajera o temporal, por coyuntura macroeconómica general (cíclica) o por situaciones concretas en determinados sectores de la actividad (sectorial). Por tanto, su activación no se producirá automáticamente para supuestos concretos e individualizados de una determinada empresa, sino ante escenarios globales y genéricos de situaciones macroeconómicas (cíclica) o del contexto –también global y genérico– de concretos sectores y actividades. Son supuestos en los que, consecuencia del panorama referido, se produce un excedente de trabajadores y, ante la opción primera –y más traumática– hasta ahora –en clara referencia al despido colectivo–, se crea este mecanismo de flexibilización laboral en un escenario claramente negativo de crisis económica general o del sector, en este último caso, solicitud de flexibilidad a la que se le deberá de acompañar un plan de recualificación de las personas afectadas.

Al hilo de este plan de recualificación en situaciones de crisis sectorial, la interpretación es que no será, en este caso concreto, para un escenario tan “pasajero” o “temporal”, pues se pretende “recualificar” a ese trabajador para superar la situación de crisis constatada, lo que podría evidenciar que nos encontramos ante una crisis estructural de ese concreto sector (y no pasajera o temporal). Lo que se pone en contradicción con el artículo 47.1 ET (ERTE por causas ETOP o fuerza mayor), que sí que deja cristalina esa intención de carácter “temporal”: *“la empresa podrá reducir temporalmente la jornada de trabajo de las personas trabajadoras o suspender temporalmente los contratos de trabajo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de carácter temporal, con arreglo a lo previsto en este artículo y al procedimiento que se determine reglamentariamente”*.

Son muchas las cuestiones que quedan por perfilar en este innovador mecanismo de flexibilidad interna (por ejemplo, la prioridad aplicativa del ERTE frente al despido colectivo, pues todo parece indicar que es el empresario el que decidirá qué medida utilizar), cuestiones que, entendemos, se irán desarrollando con el paso del tiempo –como con cualquier otro mecanismo jurídica de nueva cuña o formulación–

y que para nada empaña una medida previa a la más traumática de todas ellas: el despido. Pero no debe olvidarse ingenuamente la experiencia histórica de muchos procesos de reestructuración que ya había anticipado medidas de flexibilidad interna y que luego no se normalizaron abriéndose, por el contrario, un periodo donde se daba prioridad a las medidas de flexibilidad externa (vías contratos temporales y facilitación de los despidos)⁵. Por ello, resulta singularmente relevante en se haya optado por *normalizar y perfeccionar* legalmente y como *medida de disponibilidad aplicativa permanente* con la nueva reforma laboral negociada.

En definitiva, nos encontramos ante un mecanismo de activación de “política del Derecho” (cuando todas las partes implicadas estén de acuerdo; acuerdo que es objeto de fomento) que evitará esa avalancha de dudas, inseguridad jurídica y caos normativo que inevitablemente se padeció al inicio de la pandemia Covid-19. Una normativa que va preparándose y, en ciertas ocasiones, adelantándose a lo que nos pueda deparar el futuro y, además, lo hace no solo teniendo en cuenta futuras las crisis económicas y sanitarias, sino un cambio cualitativo del modelo de regulación de las relaciones laborales que cada vez está más cerca a consecuencia del avance de la tecnología, las nuevas formas de trabajo y las nuevas dirección ideológicas de las políticas del Derecho social y del Derecho de la economía y de la competencia⁶.

7. BIBLIOGRAFÍA

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “*El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad del empleo en la nueva Reforma Laboral 2021*”, en *NET21*, núm. 8, 2022.

CRUZ VILLALÓN, J.: “El sistema red de regulación temporal de empleo”, Madrid, AEDTSS, 2022.

MARTÍNEZ BARROSO, R.: “*El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos y ordinarios*”, Madrid, AEDTSS, 2022.

⁵ Resulta de máximo interés re-examinar las medidas adoptadas en el marco de los procesos de reconversión y “reindustrialización” (sic) acometidas desde la década de los ochenta en nuestro País. Puede consultarse, al respecto, Monereo Pérez, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1988, espec., págs. 11 y ss. (“La reestructuración industrial en los sistemas de economía de mercado”), y 97 y ss. (“Las medidas laborales y de Seguridad Social de carácter procedimental y sustantivo”); Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, espec., pp. 99 y ss. (“Diversidad y precariedad: política de flexibilidad laboral y precariedad en el empleo”).

⁶ Véase Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017; ampliamente, Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Pérán Quesada, S. (Dirs.): *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, Ortega Lozano, P.G. y Ruiz Santamaría, J.L. (Coords.), Granada, Comares, 2021.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1988.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de las empresas*, Ponencia General en el XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Granada, 19 y 20 de mayo de 2005, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, pp. 31-164.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Comares, 2006.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIERNO, F., ESPOSITO, M. Y PÉRAN QUESADA, S. (DIRS.): *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, ORTEGA LOZANO, P.G. Y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (Coords.), Granada, Comares, 2021.

ROJO TORRECILLA, E.: “*Estudio de la reforma laboral de 2021 (VI). La apuesta reforzada por la flexibilidad interna y la incorporación de medidas adoptadas durante la pandemia. Expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) y nuevo Mecanismo RED*”, en *El Blog de Eduardo Rojo*, publicado el 10 de enero de 2022. Disponible en internet.

TARELLO, G.: *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical*, traducción y Estudio preliminar, “*Cultura jurídica y pluralismo jurídico-sindical en Giovanni Tarello*” (pp. VII-XCV), a cargo de J.L. Monereo Pérez y J.A. Fernández Avilés, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002.

CONCURRENCIA ENTRE CONVENIOS Y MODERNIZACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras clave: Convenios colectivos, prioridad aplicativa del convenio de empresa, convenio aplicable y empresa contratista

La reforma en la ordenación de la negociación colectiva de 2021 (RDL 32/2021) suprime la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, en el área que había resultado más relevante, la cuantía del salario base y de los complementos (art. 84.2 LET) y regula el convenio aplicable en supuestos de descentralización productiva (art. 42.6 LET). Ningún cambio o modificación ha experimentado la regulación estatutaria sobre la concurrencia afectante de los convenios colectivos autonómicos. Este trabajo, analiza la nueva regulación del art. 84.2 LET (y, en relación con la misma, los cambios introducidos por el nuevo apartado 6 del art. 42 LET) en el marco normativo vigente sobre concurrencia convencional del art. 84 LET. En primer lugar, partiendo del significado y efectos de las reformas de 1994 y de 2011/2012, se analiza el espacio de los convenios de comunidad autónoma para la regulación y la ordenación de la negociación colectiva. En segundo lugar, este trabajo aborda la preferencia aplicativa del convenio de empresa, indagando las causas de sus limitados efectos durante el tiempo que ha estado en vigor y valorando positivamente que la reforma de 2021 la sitúe, con buen criterio, como instrumento estructural para consolidar la unidad negocial empresarial con vocación de permanencia, y no como instrumento de flexibilidad ante coyunturas de crisis empresarial. En tercer lugar, se abordan las diversas reglas contenidas sobre el convenio aplicable en los supuestos de descentralización productiva, así como los problemas interpretativos que plantea el art. 42.6 LET, valorando críticamente, desde la perspectiva del principio de igual salario para trabajos de igual valor, la situación en la que quedan las personas trabajadoras en las empresas contratistas y, en particular, en los centros especiales de empleo.

ABSTRACT

Key words: Collective agreements, priority application of the company agreement, applicable agreement and contractor

The reform in the organization of collective bargaining of 2021 (RDL 32/2021) suppresses the application preference of the company collective agreement, in the area that had been most relevant, the amount of the basic salary and supplements (art. 84.2 LET) and regulates the applicable agreement in cases of productive decentralization (art. 42.6 LET). No change or modification has undergone the statutory regulation on the affecting concurrence of regional collective agreements. This paper analyzes the new regulation of art. 84.2 LET (and, in relation to it, the changes introduced by the new section 6 of art. 42 LET) in the current regulatory framework on conventional concurrence of art. 84 LET. First, based on the meaning and effects of the reforms of 1994 and 2011/2012, the space of the autonomous community agreements for the regulation and organization of collective bargaining is analyzed.

INDICE

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS
2. PREFERENCIA APLICATIVA DE LOS CONVENIOS DE COMUNIDAD AUTÓNOMA
 - 2.1. Significado y efectos de la reforma de 1994
 - 2.2. Significado y efectos de la reforma 2011/2012
 - 2.3. Principio autonómico en la ordenación futura de la negociación colectiva
3. PREFERENCIA APLICATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA
 - 3.1. Significado de la reforma 2012
 - 3.2. Interpretación judicial de la prioridad aplicativa del convenio empresarial
 - 3.3. Los efectos de la prioridad aplicativa del convenio de empresa
 - 3.4. Aplicación preferente del convenio de empresa y descentralización productiva
4. SUPRESIÓN DE LA PREFERENCIA APLICATIVA DEL CONVENIO DE EMPRESA EN MATERIA SALARIAL EN LA REFORMA DE 2021
 - 4.1. La preferencia del convenio de empresa para la adaptación de la negociación sectorial
 - 4.2. La aplicación transitoria de la reforma del art. 84 LET
5. CONVENIO APLICABLE Y EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA
 - 5.1. El convenio aplicable de conformidad con el art. 42.6 LET
 - 5.2. Aplicación del convenio de la actividad contratada y exclusión del convenio de la actividad principal
 - 5.3. La inaplicación del art. 42. 6 LET a los centros especiales de empleo

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

La reforma de la negociación colectiva, introducida por el RDL 32/2021¹, suprime la preferencia aplicativa del convenio de empresa en materia salarial, en el art. 84.2 LET; identifica el convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas, y subcontratistas, en el art. 42. 6 LET y recupera la ultraactividad indefinida de los convenios colectivos en el art. 86.3 LET. En este trabajo, que estará centrado en la reforma estatutaria relativa a la concurrencia entre convenios colectivos, hemos de realizar dos aclaraciones de partida.

En primer lugar, la concurrencia entre normas no es un tema específico del sistema de fuentes del derecho del trabajo, sino de la teoría general del derecho, que presenta, en este ámbito jurídico, perfiles propios de especial importancia e intensidad, por la temporalidad y naturaleza sectorial de los convenios colectivos. El art. 84 LET fija las reglas de solución de conflictos de concurrencia entre convenios colectivos que, junto con otras reglas de concurrencia (art. 3.3 LET), constituyen

¹ 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 que lleva a cabo una nueva reforma, ya anunciada como la octava reforma del Componente 23 (Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo) del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) de 27/4/2021.

una subespecie de las normas de ordenación del sistema de negociación colectiva, donde también se incardinan las reglas que previenen o evitan esta concurrencia, por ejemplo, las que establecen distribuciones de competencia, por razón de la materia, entre diversas unidades de negociación.

En segundo lugar, en el ámbito de la disciplina jurídica laboral, la concurrencia entre convenios colectivos se aborda frecuentemente en conexión y dentro del estudio más amplio y complejo de la estructura de la negociación colectiva. De esta forma, la valoración de las reglas que regulan la concurrencia entre las normas convencionales, así como las propuestas doctrinales, se formulan, frecuentemente, atendiendo a los efectos que estas determinan sobre la estructura negocial, por lo que están directamente condicionadas por la opinión que merezca la estructura vigente y el modelo de estructura al que se aspire.

En España, debe recordarse que, desde los años ochenta y noventa del siglo pasado, las propuestas doctrinales y la estrategia sindical estarían dirigidas a alcanzar un modelo de negociación centralizada y articulada². Los cambios en el tejido productivo español y los cambios de contenidos y funciones de la negociación colectiva potenciaban el mayor dinamismo de la unidad empresarial y un reparto de las materias entre las diversas unidades de negociación colectiva. La falta de eficiencia del sistema de negociación colectiva, las ventajas que para la empresa y los trabajadores se derivan de la ordenación de la negociación colectiva, el ahorro de esfuerzos negociadores, y los citados cambios productivos y de funciones de la negociación, entre otras causas, irían progresivamente indicando la idoneidad de un cambio de la estructura convencional hacia un modelo centralizado y articulado de negociación colectiva. Con posterioridad, la crisis de 2008 potenciaría, en todo el mundo y no sólo para España, la tendencia descentralizadora y la promoción del convenio colectivo de empresa.

Pues bien, desde la LET de 1980, la ordenación de la negociación se basa en la libertad de las partes, la inexistencia de una relación jerárquica entre convenios y la prohibición general de afectación entre convenios durante la vigencia *prior in tempore*. Si, en el contexto regulador descrito, el legislador de 1980 encomendó a la autonomía colectiva la ordenación de la negociación colectiva y, en concreto, a los Acuerdos y Convenios previstos por el artículo 83.2 LET, el legislador de 1994 introdujo unas fórmulas de dirigismo estatal sobre la estructura de la negociación, que profundizó la reforma de 2012.

La reforma estatutaria de 1994, de una parte, ordenó la negociación sobre la base del criterio de reparto funcional, expresando su preferencia por la unidad

² Pretendiendo así un cambio en la estructura caracterizada tradicionalmente por su descentralización y desarticulación; sustentada sobre los convenios sectoriales provinciales y de empresa y en la que cada unidad de negociación asumía un papel de norma exclusiva y excluyente de regulación de las condiciones de trabajo.

sectorial estatal para la regulación de determinadas materias, de otra parte, fomentó la negociación de ámbito empresarial y, finalmente, introdujo una nueva redacción en el artículo 84 LET que admitiría la afectación por un convenio colectivo supraempresarial de otro de ámbito superior, salvo en determinadas materias. Una nueva redacción que, con el propósito de promoción del ámbito autonómico de negociación, terminaría restando operatividad a la estructuración de la negociación por la vía de los Acuerdos o Convenios, previstos por el artículo 83.2 LET. En este contexto normativo, se adoptarán los diferentes modelos de estructura contractual propuestos en los AINC's desde 1997, basados en el principio de especialización de cada unidad negocial y en la centralidad del convenio estatal de sector.

Con la aprobación de la reforma de 2012 (RDL 3/2012 y Ley 3/2012) uno de los cambios normativos de mayor calado fue, como se sabe, el reconocimiento de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, frente a cualquier otro convenio de ámbito superior. Este cambio se iniciaría en la reforma de 2011 (RDL 7/2011 y Ley 35/2010), alterando así el régimen jurídico de concurrencia de convenios vigente desde 1994, esto es, el régimen por el que se reconocía, como excepción al principio de no concurrencia, la posibilidad de aplicación preferente, únicamente, de los convenios sectoriales de ámbito inferior respecto de los de ámbito superior. En ambas reformas, según argumentarían las respectivas exposiciones de motivos, el objetivo sería una negociación de las condiciones laborales en el nivel “más cercano y adecuado” a la realidad de las empresas y de sus trabajadores, de forma que sea un instrumento “para adaptar” las condiciones laborales a las circunstancias de la empresa. Entre ambas reformas, la diferencia estribaría, en que en 2011 se optaría por el carácter dispositivo de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, respecto de los convenios negociados de acuerdo con el art. 83.2. LET; y en 2012 se configurará con carácter indisponible para la negociación colectiva de ámbito superior. En esta reforma 2011/2012 también se abordaría la prioridad aplicativa del convenio colectivo autonómico, corrigiendo las insuficiencias técnicas de la redacción de 1994.

Pues bien, en la nueva reforma de 2021 (RDL 32/2021) la ordenación de la negociación colectiva se profundiza con la distribución de competencias negociadoras entre convenios sectoriales y de empresa, en materia de contratación laboral, con una regulación sobre el convenio aplicable en supuestos de descentralización productiva, en el nuevo art. 42.6 LET y con la supresión de la preferencia aplicativa del convenio de empresa, en la fijación de la cuantía del salario base y de los complementos, en el nuevo art. 84.2 LET. Ninguna reforma ha experimentado la regulación estatutaria sobre la preferencia aplicativa de los convenios colectivos autonómicos.

Aunque, como hemos señalado, el objeto de este trabajo se centrará en la nueva regulación del art. 84.2 LET (y en relación con la misma, los cambios introducidos por el nuevo apartado 6 del art. 42 LET) no podemos dejar de analizar también el conjunto de reglas sobre concurrencia convencional del art. 84 LET y,

en concreto, el tema, que cada día cobra mayor interés, la prioridad aplicativa del convenio autonómico.

2. PREFERENCIA APLICATIVA DE LOS CONVENIOS DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

2.1. Significado y efectos de la reforma de 1994

La reforma de 1994 del art. 84 LET, dirigida a la promoción del marco autonómico de negociación colectiva, introdujo, en el entonces párrafo segundo, una excepción a la prohibición de concurrencia del art. 84.1 LET, que permitió a un convenio supraempresarial afectar a otro de ámbito superior.

Como es sabido, el citado art 84 LET, en su redacción de 1980, establecía una regulación (una regla general) ante los casos de concurrencia entre convenios que remitía, en primer lugar, a las reglas convencionales que se establecieran por los convenios o acuerdos regulados por el artículo 83.2 LET, y, en su defecto, a la regla legal de prohibición de concurrencia. La prohibición legal de concurrencia era así (y sigue siendo) una regulación supletoria de la regulación convencional sobre reglas de concurrencia de convenios y, más en general, sobre ordenación de la estructura de la negociación colectiva. De esta forma, el legislador de 1980, de un lado, recogía la regla clásica “*prior in tempore prior in iuris*”, en aras de la seguridad jurídica y de la paz social durante la vigencia del convenio, pero, de otra parte, confiaba a la autonomía colectiva la necesaria racionalización y ordenación de la estructura de la negociación colectiva, consciente del efecto de petrificación de aquella regla sobre la estructura negocial.

La reforma de 1994 introduce un supuesto excepcional a aquella regla general y que, además, lo fue tanto a las eventuales reglas convencionales fijadas ex artículo 83.2 LET, como a la regla legal de prohibición establecida por el artículo 84.1 LET. Así, se consiente la concurrencia entre convenios de ámbito supraempresarial, y más concretamente, que un convenio colectivo supraempresarial modifique lo pactado en otro convenio de ámbito superior, si bien sólo en relación con determinadas materias, que se definen en negativo por la propia norma (artículo 84.2 y 3, LET). Aunque el cambio normativo poseyó originariamente una explicación en clave autonomista, dado su contenido, tuvo un significado y un alcance más amplio, como ejemplo de intervención legal para la ordenación de la negociación ante la inactividad de los sujetos colectivos.

Como señalaría el Tribunal Supremo, la extensión y vigencia aplicativa del art. 83.2 LET quedaría sensiblemente mermada pues la regla especial del art. 84 LET se inserta en una norma de derecho necesario, por lo que carecen de virtualidad los pactos o acuerdos que la contradigan. Siendo claro, como se ha dicho, que

el mandato establecido en el entonces 84.2, no era disponible a través de los instrumentos contractuales ahí mencionados, las frases “en todo caso” y “a pesar de lo establecido en el artículo anterior”, dejan patente que esta disposición prevalece sobre el número 2 del artículo 83 LET³. En definitiva, tras la reforma de 1994, se admitiría que un convenio supraempresarial pudiera afectar a lo dispuesto en un convenio de ámbito superior, pero siempre que se trate de un convenio estatutario acordado además por una mayoría reforzada y siempre que esta afectación no se refiera a determinadas materias. Una preferencia que se consideraría indisponible para los acuerdos negociados ex art. 82.3 LET⁴.

En relación con los efectos de esta reforma, hemos de señalar que, con independencia de pretender el desarrollo de un marco autonómico de negociación colectiva, ésta norma determinaba efectos descentralizadores mucho más amplios. Con una deficiente formulación técnica permitiría realmente la afectación de un convenio estatal pero también de un convenio de comunidad autónoma por cualquier convenio supraempresarial, por ejemplo, provincial. Además, al configurarse esta excepción a la prohibición de concurrencia como prevalente respecto de la del 83.2 LET, las posibilidades de ordenación y estructuración de la negociación colectiva de este precepto quedaban mermadas; cualquier convenio colectivo supraempresarial podía afectar a otro de ámbito superior, tanto estatal como de comunidad autónoma, que pretendiera estructurar y ordenar la negociación colectiva.

2.2. Significado y efectos de la reforma 2011/2012

El legislador de 2011 continuaría el proyecto del legislador de 1994 favorable a la creación de espacios autonómicos de relaciones laborales, con una formulación técnica correcta y respetando la regla general sobre ordenación negociada ex art. 82.3 LET⁵. De una parte, la nueva redacción art. 84.3 LET, admitiría que solo y exclusivamente a nivel de Comunidad Autónoma puedan suscribirse acuerdos o convenios colectivos que afecten a lo dispuesto en acuerdos o convenios de ámbito estatal, y salvando también determinadas materias de esta afectación (período de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos y la movilidad geográfica). De otra parte, esta posibilidad se admite, “salvo pacto en contrario negociado según el art. 83.2”, que podría ser tanto de ámbito estatal como autonómico, pero cuya aplicación da protagonismo a la estructuración negocial fijada por los convenios estatales.

³ Entre otras, SSTs 19 julio 2007; 7 noviembre 2005; 1 junio 2005; 26 de enero 2004.

⁴ Por todas, STS 22 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7422).

⁵ Sobre la redacción de 2011: Pérez de los Cobos Orihuel, F. La reforma de la negociación colectiva en España. Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 11/2012 (BIB 2012\294).

De conformidad con esta regulación, que no se modificó en 2012 ni lo ha sido en 2021, se permite, a través de la negociación colectiva, abrir un espacio de regulación laboral autonómico, pero un espacio que, de hecho, debe incardinarse y adecuarse a la regulación de la estructura de la negociación colectiva llevada a cabo a nivel estatal, pues la nueva norma ha configurado tal afectación como dispositiva frente a los acuerdos y convenios ex art. 82.3 LET. Por último, el convenio de Comunidad Autónoma afectante sigue siendo un convenio de mayoría reforzada que exige un acuerdo con el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora.

2.3. Principio autonómico en la ordenación futura de la negociación colectiva

En el contexto descrito, el RDL 31/2021 no ha afectado a los párrafos 3 y 4 del art. 84 LET, y tampoco su exposición de motivos permite augurar ningún avance hacia un modelo de ordenación de la negociación colectiva que privilegie o promueva el nivel autonómico frente al estatal. Las vigentes reglas de ordenación de la negociación colectiva han mantenido las reglas generales establecidas desde 1980, *prior in tempore prior in iuris* del art. 84.1 LET y de ordenación negocial a través de los acuerdos y convenios previstos por el art. 82.3 LET que, en la práctica, otorgan el protagonismo del gobierno de la negociación a los sindicatos y patronales más representativos a nivel estatal.

Sin embargo, comienza a ser relevante en nuestro país la presión de los sindicatos nacionalistas para fijar una estructura negocial propia, en su ámbito autonómico, a través del art. 83.2 LET. La cuestión radica en que el legislador, no establece una relación jerárquica entre acuerdos-marco o convenios estatales y de CCAA, aunque de hecho favorece a los primeros. Ante estos conflictos, la solución de los tribunales ha sido la aplicación de la regla general, es decir, la preferencia al convenio o acuerdo que primero entró en vigor (*principio prior in tempore*). Esta regla clásica estaría de momento pues impidiendo que los nuevos acuerdos-marco autonómicos puedan modificar la estructura negocial por sectores a nivel estatal⁶.

De otra parte, como ya hemos destacado, el convenio colectivo autonómico afectante es un convenio estatutario “reforzado”. La exigencia de mayoría cualificada para alcanzar un convenio derogatorio de otro convenio de superior ámbito sigue conservando un aspecto novedoso y clave de la regulación del supuesto legal de concurrencia convencional permitida. Lo relevante es que el efecto derogatorio se conecta con la exigencia de un plus de representatividad para su pacto, exigencia

⁶ Navarro Nieto, F., Las políticas de descentralización del sistema negocial español. La negociación colectiva ante los retos del Siglo XXI. Libro en Memoria de la Profesora María José Rodríguez Crespo (coord. Sáez Lara, C., Navarro Nieto, F.), Bomarzo 2019, p. 15. La presión, como se sabe, proviene de ELA-STV en el País Vasco: STS 13-3-2018, (Rec. 54/2017); STSJ País Vasco 26-10-2017, (Rec. 2085/2017).

que se configura como el título que legitima a estos convenios para poder derogar el contenido de un convenio de ámbito superior⁷. De esta forma, se introduce una especie de diferencia jerárquica, entre convenios colectivos, en base a la mayoría cualificada que exige su acuerdo, similar a las exigencias de mayorías especiales que requieren las normas jerárquicamente superiores en el sistema estatal de fuentes. Por lo tanto, el art. 84.3 LET no sólo permite la concurrencia del convenio autonómico sobre el estatal, pues no cualquier convenio de CCAA posterior puede derogar lo regulado sobre ciertas materias por un convenio estatal, sino que define el convenio afectante, aquel que haya sido acordado por una mayoría reforzada. Tal vez desde esta perspectiva debamos seguir planteando el análisis de los espacios autonómicos de relaciones laborales, o, más concretamente, la ordenación de la negociación colectiva, también desde la perspectiva autonómica.

3. PREFERENCIA APLICATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA

3.1. Significado de la reforma 2012

Iniciada la regulación legal sobre la prioridad aplicativa del convenio de empresa en la reforma estatutaria de 2011, la reforma de 2012 intensificó la intervención o dirigismo estatal del modelo de ordenación de la negociación colectiva, favoreciendo la descentralización negocial, al establecer la indisponibilidad de la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre determinadas materias. Estas materias serían de carácter salarial (cuantía salario base y complementos, abono o compensación de horas extraordinarias y retribución de trabajo a turnos) de tiempo de trabajo (horario, distribución del tiempo, trabajo a turnos, vacaciones) de adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional, y de las modalidades de contratación, así como medidas de conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. Finalmente, se preveía que estas materias de preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa pudieran verse ampliadas por los acuerdos y convenios colectivos previstos por el art. 83.2 LET.

Como se sabe, este dirigismo estatal fue avalado por el TC al declarar rotundamente que no existe un modelo constitucionalmente predeterminado de negociación colectiva, y que, dentro del extenso margen de libertad de configuración, resulta legítima tanto una política legislativa que dé prioridad al convenio sectorial como la que se decante por la preferencia del convenio de empresa. El modelo

⁷ Sáez Lara, C., La concurrencia de convenios colectivos, en Crisis, Reforma y futuro del Derecho del Trabajo, Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos, Tirant lo blanch, 2010, pp. 593-605.

centralizado y descentralizado de negociación son ambos constitucionalmente legítimos⁸.

Ahora bien, pese a su importancia, en la reforma de 2012, como ocurrió con la anterior analizada de 1994, y en la última de 2021, no se alteraron las originarias reglas de ordenación de la negociación; la libertad de los negociadores, la inexistencia de una relación jerárquica entre convenios y la prohibición general de afectación entre convenios durante la vigencia *prior in tempore*⁹. En España la concurrencia de convenios colectivos no se rige por el principio de norma más favorable, a diferencia de otros países europeos, sino por el de *prior in tempore*, dado que se reconoce la igualdad de rango de todo convenio, con independencia de su mayor o menor ámbito subjetivo. Esta importante diferencia es compensada a su vez por la eficacia general o *erga omnes* de los convenios colectivos españoles. Por tanto, además de las reglas sobre concurrencia, no podemos ignorar, al analizar la ordenación de la negociación colectiva, que uno de los pilares de nuestro marco de negociación colectiva deriva de la eficacia *erga omnes* de los convenios colectivos. En este contexto, hemos de insertar la tendencia a la priorización de los convenios de empresa que, como medida para combatir la crisis del 2008, fue generalizada en toda Europa e incluso a nivel mundial. Una tendencia descentralizadora que se articularía, entre nosotros en 2012, a través de una prioridad aplicativa del convenio de empresa, indisponible para los Acuerdos y Convenios ex art. 82.3 LET.

El propósito declarado sería, como ya se dijo, la adaptación o el acercamiento a la realidad de la empresa de las condiciones laborales fijadas en los convenios sectoriales. Sin embargo, no puede dejar de señalarse que este declarado propósito de la preferencia aplicativa del convenio de empresa era difícilmente alcanzable y, por tanto, creíble para cualquiera que analizara mínimamente la estructura de la negociación colectiva y del propio sistema de empresas¹⁰. En definitiva, como se ha afirmado generalizadamente, esta preferencia aplicativa del convenio empresarial sería propiciada por el legislador español como vía esencial para salir de la crisis mediante una rebaja de los salarios.

⁸ SSTC 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero y STS de 26/3/2014 (Rec. 129/2013).

⁹ Además, es preciso señalar que esta prohibición de concurrencia no rige con un convenio en situación de ultraactividad (art. 86.3 ET) que puede, por tanto, ser afectado por otro convenio: STS de 5 de octubre de 2021 (Rec. 958/2021), según la cual la prohibición de concurrencia (art. 84.1 ET) se extiende durante “la vigencia inicial prevista en el convenio o prorrogada expresamente por las partes, pero no al periodo posterior a tal vigencia, una vez el convenio ha sido denunciado, conocido como de vigencia ultra activa”.

¹⁰ En 2012 solo al 8,1% de las personas trabajadoras españolas se les aplicaba un convenio de empresa frente al 92% cuyas condiciones se regían por convenios sectoriales. Y en la evolución de la estructura se aprecia, como después se verá, una pérdida de peso relativo de los convenios de empresa, a pesar de la potenciación de los convenios de este tipo que significa la reforma laboral de 2012.

Por lo que respecta a su impacto, el efecto inmediato de la reforma de 2012 sería el ajuste de los convenios sectoriales al art. 84.2 LET. Ya se destacó en aquel momento que buena parte de la litigiosidad, producida por la entrada en vigor de esta reforma, tuvo su origen en la fricción entre la regla de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa y las cláusulas ordenadoras de los convenios colectivos estatales en vigor¹¹. A estos efectos, se desarrolló un importante control administrativo y judicial de los convenios colectivos sectoriales, que establecían reglas de ordenación de la negociación colectiva, desde la perspectiva del necesario respeto a la regla legal predisuelta por el art. 84.2 LET. De esta forma, muchas resoluciones judiciales tendrían su origen, como se recordará, en impugnaciones de oficio de la autoridad laboral, que desarrolló un papel muy activo en la aplicación inmediata de esta prioridad, con advertencias de no registrar o de demandar ante los tribunales por ilícito los convenios cuyo articulado contradijera lo establecido en el art. 84.2 LET.

Finalmente, debe destacarse que, en algún caso, los tribunales realizarían interpretaciones favorables a la función ordenadora de los convenios sectoriales, siendo especialmente interesantes aquellos supuestos de cláusulas convencionales sectoriales que incidían indirectamente en la ordenación vinculante para el ámbito empresarial, en relación con materias donde la ley le otorgaba una indisponible prioridad aplicativa¹². En términos más generales, como se han venido vinculando los efectos de la reforma normativa con la interpretación y aplicación judicial de la misma, nos referiremos a ella en el siguiente epígrafe¹³.

¹¹ Ojeda Avilés, A., La nueva negociación colectiva: concurrencia de convenios y ultractividad, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 34/2013, p. 502. Un estudio de estos convenios y casos judiciales, al inicio de la aplicación de la reforma de 2012 en Mella Méndez, L., La nueva estructura de la negociación colectiva en la reforma laboral de 2012 y su reflejo en los convenios colectivos existentes y posteriores a su entrada en vigor, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 33/2013, pp. 28-49.

¹² STSJ de Navarra de 30/7/2014 (Rec.124/2014) en relación con una cláusula convencional que al regular la jornada laboral anual vinculaba la negociación salarial en la empresa. Un comentario en contra del criterio judicial: López Balaguer, M., Límites materiales a la prioridad aplicativa del convenio de empresa: A propósito de la STSJ Navarra 30/7/2014, *Revista Boliviana de Derecho*, 21/2016, pp. 294-305.

¹³ Extensamente sobre la misma: García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J.R., Los restos de un naufragio: la devaluación de la prioridad aplicativa del convenio de empresa y la prevalencia del marco sectorial. *Revista de Información Laboral*, 9/2018 (BIB 2018\12696). Barrios Baudor, G.L., Prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa: cuestiones prácticas. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6/2018 (BIB 2018\9312).

3.2. Interpretación judicial de la prioridad aplicativa del convenio empresarial

De conformidad con la naturaleza excepcional de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, la doctrina judicial, ha realizado una interpretación estricta del art. 84.2 LET, en los propios términos utilizados por el legislador¹⁴. En relación con el ámbito de aplicación, la aplicación jurisprudencial estableció que la regla de prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa no se extiende a los de ámbito inferior al de la empresa (por ejemplo, de centro de trabajo o de franja) respecto de los convenios colectivos sectoriales de ámbito superior al de la empresa¹⁵. Además, como se sabe, no gozarían de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa los pactos o acuerdos de carácter extraestatutarios¹⁶.

En relación con las materias a las que se refiere la norma, los tribunales consideraron que era una lista cerrada de materias e hicieron una interpretación estricta de su alcance, evitando los efectos expansivos de la negociación de empresa. En materia salarial, el convenio de empresa sería prioritario para cuantificar el importe de la base y de los complementos retributivos, pero no podría modificar la estructura salarial, ni suprimir complementos salariales o extrasalariales, regulados en la norma convencional sectorial, ni alterar su definición ni fijar criterios distintos para su devengo o una cuantificación igual a cero¹⁷. La preferencia aplicativa del convenio de empresa no permite que las condiciones salariales que se pacten tengan efecto retroactivo ex art. 86.1 ET¹⁸, pues no cabe, en definitiva, la aplicación de la prioridad del convenio de empresa sobre salarios ya devengados¹⁹. En relación con la jornada, el convenio de empresa no puede fijar una jornada máxima anual, mayor que la prevista en el convenio sectorial pues la determinación de la jornada anual no se halla entre las materias del listado del art. 84.2 LET²⁰. En cuanto a las vacaciones, la prioridad aplicativa afecta no a su duración, sino al régimen

¹⁴ Entre otras muchas, SSTS 22/9/2016 (Rec. 248/2015) y 9/5/2017 (Rec. 115/2016).

¹⁵ No existe prioridad aplicativa del convenio de centro de trabajo respecto de convenio de empresa. Entre otras, SSTS 22/9/2016 (Rec. 248/2015), 9/4/2017 (Rec. 115/2016), 13/7/2017 (Rec. 246/2016), 8/2/2018 (Rec. 56/2017).

¹⁶ Entre otras, SSTS 15/6/2015 (Rec. 236/2014), 22/9/2016 (Rec. 248/2015), 9/4/2017 (Rec. 115/2016), 7 de marzo de 2018 (Rec. 267/2016).

¹⁷ SSTS 7/3/2018 (Rec. 267/2016) 1/4/2016, (Rec.147/2015) STSJ Canarias 26/5/2017 (Rec. 2/2017).

¹⁸ STS 18/2/ 2015 (Rec. 18/2014) y STS de 7/3/2018 (Rec. 267/2016).

¹⁹ Es decir, la prohibición de normalizar el incumplimiento de convenios de sector negociando salarios inferiores a trabajos ya realizados: Taléns Visconti, E.E. Cuestiones en torno a la preferencia aplicativa del convenio de empresa en materia salarial, Revista Española de Derecho del Trabajo, 183/2016 (BIB 2016\317).

²⁰ STS 10/11/2016 (Rec. 290/2015).

de su disfrute. De este modo, el número mínimo de días de disfrute establecidos en el convenio sectorial es un mínimo que no podrá reducirse en un convenio de empresa²¹.

En todo caso, también los tribunales habían ya aclarado que, en las materias enumeradas en el art. 84.2 ET, la prioridad aplicativa se produce, aunque la norma no sea más favorable, puesto que no rige la norma más favorable, sino la determinada por la Ley para cada concreta materia²². El convenio colectivo de empresa puede, por tanto, establecer una regulación menos favorable para los trabajadores que la prevista en el convenio colectivo sectorial afectado, pero serían nulos los preceptos de convenio empresarial en relación con materias reservadas al convenio superior²³. Por lo demás, y como se prevé expresamente desde la redacción de 2012 del art. 84.2 LET, la prioridad aplicativa no es dispositiva para los acuerdos y convenios colectivos sectoriales, previstos en el artículo 83.2 del ET. Por ello, jurisprudencialmente se ha entendido que no vulneraría esta prioridad aplicativa el convenio colectivo estatal que, al regular las materias, que tienen el carácter de mínimo necesario, respecto a convenios de ámbito inferior, deje a salvo expresamente lo dispuesto en el artículo 84.2 del ET²⁴.

3.3. Los efectos de la prioridad aplicativa del convenio de empresa

Centrándonos ya en el debatido tema de los efectos de la reforma de 2012, los diagnósticos han sido dispares. Algunos estudios apuntarían un incremento considerable del número de convenios de empresa que, combinado con una reducción preocupante del número de trabajadores afectados por cada convenio, indicaría que la prioridad estaría facilitando una masiva imposición de reducciones salariales e incrementos de jornada, en empresas de reducidas dimensiones²⁵. Otros estudios, sin embargo, han destacado su escaso impacto. Se ha afirmado la “sorprendente” ausencia de cambios significativos en la estructura de la negociación colectiva, comparando los datos de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo para los años 2008 y 2019, pues no se observan diferencias significativas en variables como la tasa de cobertura de la negociación colectiva, el número de nuevas unidades de

²¹ SAN 1/12/2014, (Proc. 259/2014) STSJ Madrid 18/5/2015, (Proc. 197/15).

²² STS 1/4/2016 (Rec. 147/2015) y STS 7/3/ 2018 (Rec. 267/2016).

²³ STS 34/2019 de 21 de enero (RJ 2019, 645).

²⁴ No así en caso contrario: STS 13 de julio de 2017 (Rec. 246/2016). STS 7 de marzo de 2018 (Rec. 267/2016) admite que, por la extraordinaria complejidad de la materia tratada (nueva fórmula de cálculo del importe de las vacaciones), una cláusula del convenio sectorial con previsiones retributivas de carácter temporal y transitorio, atendiendo a las posibles prioridades aplicativas de convenios colectivos de empresa. Esta cláusula no se considera contaría al artículo 84.2 del ET.

²⁵ Sanguineti Raymond, W., “La contraproducente prioridad aplicativa del convenio de empresa”. Trabajo y Derecho, 21/2016, p. 5.

negociación o el peso de los convenios sectoriales²⁶. En el mismo sentido, trabajos centrados en el análisis de los convenios no aprecian ni un aumento del grado de descentralización ni, consecuentemente, una reducción del estándar medio en el régimen laboral de los trabajadores cubiertos por convenios empresariales pues, en esencia, no ha cambiado el patrón de tipo de empresa cubierta por los mismos²⁷.

Pues bien, en relación con estos limitados efectos de la prioridad aplicativa del convenio de empresa se vienen citando junto con la interpretación judicial, el apoyo legal al convenio sectorial por la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público²⁸ y el propio objetivo asumido por los convenios colectivos de sector en “defensa del marco sectorial”²⁹. Sin embargo, al respecto es preciso señalar que, en primer lugar, como ya se ha comprobado, la doctrina judicial ha realizado, en términos generales, una interpretación acorde con la naturaleza excepcional de la preferencia aplicativa del convenio de empresa por lo que no habría limitado la aplicación de esta. En segundo lugar, la citada LCSP, no ha modificado o limitado la regla del art. 84.2 ET, solo ha introducido un incentivo externo al cumplimiento de la regulación salarial del convenio sectorial, para aquellas empresas, que deseen contratar con las instituciones del sector público. Y, en tercer lugar, los convenios sectoriales han venido respetando la preferencia aplicativa del convenio de empresa.

A mi juicio, no debe sorprender que la incidencia o impacto del modelo legal descentralizado haya sido escasa o nula. Además de que, desde una perspectiva histórica, los cambios de la estructura de la negociación colectiva no se aprecian por años sino por décadas, se trata por lo demás de una norma, el art. 84.2 LET que establece solo una excepción a las reglas clásicas de ordenación de la negociación colectiva que, como ya se sabe, están orientadas a la estabilidad o petrificación, según se quiera, del sistema de negociación colectiva. De otra parte, como antes se afirmó, el propósito del legislador de 2012 de que el convenio de empresa asumiera la adaptación de las condiciones salariales chocaba, además de con un sistema negocial, donde la mayor parte de las personas trabajadoras se rigen por

²⁶ Navarro Nieto, op. cit., p.18.; Marcel Jansen, M., Conde-Ruiz, J.I., Lahera, J., La modernización de la negociación colectiva, Fedea Policy Papers 2021/13 (noviembre de 2021), p. 5.

²⁷ Los regímenes laborales de los trabajadores cubiertos por convenios de tipo empresarial son considerablemente superiores a los que de los que lo son por convenios sectoriales, respondiendo ello a que, a su vez, el convenio empresarial prototípico es un convenio propio de una empresa de tamaño medio o, directamente, de gran tamaño: Gómez Rufián, L., Condiciones laborales y estructura de la negociación colectiva, Revista de Información Laboral num.5/2018 (BIB 2018\10123).

²⁸ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

²⁹ Destacado por García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J.R., op. cit..

convenios sectoriales, con un sistema empresarial en el que un número importante de unidades carecen, por su tamaño, de representaciones sindicales.

Ahora bien, en relación con el impacto del art. 84.2 LET, sí existe un diagnóstico compartido en relación con los efectos de la preferencia aplicativa del convenio de empresa, en los supuestos de descentralización productiva, y, más concretamente, sobre sus consecuencias adversas, focalizadas en los convenios de las empresas multiservicios. Por ello, la reforma 2021 abarca de forma diferenciada el tema de la precariedad en la externalización productiva, que es preciso abordar también en este trabajo, aunque solo desde la perspectiva del convenio aplicable.

3.4. Aplicación preferente del convenio de empresa y descentralización productiva

La prioridad aplicativa otorgada por la reforma laboral de 2012 a los convenios de empresa determinaría, en algunos sectores de actividad, precariedad de condiciones laborales y *dumping* social. El crecimiento de los convenios de empresa con el objetivo de reducción de salarios ha estado conectado, en efecto, con los convenios empresariales de las “empresas multiservicios” (actividades de servicios de apoyo a empresas) que se intentan establecer en sectores, como la hostelería, la limpieza de edificios, o la logística, mediante convenios propios, cuya característica principal es la reducción de costes laborales (reducción de salarios e incremento de la duración de la jornada).

Como se sabe, un número significativo de convenios suscritos por estas empresas serían declarados nulos por los tribunales, dada la falta de legitimación de los sujetos negociadores del banco social, por vulneración del llamado “principio de correspondencia”³⁰ y, en alguna sentencia, también por la vulneración de las reglas del art. 84.2 LET³¹.

Pues bien, la cuestión debatida judicialmente ha sido el convenio colectivo aplicable a estas empresas. En este sentido se habían señalado como posibles convenios aplicables, el de la actividad principal, el de la actividad predominante de la empresa contratista³² y el de la actividad desarrollada u objeto de la contrata³³. Los diversos criterios seguidos por distintas sentencias planteaban

³⁰ Por todas, STS 135/2019, de 22 de febrero (Rec. 226/2017).

³¹ STS de 18/4/2017 (Rec. 154/2016).

³² STS de 17/3/2015, (Rec. 1464/2014) sobre la base del clásico principio de unidad de empresa y unidad de convenio.

³³ Este criterio pretende evitar el *dumping* social, a través de la aplicación homogéneo del convenio sectorial respecto a todos los trabajadores dedicados a estas actividades y determina que a la empresa multiservicios le serían aplicables diversos convenios colectivos sectoriales, atendiendo a la actividad objeto de la contrata.

dudas aplicativas, por ejemplo, cuando se trataba de actividades no reguladas por convenio alguno, y, sobre todo, a la luz de las variadas circunstancias concurrentes. Por ello, nuestra doctrina postulaba un haz de soluciones atendiendo a las diversas actividades contratadas³⁴.

4. SUPRESIÓN DE LA PREFERENCIA APLICATIVA DEL CONVENIO DE EMPRESA EN MATERIA SALARIAL EN LA REFORMA DE 2021

En el nuevo art. 84.2 LET, la prioridad aplicativa del convenio de empresa desaparece en el área en que la misma había resultado más relevante, como se sabe, la salarial, es decir, en la cuantía del salario base y de los complementos salariales (incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa).

En el marco de un fuerte debate sobre la “derogación” de la prioridad aplicativa del convenio de empresa (una de las medidas estrella de la reforma de 2012) el vigente RDL 32/2021 ha partido, en su preámbulo, de un acertado diagnóstico, la incorrecta equiparación o conceptualización del convenio de empresa como un mecanismo de flexibilidad interna. El objetivo declarado con la nueva regulación es que el necesario reforzamiento del convenio sectorial en retribuciones, como ya lo era en jornada de trabajo, sea compatible con un convenio de empresa regulador de aspectos organizativos, como los horarios o la adaptación del sistema de clasificación profesional. De esta forma, se pretende alcanzar un “equilibrio necesario”, una articulación negocial “proporcionada”, en la configuración de la negociación colectiva que garantice su eficacia para el cumplimiento de sus fines. Efectivamente, el RDL 32/2021 parte de un correcto diagnóstico; el error de concebir el convenio colectivo de empresa como un instrumento de flexibilidad interna, pues es necesario, ciertamente, diferenciar entre la exigencia estructural de un marco convencional adaptado a las necesidades organizativas empresariales y una necesidad coyuntural de ajuste del factor trabajo a los ciclos o situaciones de crisis de la empresa.

Ante este diagnóstico, se pretende ahora con la reforma del art. 84 LET, que la descentralización negocial no provoque un efecto devaluador de los costes retributivos o desventajas injustificadas entre las empresas y aporte flexibilidad “en la medida adecuada”. En efecto, los efectos de la prioridad aplicativa del convenio de empresa han dibujado, según hemos visto, un panorama reductor de los derechos laborales, en materia salarial y, de forma unánime, se denunciaría la focalización

³⁴ Un análisis de los diversos criterios, fijados por la Inspección de Trabajo, para determinar el convenio sectorial aplicable a las empresas multiservicios: Esteve-Segarra, A., La actuación de las Inspección de trabajo frente a la precariedad laboral en empresas multiservicios. Revista Española de Derecho del Trabajo, 221/2019 (BIB 2019\5804) p. 29.

de la reforma de 2012 sobre la rebaja salarial. En consecuencia, la supresión de la preferencia aplicativa en materia salarial ha sido una propuesta ampliamente compartida. Incluso aquellas posturas más favorables al mantenimiento de esta prioridad, que proponían fórmulas de extensión de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa a la organización del trabajo, la productividad y la flexibilidad laboral interna, lo hacían “a cambio” de una recuperación de salarios en unidades sectoriales, pues se reconocía que la reforma laboral de 2012 se centró en materias salariales y económicas³⁵.

En definitiva, fuera del ámbito de salario y jornada, donde la prioridad aplicativa del convenio empresarial puede perseguir una reducción de costes laborales (a través de la reducción de salarios o el incremento de la duración de la jornada) la preferencia aplicativa del convenio de empresa no ha suscitado conflictos en otras materias. Así esta preferencia se mantiene en el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de las personas trabajadoras; adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios colectivos de empresa³⁶ y en medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal³⁷.

4.1. La preferencia del convenio de empresa para la adaptación de la negociación sectorial

La reforma de 2021 sitúa correctamente la prioridad aplicativa del convenio empresarial ex art. 84.2 LET entre las reglas de ordenación de la negociación colectiva desvinculándola de los instrumentos de flexibilidad interna ante las crisis empresariales. Son así los acuerdos de descuelgue o de inaplicación de convenios colectivos regulados por el art. 82.3 LET los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes. La reforma 2021 promociona la unidad empresarial para alcanzar instrumentos negociados con vocación de permanencia, promociona convenios empresariales que establezcan una regulación de aquellos aspectos organizativos, que no admiten otro nivel de negociación por su propia naturaleza, como los horarios, la adaptación de la clasificación profesional, adaptación contractual o medidas de corresponsabilidad.

³⁵ Marcel Jansen, M., Conde-Ruiz, J.I., Lahera, J., op. cit., p. 9.

³⁶ Modificado por el Artículo cuarto del Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero.

³⁷ Una preferencia aplicativa que sigue siendo indisponible para los acuerdos y convenios ex art. 83.2 LET.

Se trata de ámbitos materiales donde el convenio de empresa podría efectivamente desarrollar el papel de instrumento normativo de adaptación y acercamiento de condiciones laborales a la realidad empresarial. Significativamente la empresa es el ámbito para la adopción de medidas sobre corresponsabilidad y conciliación de la vida familiar y personal con la vida laboral, paralelamente a la centralidad que el plan de igualdad empresarial asume, desde 2019, en la regulación de estas materias³⁸. Esta prioridad aplicativa del convenio de empresa refuerza o se conecta con la relevancia de la empresa, como ámbito de negociación del plan de igualdad. Es destacable, por último, que el art. 84.2 LET, en línea con el RDL 6/2019, haya introducido la corresponsabilidad como principio y fin de las medidas de conciliación.

De otra parte, el convenio colectivo de empresa será prioritario para la adaptación de las modalidades de contratación que se atribuyen por la regulación estatutaria a los convenios colectivos de empresa. En materia de contratación, la reforma de 2021 ha sido muy incisiva y contiene numerosos llamamientos al convenio colectivo; la prioridad aplicativa del convenio empresarial quedaría limitada a las cuestiones donde la remisión se realice a los convenios empresariales. Podría surgir alguna duda en relación con incluir aquellos temas en los que la nueva regulación sobre contratación llama a los convenios colectivos (de cualquier ámbito) para establecer planes de reducción de la temporalidad, así como fijar criterios de composición de la plantilla y porcentajes máximos de temporalidad, y establecer criterios objetivos para la conversión de contratos temporales en fijos (art. 15.8). Tales dudas se resolverían, de conformidad con las reglas generales en materia de concurrencia, *prior in tempore prior in iuris* y la excepcionalidad de la prioridad aplicativa del convenio de empresa.

Por el contrario, fuera del ámbito de la preferencia ex art. 84.2 d) LET, quedan todas las materias sujetas a regulación por los convenios sectoriales, pues las llamadas al ámbito sectorial excluyen la regulación por el convenio de empresa. Estas llamadas son numerosas³⁹, al introducir la reforma de 2021, como

³⁸ A la luz de la normativa de igualdad aplicable: art. 42.6 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres tras su reforma por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

³⁹ Por ejemplo, la concreción de la duración del contrato formativo para la obtención de la práctica profesional dentro de los límites legales, atendiendo a las características del sector y de las prácticas profesionales a realizar (art. 11.3.c) LET), determinar los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio de contrato formativo (art.11.4 e) LET). Igualmente, la ampliación a un año de la duración máxima de seis meses del contrato por circunstancias de la producción; o la regulación de las bolsas sectoriales de empleo que podrán establecer los convenios sectoriales (y no los convenios de empresa) y en las que podrán integrarse los trabajadores fijos discontinuos durante los periodos de inactividad, “con el objeto de favorecer su contratación y su formación continua” (artículo 16.5). Esos mismos convenios sectoriales

ya destacamos, reglas de ordenación de la negociación colectiva, en contratación, basada en la distribución de materias por unidades de negociación.

4.2. La aplicación transitoria de la reforma del art. 84 LET

Finalmente, un tema que debe ser atendido (recordemos los conflictos judiciales surgidos tras la entrada en vigor de la reforma de 2012 por la falta de normas transitorias), es el régimen jurídico transitorio aplicable a los convenios colectivos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de esta reforma de 2021, es decir, la aplicación transitoria de las cláusulas sobre cuantía de salario base o complementos establecidas en convenios empresariales que afecten a la regulación del convenio sectorial⁴⁰.

El RDL 32/2021 indica, en la disposición transitoria sexta primer punto, que la modificación normativa se “aplicará” a los convenios colectivos suscritos 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”, es decir, el 31 de diciembre de 2022. Desde esta fecha, los convenios deberán “adaptar” sus previsiones en materia salarial a la reforma, “en el plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto”, de conformidad con el punto tercero de esta DT 6ª.

En definitiva, la cláusula de los convenios empresariales que contengan regulación salarial afectante de la regulación establecida en un convenio sectorial sigue aplicándose hasta la fecha final de vigencia expresada en el referido convenio empresarial, no durante su prórroga ni durante la fase de ultraactividad de este. En todo caso, las referidas cláusulas salariales pierden su vigencia el 31/12/2022. La fijación de esta fecha para la aplicación, en todo caso, de nuevo apartado 2 del art. 84 LET, que es en definitiva el objeto de cualquier disposición transitoria, no puede quedar afectada por la referencia a otro plazo para la adaptación de textos convencionales.

El supuesto de hecho más simple al que se refiere la citada DT6ª es el de un convenio empresarial firmado con posterioridad a un convenio sectorial de aplicación y que contiene una regulación salarial en cuantía (de salario base o

podrán acordar la celebración de contratos fijos discontinuos a tiempo parcial y la obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo discontinuo. Los convenios sectoriales podrán también establecer un periodo mínimo de llamamiento anual y, lo que es más importante, una “cuantía” por fin de llamamiento a satisfacer a los trabajadores cuando coincida con la terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento (artículo 16.5, tercer párrafo).

⁴⁰ Ya que, obviamente, la eliminación de la prioridad del convenio des empresa en materia salarial entró en vigor el 31 diciembre 2021 rigiendo para todos los convenios que se registren a partir de esa fecha.

de complementos) inferior a la establecida en el convenio sectorial de aplicación. La regulación contenida en la citada DT 6ª distingue entre “aplicación” y “adaptación”. Ello significa que a partir de esa fecha de 31/12/2022 se aplicará la regulación salarial superior prevista en el convenio sectorial (o a partir de la fecha anterior que finalice la vigencia pactada en el convenio empresarial). Lo anterior, sin perjuicio de que a partir de esa fecha (así como a partir de una fecha anterior, si el convenio hubiera ya perdido su vigencia expresa) el convenio deba “adaptarse” a las modificaciones operadas en el art. 84 LET. Una adaptación que en su versión mínima significaría simplemente la supresión del contenido salarial del convenio empresarial.

Esta interpretación viene avalada con la cláusula de cierre de la DT6ª (aunque establecida en su segundo punto) según la cual, la reforma no puede tener consecuencias negativas sobre los trabajadores por la vía de “la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas”.

5. CONVENIO APLICABLE Y EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA

En el diagnóstico desarrollado por la reforma de 2021 se destacan los efectos de precarización laboral de la preferencia aplicativa del convenio de empresa en los supuestos de descentralización productiva. La reforma del art. 42 LET ha pretendido la necesaria protección de las personas trabajadoras de la contrata o subcontrata, evitando una competencia empresarial, basada en la reducción de las condiciones laborales. El nuevo párrafo 6 del art. 42 establece así que el convenio colectivo de aplicación en las empresas contratistas y subcontratistas a las que se refiere este artículo será “el de la actividad desarrollada”, con independencia de su objeto social y forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial “aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III”. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este “en los términos que resulten del artículo 84”.

Se trata de un precepto complejo con una serie de reglas cruzadas. En primer lugar, opta por el criterio de aplicar a la empresa contratista el convenio sectorial de la actividad desarrollada, es decir de la actividad objeto de la contrata, pero con la salvedad de que exista otro convenio sectorial aplicable de conformidad con el Título III. En segundo lugar, esta opción legal por el convenio de sector decae cuando la empresa contratista cuente con convenio propio, que se aplicará en los términos del art. 84 LET. En esta última “salvedad” la remisión es en bloque al art. 84 LET, por tanto, a la regla general *prior in tempore prior in iuris* y a la excepción de la prioridad aplicativa del convenio empresarial en determinadas materias, excluida ya, eso sí, la salarial.

Ha faltado en la reforma del art. 42 LET la obligación de informar del convenio colectivo que regula las condiciones de trabajo a las personas

trabajadoras, de conformidad con la Directiva en materia de transparencia en las condiciones de trabajo (art. 4.ª 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). Se trata de una cuestión esencial, dada la importancia que ello tiene en la Ley de Contratos del Sector público (art. 130.6 LCSP) puesto que la identificación del convenio aplicable sea una tarea que dependerá de las circunstancias concurrentes en cada una de las contrataciones y subcontratas no puede ser argumento para excusar esta obligación de la empresa contratista en relación con las personas trabajadoras. Veamos este art. 42.6 LET con algo de detalle.

5.1. El convenio aplicable de conformidad con el art. 42.6 LET

La primera regla contenida en el art. 42.6 LET, en relación con el convenio aplicable a los trabajadores de la empresa contratista que realicen obras o presten servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, es la opción por el convenio sectorial de la actividad desarrollada⁴¹. El art. 42.6 LET afirma que el convenio colectivo de aplicación en las empresas contratistas y subcontratistas a las que se refiere el art. 42 LET será “el de la actividad desarrollada”, con independencia de su objeto social y forma jurídica. Una opción frente a otros dos criterios de elección. En primer lugar, el convenio sectorial aplicable será pues el de la actividad desarrollada y no el de la actividad principal. En segundo lugar, el convenio sectorial aplicable será el de la actividad desarrollada por las personas trabajadoras de la empresa contratista y no el de la actividad de la empresa contratista (cuando ambas no coincidan). Las empresas contratistas o subcontratistas de determinados servicios pueden ser empresas especializadas en los mismos o empresas multiservicios.

En primer lugar, el legislador opta por el convenio sectorial de la actividad desarrollada o contratada frente al criterio del convenio sectorial de la actividad de la empresa principal; una opción legal que hemos de situar en un panorama de intenso debate judicial sobre el convenio aplicable, donde en muchas ocasiones se venía solicitando la aplicación del convenio de la actividad principal. En esta opción está centrada la contestación social a la reforma, en estos momentos, y de ella nos ocuparemos de forma separada en el siguiente epígrafe.

En segundo lugar, el legislador opta por el convenio sectorial de la actividad desarrollada por las personas trabajadoras de la contrata frente al criterio del convenio sectorial de la actividad de la empresa contratista. La doctrina del Tribunal Supremo, en términos generales, había aclarado que si la empresa contratista es una

⁴¹ Y no a cualquier tipo de contrataciones, pues la remisión a las empresas contratistas y subcontratistas a las que se refiere el art. 42 LET no permitiría otra interpretación, dado el significado tradicional de esta remisión.

empresa multiservicios que no tengan convenio propio, es aplicable el convenio que corresponda a la actividad preponderante de la misma⁴². Ahora bien, si la empresa contratista o subcontratista no es una empresa multiservicios y carece de convenio propio, deberá aplicarse el convenio colectivo de la actividad desarrollada por la contrata⁴³.

El Tribunal Supremo distingue así si la empresa contratista es una empresa multiservicios, a quien se aplicará el convenio de empresa cuando lo tenga, o el que corresponda a su actividad dominante, cuando no tenga convenio propio. Pero en el caso de que la empresa contratista o subcontratista no sea una empresa multiservicios, se aplicará el convenio colectivo de la actividad desempeñada efectivamente, salvo que tenga convenio colectivo propio, en cuyo caso ese será el convenio aplicable⁴⁴. Esta doctrina no obstante también tendría excepciones conectadas con la diversidad de las circunstancias concurrentes⁴⁵.

La regla del legislador de 2021 es la aplicación del convenio de la actividad desarrollada con independencia del objeto social y la forma jurídica de la empresa contratista o subcontratista. Por tanto, también en el caso de que la empresa contratista desarrolle diversas actividades, en el supuesto de la empresa contratista sea una empresa multiservicios, el convenio aplicable será el de la actividad desarrollada por las personas trabajadoras. El criterio legal introduce seguridad jurídica y podría apartarse de la doctrina general del TS.

⁴² STS 17/3/2015, (Rcud. 1464/2014) ha estudiado qué convenio es aplicable a una empresa multiservicios, cuya actividad dominante era la limpieza, concluyendo, con apoyo en múltiples sentencias de la Sala (STS 10/7/2000, (Rcud. 4315/99); 29/1/2002 (Rcud. 1068/01); 31/10/2003 (Rec. 17/2002) y 31/1/2008, (Rcud. 2604/2007), que el convenio aplicable a las empresas multiservicios, sería el de la actividad predominante.

⁴³ STS 22 de febrero 2019 (Rec. 237/2017), sobre si el convenio aplicable al personal de la contrata sería el Convenio Colectivo del sector de colectividades de Cataluña o el Convenio Colectivo estatal de servicios de atención a personas dependientes, que la empresa venía aplicando desde el año 2012. El TS afirma aplicable el convenio del sector de colectividades, puesto que esa era la actividad desplegada efectivamente en la contrata.

⁴⁴ Así se resume en su STS 12/3/2020 FJ 3º.

⁴⁵ STS de 11 junio de 2020, (Rec. 9/2019): criterio para determinar el convenio sectorial aplicable a las empresas multiservicios, cuyo objeto social es atender diferentes tipos de contratas, es el de la actividad contratada y realizada por los trabajadores, en contra de aplicar el convenio de actividad preponderante. En el supuesto de hecho de la STS de 17 de marzo de 2015 (Rcud. 1464/2014) la empresa multiservicios demandada tenía adjudicados en la empresa cliente la realización de diversos servicios que, materialmente, podrían incluirse en convenios distintos y de lo que se trataba era de delimitar el convenio aplicable a todos los trabajadores de la empresa multiservicios que prestaban servicios en la empresa cliente, motivo por el cual en aquella ocasión el TS desechó el criterio de la actividad realizada a favor del de la actividad real preponderante en la empresa.

Esta regla primera sobre la aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrolla, se establece en el art. 42.6 LET, salvo que exista otro convenio sectorial “aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III”. El legislador parece apelar ahora a una regla de concurrencia entre convenios sectoriales aplicables y que creo puede suscitar dudas interpretativas. Podría estar referida a recordar la aplicación del art. 83.2 LET y las posibilidades de ordenación de Acuerdos y Convenios de la estructura negocial. Podría estar referida a la posibilidad de aplicación del convenio sectorial de la actividad de la empresa contratista, de conformidad con la regla *prior in tempore*, por ejemplo. En todo caso, considero que representa una puerta abierta ante la compleja realidad organizativa y convencional que implica la determinación del convenio aplicable en los casos de descentralización productiva.

Finalmente, el art. 42.6 LET establece que, no obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este “en los términos que resulten del artículo 84”. En esta última “salvedad” implica la remisión en bloque a las reglas de concurrencia del art. 84 LET, por tanto, a la regla general *prior in tempore prior in iuris* y a la excepción de la prioridad aplicativa del convenio empresarial en determinadas materias, excluida ya, la salarial. Por lo tanto, también sería aplicable a la empresa contratista un convenio empresarial, siempre que sea estatutario, suscrito con anterioridad al convenio sectorial y sería prioritario el empresarial, suscrito con posterioridad, pero únicamente en las materias ahora previstas por el art. 84.2 LET. En este sentido, el nuevo art. 42.6 LET se ajusta a la doctrina del Tribunal Supremo, que había establecido sus reglas sobre el convenio sectorial aplicable siempre la empresa contratista no tuviera convenio propio.

5.2. Aplicación del convenio de la actividad contratada y exclusión del convenio de la actividad principal

Como se comprueba de la lectura del art. 42.6 LET, la opción legal es en favor del convenio sectorial de la actividad desarrollada o contratada frente al criterio del convenio sectorial de la actividad de la empresa principal. Una opción legal que se inserta en un panorama de debate judicial sobre el convenio aplicable, ante pretensiones laborales de aplicación del convenio sectorial de la actividad principal y donde el TS había venido reiterando que las contratadas o subcontratadas no están obligadas legalmente a la aplicación mecánica del convenio de la empresa principal. Uno de los supuestos más conocido y con mayor trascendencia ha sido el de la aplicación del convenio de limpieza, frente al convenio de hostelería, a las trabajadoras de la limpieza de hoteles contratadas por empresas contratistas⁴⁶. El legislador de 2021 ha avalado la tesis del TS. Una tesis, que ya habría sido

⁴⁶ STS 12/2/2021 (Rcud. 2839/2019) y STS 11/11/2021 (Rec. 3330/2019): la actividad de limpieza en hostelería se debe regir por el convenio sectorial de limpieza, sobre la base de que

criticada, por prescindir del dato de que es la organización empresarial la que determina las condiciones de trabajo y sobre todo de que externalizar no debería ser económicamente rentable⁴⁷.

Como recordaba la citada STS de 11/11/2021, la legislación vigente no garantiza a los trabajadores de la empresa contratista las mismas condiciones retributivas que las percibidas por los trabajadores directos de una empresa hotelera que no haya externalizado la limpieza de las habitaciones. De ahí que haya sido la negociación colectiva la que haya establecido en ocasiones la equiparación de las condiciones salariales de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas para el supuesto de que la empresa principal decidiera proceder a subcontratar parte de su actividad, obligando a las empresas “principales”, incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo a ellas aplicables, a incorporar esa equiparación en los contratos mercantiles celebrados con las empresas contratistas o subcontratistas. Y así, hemos de destacar que el TS, tras recordar que la obligación de equiparación solo puede obligar a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, a las empresas “principales”, y no, naturalmente, a empresas “terceras” no incluidas en ese ámbito de aplicación, ha avalado estas concretas cláusulas, que tiene por objeto asegurar a los trabajadores de estas empresas, la percepción de las mismas retribuciones salariales del convenio, evitando, de este modo, cualquier discriminación salarial⁴⁸.

El vigente art. 42 del ET sigue pues sin obligar a aplicar el convenio colectivo de la empresa principal, cuando se trate de actividades externalizadas que sean de la propia actividad de la empresa principal; consolidándose, con el criterio seguido por el art. 42.6 LET, la aplicación de condiciones laborales y convenios distintos a personas trabajadoras que, eventualmente, puedan realizar iguales trabajos, en función de que sean contratadas directamente o a través de una empresa auxiliar. La ventaja declarada de este criterio, que aplica el convenio sectorial de la actividad contratada, es evitar la competencia empresarial basada en la precariedad laboral y

la regulación laboral no prevé la aplicación del convenio colectivo de la empresa principal y la actividad de limpieza cuenta con un convenio sectorial específico.

⁴⁷ Esteve Segarra, A., La limpieza en subcontratas de hostelería ¿«no es» del convenio de hostelería? Trabajo y Derecho, 58/2021.

⁴⁸ STS 12 de marzo de 2020, (Rec. 209/2018) que declara la validez del art. 20 del Convenio de hostelería de Alicante, que establece el compromiso de introducir en los contratos mercantiles, en caso de contratas o subcontratas, el abono por los contratistas de las mismas retribuciones salariales del Convenio, cuando éste no les sea directamente aplicable. Por el contrario, la STS 11/11/2021 cuestiona su fuerza vinculante respecto a terceros, aunque no se pronuncie directamente sobre la validez de cláusulas como el artículo 3 del convenio colectivo de hostelería de Sevilla que afirma su aplicación “Al personal que desarrolle su trabajo, total o parcialmente, en las categorías de camareros de pisos, ayudantes de camareros, que sean o estén contratados por cualquier empresa que preste servicios a las empresas recogidas en los ámbitos funcional y personal del presente convenio...”.

salarial entre las diversas empresas contratistas. Pero, el nuevo criterio legal sigue siendo objetable, si el mismo determina una diferencia salarial entre personas que realicen trabajos de igual valor. En primer lugar, porque las diferencias salariales derivadas del convenio aplicable, si tienen impacto negativo sobre las mujeres, podría ser una discriminación salarial, de conformidad con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁹, y, en todo caso, porque serían contrarias al principio general de igual trabajo para trabajos de igual valor, que nuestra jurisprudencia ya ha aplicado más allá de las diferencias salariales entre mujeres y hombres⁵⁰.

5.3 La inaplicación del art. 42. 6 LET a los centros especiales de empleo

Finalmente, hemos de tener en cuenta la inaplicación del art. 42.6 LET a los centros especiales de empleo establecida en la nueva disposición adicional vigesimoséptima de LET y dirigida a garantizar la aplicación de los convenios colectivos de los centros especiales de empleo. Esta disposición adicional señala que en los casos de contrata y subcontrata suscritas con los centros especiales de empleo⁵¹, no será de aplicación el artículo 42.6 LET.

La inaplicación del art. 42.6 LET, podría ser interpretada como una ventaja competitiva para estos centros especiales de empleo, en su adjudicación de contratos para prestar servicios en otras empresas. Un propósito que podría calificarse de acertado y acorde con medidas positivas, salvo que la ventaja competitiva se base en los menores costes salariales y por tanto en la precarización de condiciones laborales de las personas trabajadoras de los centros especiales de empleo.

En el pasado, la política retributiva de bajos salarios en los centros especiales de empleo sería parcialmente corregida, ante la ausencia de convenios colectivos propios, por una doctrina judicial que aplicaría el convenio sectorial de la actividad, para lograr un mayor grado de acercamiento al régimen jurídico de la relación laboral común y que expresamente declaró la inexistencia de justificación legal alguna para la retribución, en la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional, que venían percibiendo los trabajadores de estos centros⁵².

⁴⁹ Sáez Lara C., Negociación Colectiva e igualdad salarial entre mujeres y hombres, en La negociación colectiva ante los retos sociolaborales, del Siglo XXI, cit., p. 99.

⁵⁰ STS de 24/6/2019 (Rec. 10/2018): El principio de igual salario para trabajos de igual valor prohíbe expresamente la existencia de una doble escala salarial, fundada en la fecha de ingreso en la empresa, en relación con el Convenio Colectivos Estatal de Entidades de Seguros, Reaseguros y MTAT.

⁵¹ Regulados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

⁵² SSTJ Galicia, de 2/11/2004 (Rec. 5573/2003) STSJ de Madrid de 10/1/2002 (AS 2002, 949); SSTJ La Rioja, de 9/3/1999 (AS 1999, 5692) y 22/5/2001 (AS 2001, 2286).

En la actual situación jurídico laboral, con convenios propios aplicables a los centros especiales de empleo, el Tribunal Supremo, ha desestimado las pretensiones de asimilación salarial de las personas trabajadoras de los centros especiales de empleo⁵³. En efecto, el TS ha considerado que la exclusión de los convenios sectoriales, correspondientes a la actividad desarrollada, estaría reforzada por el principio de especialidad en la elección de la norma sectorial aplicable⁵⁴. Por lo tanto, los sujetos de esta relación laboral especial no se rigen por un convenio colectivo pactado para trabajadores con relación ordinaria, sin que la menor retribución resulte discriminatoria⁵⁵. En definitiva, se han normalizado unos estándares salariales y laborales menores para las personas que prestan servicios en centros especiales de empleo; un tema que debe ser cuestionado y analizado, para su futura reforma⁵⁶.

⁵³ STS 6/2/2020 (Recud.646/2017); STS de 2/2/2017 (Recud.2012/2015); 23/11/2014 (Rec. 50/2013); STS 24/11/ 2015 (Rec. 136/2014). Igualmente: TSJ C. Valenciana de 20/7/2021 (Rec. 2583/2020); STSJ Galicia 14/10/2020, (Rec.5950/2019).

⁵⁴ STS 24/11/ 2015 (Rec. 136/2014) respondió a una demanda colectiva en la se interesaba se les aplicase el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales, abonándoles las diferencias retributivas generadas, y no el XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad.

⁵⁵ Pues los términos a comparar en absoluto gozan de la exigible homogeneidad, en tanto que los trabajadores incluidos en el ámbito del Convenio de Empresas del Transporte de Mercancías por Carretera son sujetos de una relación ordinaria de trabajo, y los del Convenio General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad lo son de una relación laboral especial.

⁵⁶ Garrido Pérez, E., El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial, en Trabajo y protección social del discapacitado (coord. Romero Ródenas, M.J.,) Árbol académico, 2003, pp. 27-58.

LAS REMISIONES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA POR PARTE DE LA REFORMA LABORAL

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

EXTRACTO

Palabras clave: Reforma laboral, RD-L 32/2021, negociación colectiva, contratos formativos, contratos temporales, contrato fijo-discontinuo

En una reforma laboral como la de 2021, fruto del diálogo social, es comprensible que la negociación colectiva desempeñe un importante papel regulador. Sin perder de vista la función garantista de la norma legal, los convenios colectivos constituyen instrumentos fundamentales para la adaptación de las condiciones de trabajo a las características y particularidades de cada sector de actividad y de cada empresa. El objetivo de nuestro estudio es identificar y valorar las remisiones expresas que el Real Decreto Ley 32/2021 hace a la negociación colectiva, las “llamadas” o “invitaciones” para que los convenios colectivos regulen y desarrollen determinados aspectos de las instituciones laborales que han sido reformadas, básicamente, en relación con los contratos formativos, los contratos temporales y el contrato fijo-discontinuo.

ABSTRACT

Key words: Labor reform, RD-L 32/2021, collective bargaining, learning contract, temporary employment contract, permanent-discontinuous contract

In a labor reform like this of 2021, result of social dialogue, it's understandable that collective bargaining plays an important regulatory role. Without losing sight of the guarantee function of the legal norm, collective agreements are fundamental instruments for adapting working conditions to the characteristics and particularities of each sector of activity and each company. The objective of our study is to identify and assess the express referrals that Real Decreto-ley 32/2021 makes to collective bargaining, the “calls” or “invitations” for collective agreements to regulate and develop certain aspects of the labor institutions that have been reformed, basically, in relation to training contracts, temporary contracts and the fixed-discontinuous contract.

INDICE

1. HETERONOMÍA ESTATAL Y AUTONOMÍA COLECTIVA: LAS RELACIONES ENTRE LEY Y CONVENIO COLECTIVO EN UN CONTEXTO DE REFORMA Y “MODERNIZACIÓN” DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
2. EL CONTRATO FORMATIVO Y SUS REMISIONES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
 - 2.1. El contrato de formación en alternancia
 - 2.2. El contrato formativo para la obtención de práctica profesional
 - 2.3. La determinación de los puestos de trabajo y funciones adecuados al contrato formativo
 - 2.4. Presencia equilibrada de hombres y mujeres en los contratos formativos
 - 2.5. Cláusulas convencionales para mejorar la calidad del empleo de los trabajadores con contrato formativo
3. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y EL PAPEL DEL CONVENIO COLECTIVO
 - 3.1. Remisiones a la negociación colectiva en relación con el contrato temporal por circunstancias de la producción
 - 3.2. Remisiones a la negociación colectiva en relación con el contrato temporal por sustitución.
 - 3.3. Garantías de calidad y estabilidad en el empleo de los trabajadores temporales atribuidas a la negociación colectiva
 - 3.4. La supresión del contrato temporal para obra o servicio determinado y el caso particular del contrato indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción
4. EL ARTÍCULO 16 ET Y LOS IMPORTANTES ESPACIOS DE REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO
 - 4.1. La regulación del derecho de llamamiento por la negociación colectiva
 - 4.2. La determinación convencional del período de inactividad del trabajador fijo-discontinuo entre subcontrataciones o concesiones administrativas
 - 4.3. Medidas convencionales a favor de la empleabilidad de los trabajadores fijos-discontinuos y la mejora de sus condiciones de trabajo
 - 4.3.1. Bolsa sectorial de empleo durante períodos de inactividad
 - 4.3.2. Contratación a tiempo parcial y censo anual de trabajadores fijos discontinuos
 - 4.3.3. Período mínimo de llamamiento e indemnización por fin de llamamiento
 - 4.4.4. Igualdad de trato en relación con derechos de conciliación
 - 4.4.5. Procedimientos convencionales de información de vacantes de carácter fijo ordinario
 - 4.5. Supuesto especial: regulación convencional de los fijos-discontinuos de ETTs
5. OTRAS REMISIONES LEGALES “CLÁSICAS” A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL NUEVO MARCO DE LA REFORMA LABORAL
 - 5.1. Derechos de representación colectiva de los trabajadores en los supuestos de subcontratación de obras y servicios
 - 5.2. Las “tablas salariales” y la preferencia aplicativa del convenio colectivo sectorial en materia retributiva
 - 5.3. Las cláusulas convencionales de jubilación forzosa

1. HETERONOMÍA ESTATAL Y AUTONOMÍA COLECTIVA: LAS RELACIONES ENTRE LEY Y CONVENIO COLECTIVO EN UN CONTEXTO DE REFORMA Y “MODERNIZACIÓN” DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

No existe una reserva material en la regulación de las condiciones de trabajo ni a favor de la norma estatal ni a favor de la negociación colectiva. Existe una concurrencia reguladora en las relaciones de trabajo entre la heteronomía estatal y la negociación colectiva. Tradicionalmente, y en esto no hay alteración alguna por parte de la reforma laboral de 2021, entre Ley (en sentido material, como sinónimo de norma de estatal, tanto de rango legal como reglamentario) y Convenio colectivo (como el principal instrumento regulador de la negociación colectiva) se han destacado tres tipos de relaciones.

En primer lugar, nos encontramos ante una *relación de complementariedad*, conforme a la cual, la norma estatal o bien se remite directamente a la negociación colectiva para que sea ésta la que regule una determinada materia por considerar más adecuada una regulación adaptada a las particularidades y características del sector de actividad o de la empresa; o bien se limita a establecer una regulación genérica que luego está llamada a ser concretada y especificada por la negociación colectiva. Entre otros ejemplos paradigmáticos, el artículo 22 ET, cuando hace una llamada para que sea la negociación colectiva la que defina su propio sistema de clasificación profesional, o el artículo 24 ET, cuando hace lo mismo respecto a los sistemas de promoción y ascenso.

En segundo lugar, la relación habitual entre Ley y Convenio ha sido la *relación de suplementariedad*. El presupuesto de base es que en el modelo social de Derecho del Trabajo, en el modelo clásico, muchos de los preceptos legales reguladores de las condiciones de trabajo y de empleo constituyen normas de *derecho necesario relativo*, que, a diferencia de las normas de derecho necesario absoluto (que se imponen en todos sus términos a la autonomía colectiva, e individual, de tal forma que la regla ha de cumplirse tal cual y no puede modificarse en ningún sentido), *tienen carácter de mínimos legales que pueden ser mejorados por la negociación colectiva*. De este modo, la Ley garantiza unas condiciones de trabajo con carácter de mínimo, pero invita a su eventual *mejora* por el convenio colectivo¹. Por ejemplo, el artículo 34 ET (respecto a la fijación de una jornada máxima de trabajo de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual, pero

¹ Normalmente, a favor de la parte contractual más débil: el trabajador. No obstante, como ya advertía en su momento todo un maestro, Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, 8ª edición, Madrid, 1995, página 235, y partiendo de la misma idea de que con las normas de derecho necesario relativo “el Estado garantiza un determinado bien y acepta que la autonomía de las partes colectivas establezca aquellas modificaciones que mejoren tal garantía”, admite que con frecuencia es a favor del trabajador (*principio pro operario*), pero otras veces la

permitiendo al convenio colectivo establecer, como mejora, una jornada máxima de trabajo inferior a dicho límite) o el artículo 38 ET (que fija con carácter de mínimo unas vacaciones anuales retribuidas de 30 días naturales, pero dejando abierta la posibilidad de, igualmente como mejora, su ampliación por convenio colectivo). El *principio de norma mínima* quedaría así garantizado mediante esta relación de suplementariedad. Las normas de derecho necesario (*relativo*, y por supuesto, también *absoluto*) constituirían los mínimos legales que en todo caso deberían de respetar los convenios colectivos.

Por último nos encontraríamos con una *relación de subsidiariedad* entre Ley y Convenio colectivo. Dicha relación es propia de los preceptos legales que tienen naturaleza de *derecho dispositivo*, esto es, son reglas alternativas a las que pudieran establecer los convenios colectivos, que, sin necesidad de respetar la regulación legal dispositiva, pueden “disponer” otra regulación distinta, tanto en sentido favorable como desfavorable a la prevista legalmente. La regulación legal solo resultaría de aplicación subsidiaria cuando no hubiera regulación convencional alguna, en defecto de regulación por convenio colectivo, con la finalidad de evitar un vacío de regulación. Se suele mencionar como ejemplo paradigmático la duración máxima legal del período de prueba que establece el artículo 14 ET, solo “en defecto de convenio colectivo”.

El hecho de que el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, sea fruto del diálogo social entre organizaciones sindicales y empresariales², que a fin de cuentas son los sujetos negociadores, favorece aun más el que la negociación colectiva tenga un mayor protagonismo en la determinación y regulación de condiciones de trabajo que han sido expresamente modificadas por esta reforma laboral. De este modo, y como señala el mismo Punto III.b) de del Real Decreto-ley 32/2021, los convenios colectivos son “piezas clave en los sistemas democráticos” y “elementos fundamentales en la configuración de las dinámicas empresariales y productivas eficientes”. Y ello es así porque permiten “la adaptación de las condiciones de trabajo a las características del sector o de la empresa, porque aportan seguridad, porque disminuyen la conflictividad y también porque posibilitan una competencia

mejora que se acepta es, *precisamente*, la que conviene al interés de la situación empresarial o interés de la producción y de la economía en general (*principio pro empresa o del rendimiento*).

² La propia Exposición de Motivos de dicha norma, subraya en su punto I que “hay en esta ambiciosa reforma además otro elemento diferenciador con las anteriores, que permite concebir una mayor esperanza en su estabilidad y en la consecución de los efectos pretendidos. Los cambios están avalados por el diálogo social. Las organizaciones sindicales y patronales CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, tras un largo proceso negociador, acordaron junto con el Gobierno de la Nación las medidas contenidas en este real decreto-ley, dando así lugar a la primera reforma laboral de gran calado de la Democracia que cuenta con el respaldo del diálogo social”.

entre las empresas que gravita fundamentalmente en torno a la calidad del empleo y no en la reducción de los costes laborales”³. Otro objetivo fundamental de la modernización de la negociación colectiva, también expresamente declarado, es el *enriquecimiento de sus contenidos*.

De este modo, hay numerosas remisiones de los nuevos preceptos legales que incorpora la reforma a una posterior concreción y desarrollo por los convenios colectivos. Aunque en la mayoría de casos la remisión es genéricamente a la negociación colectiva, a los convenios colectivos, o simplemente al convenio colectivo de aplicación en la empresa, sin mayor especificación⁴, en muchas ocasiones, y en la misma línea que las restantes medidas de modernización y mayor “centralización” de la negociación colectiva que introduce la reforma⁵, dicha remisión es exclusivamente a convenios colectivos sectoriales⁶. Normalmente con una graduación o jerarquización, en primer lugar los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal o autonómico, y en segundo lugar a los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior (básicamente, los de ámbito provincial)⁷. Incluso, hay que destacar cómo en ocasiones la remisión se hace incluso al acuerdo de empresa o al convenio colectivo de empresa⁸.

Lo cierto es que también se plantea un *problema de derecho transitorio*. Aunque la nueva regulación legal que introduce el Real Decreto-ley 32/2021 demande a la negociación colectiva un desarrollo y concreción de los nuevos contenidos, los convenios colectivos todavía en vigor, incluso los que se han negociado y

³ Simultáneamente, como indica el Punto I de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, la reforma constituye además una oportunidad para “revertir aquellos instrumentos que han dificultado que la negociación colectiva contribuya a la mejora de las condiciones de trabajo”. Así proclama que se trata de “dar lugar a un marco normativo novedoso, descargado de lo que la práctica ha demostrado que no funciona, sobre el que sustentar un modelo de relaciones laborales más justo y eficaz”.

⁴ Por ejemplo, los nuevos artículos del ET: 11.2.i); 11.3.e); 11.3.i); 11.6; 15.3 (párrafos 2 y 3); 15.6 (párrafos 1 y 2); 15.7 (párrafo 1); 15.8 (párrafos 1, 2 y 3); 16.6 (párrafo 1); o 42.8 (párrafo 2). Igualmente, el artículo 7.2 LISOS.

⁵ El Punto IV.d) de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, destaca como una de las principales medidas de modernización de la negociación colectiva las necesarias modificaciones en “la relación entre convenios sectoriales y de empresa, asegurando las cautelas y garantías para que la descentralización de los convenios colectivos no provoque un efecto devaluador de costes retributivos o desventajas injustificadas entre las empresas, y aporte flexibilidad en la medida adecuada. Asimismo, recupera el papel central y se fortalece el ámbito legítimo de actuación de los sujetos negociadores de los convenios colectivos”.

⁶ Es el caso de los nuevos artículos del ET: 15.2 (párrafo 3); 16.4 (párrafo 2); o 16.5 (párrafos 1, 2 y 3).

⁷ Como sucede con los nuevos artículos del ET: 11.3.c) o 11.4.e).

⁸ En este sentido, lo nuevos artículos 16.3 (párrafo 1) ET y 16.7 ET. Igualmente, el nuevo artículo 10.3 LETT, que se remite a los convenios colectivos sectoriales o de empresa de las ETTs.

publicado recientemente, siguen refiriéndose al contrato para la formación y el aprendizaje, al contrato en prácticas, al contrato de obra o servicio determinado, al contrato eventual, al contrato de interinidad, al contrato fijo-discontinuo, etcétera, conforme a la anterior regulación legal y conforme al llamamiento y remisión que ésta hacía a su posterior regulación convencional⁹. La reforma laboral ha previsto un significativo número de Disposiciones Transitorias con las que pretende resolver los problemas derivados de la pervivencia de modalidades contractuales modificadas o desaparecidas en un marco legal regulador diferente. Así, se prevén reglas específicas para el régimen transitorio aplicable a los contratos formativos¹⁰ y a los contratos temporales¹¹ concertados con anterioridad a la entrada en vigor

⁹ De este modo, hay contratos que siguen siendo regulados por los convenios colectivos (incluso los más recientemente publicados) tras la entrada en vigor de la reforma laboral (el 30 de marzo de 2022) que ha modificado su régimen jurídico o incluso que han desaparecido legalmente. Por ejemplo, el Convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz (BOE de 15 de enero de 2022), respectivamente, regula en su artículo 16 el contrato de obra o servicio determinado y en su artículo 17 el contrato eventual por circunstancias de la producción, considerando como “contrato eventual el que se concierta para atender exigencias circunstanciales del mercado o acumulación de tareas o pedidos, debiéndose consignar en el contrato, con suficiente precisión y claridad la causa o circunstancia que lo justifique” y estableciendo que “el período máximo dentro del cual se podrán realizar contratos eventuales por circunstancias de la producción será de doce meses en un periodo de dieciocho”.

¹⁰ La Disposición Transitoria 1ª (Régimen transitorio aplicable a los contratos formativos vigentes) del Real Decreto-ley 32/2021, precisa que “los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje basados en lo previsto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción vigente antes de la entrada en vigor del apartado uno del artículo primero, resultarán aplicables hasta su duración máxima, en los términos recogidos en el citado precepto”.

¹¹ La Disposición Transitoria 3ª (Régimen transitorio aplicable a los contratos de duración determinada celebrados antes del 31 de diciembre de 2021) del Real Decreto-ley 32/2021 establece que aquellos *contratos para obra y servicio determinado* “basados en lo previsto en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción vigente antes de la entrada en vigor del apartado tres del artículo primero, celebrados antes del 31 de diciembre de 2021”, así como los *contratos fijos de obra* “suscritos en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 del VI Convenio Estatal de la Construcción, que estén vigentes en la citada fecha”, *resultarán aplicables hasta su duración máxima*. Asimismo, los contratos por obra o servicio determinado “celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, previstos en normas con rango de ley, vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años y que estén vigentes en la fecha señalada en el párrafo anterior, mantendrán su vigencia hasta el cumplimiento de la duración fijada de acuerdo a su normativa de aplicación, con el límite máximo de tres años contados a partir de la citada fecha”. Respecto a los *contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos* y los *contratos de interinidad* basados respectivamente en lo previsto en el artículo 15.1.b) y c) del ET, celebrados según la redacción vigente antes de la entrada en vigor de la reforma laboral, *se regirán hasta su duración máxima por lo establecido en dicha redacción*. Pero además de ello, la Disposición Transitoria 4ª del Real Decreto-ley 32/2021 establece también un régimen transitorio aplicable a los contratos de duración determinada celebrados desde el 31 de diciembre de 2021

de la reforma laboral. Respecto a la negociación colectiva, y en particular las modificaciones relativas a la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa frente al convenio colectivo sectorial, la reforma laboral será de aplicación para los convenios colectivos suscritos y presentados a registro con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021 cuando estos pierdan su vigencia expresa, con el límite máximo de un año a contar desde la reforma laboral¹². De este modo, y puesto que la regla general es el mantenimiento de la anterior regulación mientras estén vigentes los contratos formativos y los contratos temporales (hasta su duración máxima prevista) celebrados al amparo de la anterior regulación, con anterioridad a la reforma laboral, análogamente cabe defender el mantenimiento de la regulación convencional anterior al Real Decreto-ley 32/2021, con las matizaciones relativas a las reglas de concurrencia de convenios colectivos y la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, siendo así de aplicación las nuevas reglas legales y las nuevas remisiones legales a la negociación colectiva solo a los convenios colectivos que se negocien y se firmen tras la entrada en vigor de la reforma laboral.

Sea como fuere, muchas de estas remisiones legales a la negociación colectiva no son para nada novedosas, pues ya estaban contempladas en la regulación precedente a la reforma, pero otras sí. En cualquier caso, en el presente estudio nos vamos a centrar en el análisis de las remisiones que la norma estatal realiza a la negociación para que sea ésta la que, en virtud de su función de adaptación de las condiciones de trabajo a las características del sector o de la empresa, concrete o desarrolle algunos aspectos reguladores, pero, eso sí, *solo las que introduce la denominada “reforma laboral de 2021”*, supongan una auténtica novedad o

hasta el 30 de marzo de 2022. En concreto, manifiesta que “los contratos para obra y servicio determinado y los contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, celebrados desde el 31 de diciembre de 2021 hasta el 30 de marzo de 2022, se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se han concertado y su duración no podrá ser superior a seis meses”.

¹² La Disposición Transitoria 6ª (Aplicación transitoria de la modificación del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores prevista en esta norma) del Real Decreto-ley 32/2021, establece que “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”. No obstante, como garantía, recuerda que “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”. En cualquier caso, establece finalmente que “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”.

presenten una línea de continuidad con la anterior regulación legal. Por otro lado, es conveniente recordar que aunque no haya remisión legal expresa la autonomía colectiva de los sujetos negociadores permite que los convenios colectivos pueden regular cualquier condición de trabajo, pero nuestro estudio se circunscribe solo a aquellos casos en los que hay una “invitación legal” a que la negociación colectiva regule una determinada materia. Y por último, también debemos destacar que nuestro estudio no pretende un análisis de cómo la negociación colectiva regula efectivamente estas materias a las que se remite la norma estatutaria, no pretende estudiar los contenidos reguladores de los convenios colectivos (eso exigiría una extensión mucho mayor que la que modestamente constituye este estudio), sino que se limita a identificar y valorar cuáles son las nuevas remisiones legales a la negociación colectiva.

2. EL CONTRATO FORMATIVO Y SUS REMISIONES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La reforma laboral ha modificado los contratos formativos regulados el artículo 11 ET dándoles una nueva configuración¹³, pero manteniendo sin apenas novedades las remisiones que dicho precepto legal realizaba a la negociación colectiva.

2.1. El contrato de formación en alternancia

En primer lugar, lo que llama poderosamente la atención no es una remisión legal a la negociación colectiva, sino su ausencia. En concreto, que la duración de este contrato, a diferencia de lo que ocurría con el contrato para la formación y el aprendizaje, no permite ser concretada o matizada por los convenios colectivos en atención a sus particularidades sectoriales.

No obstante, en una línea de continuidad con la anterior regulación, se mantienen algunas “llamadas” a la negociación colectiva. En primer lugar, en relación con la *jornada de trabajo*. El nuevo artículo 11.2.i) ET cuando se refiere al tiempo de trabajo efectivo, que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas en el centro de formación, y precisamente para garantizar ese componente formativo, establece que dicho tiempo de trabajo efectivo “no podrá ser superior al 65 por ciento, durante el primer año, o al 85 por ciento, durante el segundo, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo de aplicación en la empresa, o, en su defecto, de la jornada máxima legal”. En segundo lugar, en

¹³ Dichas modificaciones entran en vigor el 30 de marzo de 2022 (a los tres meses de su publicación en el BOE), tal y como establece la Disposición Final 8.2.a) del Real Decreto-ley 32/2021.

relación con la *retribución* del trabajador en formación en alternancia, el artículo 11.2.m) ET recuerda que su retribución será “la establecida para estos contratos en el convenio colectivo de aplicación”, aunque en defecto de previsión convencional, la retribución no podrá ser inferior al 60 por ciento el primer año ni al 75 por ciento el segundo, respecto de la fijada en convenio para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, en proporción al tiempo de trabajo efectivo”. Eso sí con una garantía última: “en ningún caso la retribución podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo”.

2.2. El contrato formativo para la obtención de práctica profesional

La duración del contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios puede ser concretada y especificada por los convenios colectivos, dentro de los límites legales de duración mínima y duración máxima. De este modo, el artículo 11.3.c) ET, precisa que, respetando los límites legales de la duración de este contrato (que también han sido modificados, que no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de un año) “los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o autonómico, o en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior podrán determinar su duración, atendiendo a las características del sector y de las prácticas profesionales a realizar”. Se mantiene prácticamente en los mismos términos la misma remisión legal a la negociación colectiva para la concreción de la duración del contrato formativo para la obtención de práctica profesional. Tan solo se ha introducido una mención expresa al convenio colectivo sectorial de ámbito autonómico, destacando así, aunque sea formalmente, el convenio autonómico, de cualquier otro convenio colectivo sectorial de ámbito inferior al estatal, y en cierto modo, equiparándolo al convenio colectivo estatal. De hecho, el convenio colectivo sectorial de ámbito autonómico se presenta así, en la concreción de la duración de los contratos formativos para la obtención de práctica profesional dentro de los límites legales, como una alternativa al convenio colectivo sectorial estatal, como expresa la disyuntiva “o”.

Respecto a la duración del período de prueba que se pueda pactar para el contrato para la obtención de práctica profesional (tal posibilidad no existe para el contrato formativo en alternancia), el nuevo artículo 11.3.e) ET determina que “en ningún caso podrá exceder de un mes, salvo lo dispuesto en convenio colectivo”. Se mantiene este precepto como *norma de derecho dispositivo*. Prevalece lo dispuesto en convenio colectivo en cuanto a la duración del período de prueba del contrato formativo para la obtención de práctica profesional. Lo que sí que desaparece en la regulación estatutaria es la diferenciación máxima del período de prueba en función del nivel de estudios (uno o dos meses). Ahora es en todo caso, subsidiariamente, en defecto de regulación convencional, de un mes como máximo.

Por último, en materia retributiva, el nuevo 11.3.i) ET establece que “la retribución por el tiempo de trabajo efectivo será la fijada en el convenio colectivo aplicable en la empresa para estos contratos o en su defecto la del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas”. Igualmente, como garantía adicional, precisa que “en ningún caso la retribución podrá ser inferior a la retribución mínima establecida para el contrato para la formación en alternancia ni al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo”. De este modo, en materia retributiva, el precepto estatutario se remite al convenio colectivo, que bien puede establecer específicamente el salario correspondiente al contrato formativo para la obtención de práctica profesional; o bien no, en cuyo caso la retribución sería directamente la del nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas. Ello posiblemente suponga la incorporación de cláusulas retributivas específicas para los contratados para la obtención de práctica profesional, por supuesto en mucha mayor medida que antes, pues de lo contrario la retribución del trabajador en formación práctica sería idéntica a la de cualquier otro trabajador que desempeñe las mismas funciones. En cualquier caso, el convenio colectivo cuenta con un límite retributivo mínimo que viene determinado por referencia (1) en primer lugar, con la retribución que pudiera tener establecida el convenio colectivo para un trabajador contratado en alternancia, pero con la disfuncionalidad de que si el convenio colectivo no previera retribución específica para éstos, sería un 60 por 100 el primer año o un 75 por 100 el segundo año del salario correspondiente al grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas y en función del tiempo de trabajo efectivo, lo que no encaja en la duración máxima de un año del contrato para la obtención de práctica profesional; y (2) en segundo lugar, se toma como retribución mínima el salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

2.3. La determinación de los puestos de trabajo y funciones adecuados al contrato formativo

El nuevo artículo 11.4 ET (Normas comunes al contrato formativo), en su apartado e), manifiesta que mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal, autonómico o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrán determinar los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio de contrato formativo, tanto para el supuesto de alternancia como para el supuesto de obtención de práctica profesional (antes de la reforma se preveía una remisión idéntica para el contrato en prácticas). Hay que subrayar el hecho de que el precepto estatutario solo se remite a la negociación colectiva sectorial. No se mencionan, al contrario, se entienden excluidos los convenios colectivos de empresa de la posibilidad de determinar los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales adecuados para el desempeño mediante un contrato formativo. En cualquier caso, y

con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2022, esta remisión legal a la negociación colectiva ya era incorporada en el contenido de numerosos convenios colectivos¹⁴.

2.4. Presencia equilibrada de hombres y mujeres en los contratos formativos

El artículo 11.6 ET, que transcribe literalmente lo que antes prescribía el artículo 11.4 ET, sigue encomendando a la negociación colectiva la fijación de “criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos”. Parece que se trata de un imperativo (“en la negociación colectiva se fijarán”), de una remisión legal al convenio colectivo.

2.5. Cláusulas convencionales para mejorar la calidad del empleo de los trabajadores con contrato formativo

El mismo artículo 11.6 ET, y en los mismos términos que en la anterior redacción del correspondiente precepto, también atribuye a la negociación colectiva la posibilidad (“podrán” dice literalmente el norma estatutaria) de establecer “compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido”. Se trata, por tanto de una remisión débil, que confía en la libertad negocial de los sujetos negociadores y en su responsabilidad, y que tiene como finalidad animar, incentivar, estimular o promocionar legalmente con esa “llamada de atención” la inclusión de cláusulas convencionales con compromisos de estabilidad en el empleo de los trabajadores con contratos formativos. Por tanto, que la negociación colectiva pueda incorporar compromisos de transformación de estos contratos formativos, por definición, temporales, en contratos indefinidos, va a depender en última instancia de la autonomía reguladora de los sujetos negociadores, y de su voluntad.

¹⁴ Sirva como ejemplo ilustrativo el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional (BOE de 11 de junio de 2021), que en su artículo 17 (Contratos de trabajo en prácticas) establece “la posibilidad de utilizar este tipo de contratación para el personal de estructura, incluido en el Grupo Profesional III del presente convenio” y que “igualmente será posible la contratación en prácticas del personal de estructura perteneciente al Grupo Profesional II, siempre que los conocimientos requeridos para el puesto de trabajo de que se trate, sean objeto de una específica formación profesional de grado medio o superior o titulación oficialmente reconocida como equivalente”; y que en su artículo 18 (Contratos para la formación) precisaba que “podrá contratarse bajo esta modalidad, al personal incluido en el Grupo Profesional I, con excepción del recadero/a, limpiador/a, mozos de almacén y manipulador/a de mercancía (con un año de antigüedad)”, aclarando que “la duración máxima de estos contratos será de dos años para funciones de Oficial y de seis meses para el resto”.

3. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y EL PAPEL DEL CONVENIO COLECTIVO

La contratación temporal causal o estructural queda reducida a dos modalidades contractuales: el contrato de duración determinada *por circunstancias de la producción* (el anteriormente conocido como contrato eventual) y el contrato de duración determinada *por sustitución de persona trabajadora* (el anterior contrato de interinidad)¹⁵.

3.1. Remisiones a la negociación colectiva en relación con el contrato temporal por circunstancias de la producción

La única remisión a la negociación colectiva que encontramos respecto del contrato temporal por circunstancias de la producción es en relación con la duración máxima de dicho contrato. Dicha previsión no es nada novedosa, pues la anterior regulación ya contenía una regla similar. Tras la reforma, el artículo 15.2 (párrafo 3) ET precisa que “cuando el contrato de duración determinada obedezca a estas circunstancias de la producción, su duración no podrá ser superior a seis meses”, pero “por convenio colectivo de ámbito sectorial se podrá ampliar la duración máxima del contrato hasta un año”. En cualquier caso, cuando el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida “podrá prorrogarse, mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima”. Encontramos pocas diferencias con la anterior regulación. Tan solo se observa una simplificación y una mayor sencillez en su formulación, pues antes se combinaba la duración máxima del contrato eventual con un periodo de tiempo que se tomaba como referencia y dentro del cual se insertaba la duración del contrato.

3.2. Remisiones a la negociación colectiva en relación con el contrato temporal por sustitución

El contrato temporal por sustitución puede celebrarse para la sustitución de un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, pero además, la nueva regulación contenida en el artículo 15.3 ET permite que el contrato de sustitución pueda concertarse para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo. Por tanto, cuando el convenio colectivo tenga previstas otras causas de reducción de la jornada de trabajo, éstas justificarían igual que las legales el recurso a la contratación de un trabajador en sustitución de la parte de la jornada reducida.

¹⁵ Conforme a la Disposición Final 8.2.b) del Real Decreto-ley 32/2021, tales modificaciones del artículo 15 ET entran en vigor el 30 de marzo de 2022 (a los tres meses de su publicación en el BOE).

Por otro lado, el mismo precepto también prevé que el contrato de sustitución pueda ser celebrado para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo (lo que antes se conocía como “interinidad por vacante”), sin que su duración pueda ser en este caso superior a tres meses, *o el plazo inferior recogido en convenio colectivo*. Dicha regla tiene carácter de derecho necesario relativo, por lo que el convenio colectivo tan solo podrá establecer una duración del contrato de sustitución (se entiende que coincidente con la estimación de la duración del proceso de selección externa o promoción interna) necesariamente inferior a 3 meses. Dicha remisión legal a la negociación colectiva configuraría una relación de suplementariedad entre ley y convenio colectivo.

3.3. Garantías de calidad y estabilidad en el empleo de los trabajadores temporales atribuidas a la negociación colectiva

La primera garantía que encontramos para el cumplimiento de la normativa reguladora de los contratos temporales (también aplicable al contrato formativo, por naturaleza temporal) es de naturaleza sancionadora. El 7.2 LISOS sigue considerando tras la reforma laboral, exactamente igual que su precedente, como infracción administrativa grave la transgresión de la normativa sobre contratos de duración determinada y temporales y su eventual utilización en fraude de ley, o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, *o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva*. De este modo, se sigue reconociendo al convenio colectivo un importante papel regulador de los contratos temporales, y así el incumplimiento de tales cláusulas convencionales es equiparado al incumplimiento de preceptos legales reguladores de la contratación temporal. La única novedad que incorpora la reforma es la consideración de “una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas”. Nada más.

Pero lo más relevante es que el mismo artículo 15 ET prevé una serie de medidas con las que se quiere dotar al empleo temporal de una adecuada calidad, medidas respecto de las que se hace un llamamiento a la negociación colectiva para su concreción y desarrollo.

De este modo, el 15.6 ET, reconoce que lo trabajadores temporales tendrán los mismos derechos que los trabajadores fijos, aunque ello sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos. No obstante, establece que cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias *y en los convenios colectivos* de manera proporcional, en función del tiempo trabajado. En particular, cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias

y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador esta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación. Por tanto, además de las propias normas estatales, reconoce que la negociación colectiva puede introducir diferentes condiciones de trabajo para trabajadores temporales y fijos cuando las mismas dependan y estén vinculadas a la duración del contrato o al tiempo trabajado o antigüedad.

Para garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores temporales, la negociación colectiva puede regular los procedimientos y los medios por los que la empresa debe informar a los trabajadores temporales (incluidos los trabajadores con contrato formativo) sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que las demás personas trabajadoras. Tal y como señala el artículo 15.7 ET, esta información podrá facilitarse “mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información”. En esto no hay aportación ni novedad alguna de la reforma laboral de 2021, pues transcribe en los mismos términos lo que expresaba el anterior precepto.

Por otro lado, en relación con los planes de reducción de la temporalidad y la determinación de los criterios objetivos de conversión de los contratos temporales en contratos indefinidos, el actual artículo 15.8 ET si que modifica sustancialmente la redacción de su precedente. De este modo, dispone que los convenios colectivos *podrán* establecer planes de reducción de la temporalidad, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa, criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, así como fijar porcentajes máximos de temporalidad¹⁶ y las consecuencias derivadas del

¹⁶ Cosa que ya venían haciendo numerosos convenios colectivos. Es el caso, entre otros muchos, del artículo del 18 del VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio (BOE de 21 de septiembre de 2018), cuando bajo la rúbrica “Estabilidad en el empleo”, dispone que “a fin de fomentar la contratación indefinida y de dotar de una mayor estabilidad a los contratos vigentes, se acuerda que todas las empresas afectadas por el presente convenio tendrán un 80% de personal, sobre la plantilla mínima que legalmente le sea exigida en cada situación, con contratos indefinidos y durante toda la vigencia de este convenio. En el caso de empresas de nueva creación tendrán que alcanzarse los siguientes porcentajes: A la finalización del primer año de actividad, el 60 %; A la finalización del segundo año de actividad, el 80 %. En consecuencia, los porcentajes máximos de contratación temporal, en cualquiera de las modalidades previstas en el presente convenio, serán del 20%, con excepción del primer año de actividad en el caso de las empresas de nueva creación que será del 40%. Quedan exceptuados de este cómputo los contratos de interinidad, en prácticas y para la formación y el aprendizaje. Para dar efectividad al cumplimiento del porcentaje acordado en este apartado, las

incumplimiento de los mismos. Igualmente, y con ese objetivo de transformar empleo temporal en empleo indefinido, “los convenios colectivos podrán establecer criterios de preferencia entre las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidas las personas puestas a disposición”. Este llamamiento de la norma estatutaria a una posterior regulación de los planes de estabilidad y reducción de la temporalidad contribuyen a un importante enriquecimiento y ampliación de los contenidos de los convenios colectivos, pero queda ensombrecida por configurarse como una mera posibilidad, eso sí, a la que alude expresamente la ley.

El resto de este precepto legal, cuando, en aras a una mayor estabilización y una mayor empleabilidad, alude al derecho de los trabajadores temporales a la formación profesional, se trata de una simple reproducción de lo que ya se prescribía con anterioridad a la reforma, que “los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estas personas trabajadoras a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales”.

3.4. La supresión del contrato temporal para obra o servicio determinado y el caso particular del contrato indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción

Del artículo 15 ET ha desaparecido toda referencia al contrato para obra o servicio determinado. Los únicos contratos temporales causales son el contrato por circunstancias de la producción y el contrato por sustitución. Por ello, llama la atención la falta de concordancia que sigue presentando la Disposición Adicional 3ª ET (Negociación colectiva y contrato fijo de obra), cuando sigue refiriéndose a un inexistente artículo 15.1.a) ET, a un contrato temporal para obra o servicio determinado, que “se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la Disposición Adicional 3ª de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción. Con dicha norma se permitía la intervención de la negociación colectiva para adaptar el contrato por obra o servicio determinado mediante fórmulas que garantizaran mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores¹⁷. Sin embargo, de la nueva redacción de la Disposición Adicional 3ª de la Ley 32/2006

empresas que no lo cumplan transformarán los contratos temporales necesarios en indefinidos hasta completar el porcentaje acordado, por orden de mayor antigüedad, excluyendo los contratos interinos para sustitución de personal. Para calcular el cumplimiento del porcentaje acordado en este apartado, se tomará como referencia el número de puestos de trabajo ocupados de forma continua en el año inmediatamente anterior”.

¹⁷ Vid. Aragón Gómez, C.: “Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, núm. extraordinario: La reforma laboral de 2021, enero, 2022, página 52.

(Extinción del contrato indefinido por motivos inherentes a la persona trabajadora en el sector de la construcción) se desprende que el contrato adscrito a obra sería indefinido¹⁸, y ante la finalización de la obra la empresa tendría la obligación de ofrecer al trabajador una propuesta de recolocación, previo proceso de formación, si fuera necesario. Precisamente en su punto 2 (párrafo 3) se precisa que “la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción determinará los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuadas según las cualificaciones requeridas para cada puesto, nivel, función y grupo profesional”.

4. EL ARTÍCULO 16 ET Y LOS IMPORTANTES ESPACIOS DE REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO

La reforma laboral de 2021 potencia y revaloriza el contrato fijo-discontinuo. En cierto modo, lo que está detrás de la reforma es sustituir algunas modalidades de trabajo temporal por trabajo indefinido fijo-discontinuo¹⁹. Y precisamente en relación con el contrato fijo-discontinuo (en el que quedan también subsumidos los anteriores trabajadores fijos-periódicos) el nuevo artículo 16 ET²⁰ contiene numerosas remisiones legales para regular muchos de sus derechos y de sus condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva. El propio punto IV.3 de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, proclama que la nueva regulación del artículo 16 ET “asegura, además, la estabilidad, la transparencia y la previsibilidad del contrato a través de una mejora de la información sobre la jornada y los períodos de actividad en el contrato de trabajo, otorgando un papel fundamental a la negociación colectiva, entre otros, en relación con régimen

¹⁸ La Disposición Adicional 3ª de la Ley 32/2006, en su punto 1 (párrafo 2) aclara que “tendrán la consideración de contratos indefinidos adscritos a obra aquellos que tengan por objeto tareas o servicios cuya finalidad y resultado estén vinculados a obras de construcción, teniendo en cuenta las actividades establecidas en el ámbito funcional del Convenio General del Sector de la Construcción”.

¹⁹ Como el propio Punto IV de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021 refleja, destaca entre sus novedades las “modificaciones relativas a la modernización y simplificación de las modalidades de contratación que permitan superar la segmentación injustificada del mercado de trabajo, así como las tasas de temporalidad, en especial las asociadas con personas jóvenes, respondiendo de manera plena y efectiva a las exigencias de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, mejorando la calidad del trabajo de duración determinada, garantizando la aplicación del principio de no discriminación, y estableciendo un marco para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada”.

²⁰ Cuya nueva redacción, según la Disposición Final 8.2.c) del Real Decreto-ley 32/2021, entra en vigor el 30 de marzo de 2022 (a los tres meses de su publicación en el BOE).

de llamamiento o la formación y mejora de empleabilidad de las personas fijas discontinuas durante los periodos de inactividad”.

4.1. La regulación del derecho de llamamiento por la negociación colectiva

Ya la anterior regulación se remitía a los convenios colectivos para determinar “el orden y la forma” en la que debían de ser llamados los trabajadores fijos-discontinuos para el inicio de su actividad laboral. Era (y sigue siendo) un contenido clásico de aquellos convenios colectivos con una mayor recurrencia y utilización del contrato fijo discontinuo²¹. El actual artículo 16.3 ET llama la atención por varias

²¹ Tales cláusulas convencionales son muy frecuentes en la negociación colectiva. Sirva como ejemplo ilustrativo el artículo 21.1 del Convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz (BOE de 15 de enero de 2022), que establece que “las personas trabajadoras fijas-discontinuas serán llamadas al trabajo por estricto orden de antigüedad dentro del nivel y especialidad. Se entiende por especialidad la planta de producción o de destino (molino, planta de vaporizado, envasado, platos cocinados, almacenamiento, tratamiento de subproductos, tratamiento de cenizas, etc.). Así mismo irán cesando en el trabajo según el orden de menor a mayor antigüedad en la misma. Igualmente, el artículo 25 del Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería 2019-2021 (BOE de 2 de octubre de 2019), que tras reconocer “la particularidad del sector al tener una actividad estacional o cíclica”, manifiesta que “la prestación de servicios de los fijos discontinuos irá en función de las necesidades productivas de las empresas, debiéndose fijar en el contrato el mes de previsible comienzo y final de cada periodo o ciclo estacional de producción. La empresa, dentro del mes previsible de inicio de la campaña fijada en contrato, deberá preavisar o llamar a las personas que necesite con una antelación mínima de 15 días. Una vez iniciada la prestación de servicios y conforme la empresa en función de sus necesidades productivas requiera más personas estas deberán ser llamadas con una antelación mínima de 3 días. Si una persona fuese llamada para prestar sus servicios y no acudiese a trabajar ni justificase debidamente dicha ausencia con antelación a la fecha de incorporación al trabajo, causará baja voluntaria automáticamente extinguiéndose su contrato de trabajo con la empresa. Si al ser llamado estuviese prestando servicios en otra empresa, y justifique dicha circunstancia debidamente y con antelación suficiente, se le concederá un nuevo plazo de preaviso a los efectos de que pueda extinguir o suspender su relación con la otra empresa cumpliendo con los plazos de preaviso correspondientes, y ello sin perjuicio de que la empresa pueda llamar a los siguientes en la lista de llamamiento. Si no se presentase después del nuevo plazo de preaviso, causará baja voluntaria automáticamente extinguiéndose su contrato de trabajo a todos los efectos”. También recuerda que “el orden de llamada de las personas contratadas bajo esta modalidad contractual se realizará de conformidad con las necesidades productivas de la empresa en función de la antigüedad en la contratación y por secciones productivas de la propia empresa, produciéndose el cese en sentido inverso conforme vaya descendiendo la actividad productiva para la que fueron contratadas. De las listas u orden de llamamiento se entregará copia a los representantes sindicales. Los puestos de trabajo de jefaturas de sección y encargados/as podrán tener un llamamiento previo de como mínimo una semana”. Finalmente, y como garantía, dispone que “mientras no estén prestando servicio todos los contratos fijos-discontinuos, la empresa no podrá contratar personal eventual de la misma sección y especialidad”. Por último, el artículo 20 del Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional (BOE de 11 de junio de 2021), establece que el orden y la forma del llamamiento

cuestiones. En primer lugar, ya *no es solo el convenio colectivo*, sino también, en ausencia de regulación convencional, *los acuerdos de empresa* (sorprendente en el contexto general de *re-centralización* de la negociación colectiva), los que pueden determinar las reglas específicas por las que se regulará el llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos²². En concreto, manifiesta que “mediante convenio

de las personas trabajadoras fijas-discontinuas, será el siguiente: las personas trabajadoras serán llamadas cada vez que se vayan a llevar a cabo las actividades para las que fueron contratadas, y su llamamiento se hará de manera gradual en función de las necesidades que exija en cada momento el volumen de trabajo a desarrollar dentro del periodo de inicio de las campañas promocionales o ciclos productivos, salvo fuerza mayor debidamente constatada. El llamamiento se efectuará por orden de antigüedad de las personas trabajadoras en la empresa, atendiendo a las necesidades de trabajo y se hará por grupos de personas trabajadoras de las distintas zonas geográficas establecidas en cada empresa suficiente para completar un pedido realizado por un cliente. Producido el llamamiento, el trabajador está obligado a su incorporación al trabajo. La empresa se obliga en ese periodo de tiempo que se marca como de inicio de campaña a comenzar la actividad en la misma, salvo supuestos de causa de fuerza mayor debidamente constatada. El cese de las personas trabajadoras fijas discontinuas se hará de forma gradual y de acuerdo con el decrecimiento de la actividad de la empresa, y de forma rotatoria por grupos de personas trabajadoras, de tal forma que, el primero en ser contratado, será también el primero en cesar en el trabajo, procurándose así que todas las personas trabajadoras fijas discontinuas presten en la empresa un número igual de días dentro de cada campaña o ciclo de producción. No obstante lo anterior, en los supuestos en los que un trabajador esté vinculado a una acción concreta e individual contratada por un cliente, el cese parcial del contrato de un cliente afectará exclusivamente a la/s persona/s que tengan asignado ese servicio individualmente. Así pues, solo en estos casos, no se tendrá en cuenta el orden de incorporación de las personas trabajadoras. Las obligaciones específicas de las personas trabajadoras fijas-discontinuas consistirán en acudir al trabajo cada vez que sean llamadas al mismo para efectuar las labores objeto de su contratación. El incumplimiento de esta obligación durante tres llamamientos, sin justificación por parte del mismo será causa válida de extinción del contrato de trabajo.

²² Se ha tratado de buscar una explicación a esta contradicción en el mismo hecho de la ambivalencia que presenta la remisión legal a la negociación, pues debemos de enfrentarnos con el problema que supondría que efectivamente el convenio colectivo no regulara dicha materia, produciéndose un vacío de regulación. En este mismo sentido, recuerda Goerlich Peset, J.M.: “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, núm. extraordinario: La reforma laboral de 2021, enero, 2022, página 60, que esa amplitud de materias que se reenvían por las normas legales a la negociación colectiva presentan ventajas e inconvenientes. Por un lado “se abre la posibilidad de adaptabilidad del contrato fijo-discontinuo a múltiples situaciones, con base en el diálogo social”; pero por otro lado “no deja de plantear problemas en los casos en los que los convenios colectivos no dicen suficiente de las diferentes materias”. Y tal vez por ello, la reforma laboral ha ampliado las posibilidades de regulación por la negociación colectiva, posibilitando que en defecto de convenio colectivo sea regulado por acuerdo de empresa. En cualquier caso, como señala en la página 68, a falta de uno y otro, de convenio colectivo y de acuerdo de empresa, habrá que pensar en la aplicación de la costumbre “que estará muy presente en algunos ámbitos más tradicionales de trabajo fijo-discontinuo”; “más si esto es así, habrá que pensar igualmente en la posibilidad

colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa, se establecerán los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas”. En segundo lugar, el nuevo precepto introduce requisitos y condicionantes (que antes no se preveían expresamente) a los que habrá de ajustarse la negociación colectiva. De este modo se establece que “en todo caso, el llamamiento deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada”.

4.2. La determinación convencional del período de inactividad del trabajador fijo-discontinuo entre subcontrataciones o concesiones administrativas

El nuevo art. 16.4. ET recuerda que cuando la contratación fija-discontinua se justifique por la celebración de contrata, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones. Y es precisamente en estos supuestos en los que “los convenios colectivos sectoriales podrán determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses”. Se trata nuevamente de una regla de derecho dispositivo. La previsión legal de 3 meses del período de inactividad, de ese período de espera de recolocación entre subcontrataciones o concesiones administrativas, solo se aplicaría en caso de vacío de regulación, solo en defecto de convenio colectivo (de regulación específica del convenio colectivo). Por tanto, en este caso existe una relación de subsidiariedad entre ley y convenio. El convenio colectivo puede establecer la duración de dicho período de actividad con absoluta autonomía, tanto estableciendo un período superior como un período inferior al que de forma alternativa y subsidiaria ofrece la norma estatutaria.

4.3. Medidas convencionales a favor de la empleabilidad de los trabajadores fijos-discontinuos y la mejora de sus condiciones de trabajo

4.3.1. Bolsa sectorial de empleo durante períodos de inactividad

Con el objetivo de mejorar la empleabilidad de los trabajadores fijos discontinuos, el artículo 16.5. ET manifiesta expresamente que “los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán establecer una bolsa sectorial de empleo en la que se podrán integrar las personas fijas-discontinuas durante los periodos de inactividad, con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua

de que los contratos individuales fijen pactos respecto al funcionamiento al llamamiento, incluyo diferentes a los que resulten de la costumbre”.

durante estos”. Y claro está, ello sin perjuicio de las obligaciones en materia de contratación y llamamiento efectivo de cada una de las empresas.

4.3.2. Contratación a tiempo parcial y censo anual de trabajadores fijos discontinuos

Igualmente, indica el citado artículo que los convenios colectivos sectoriales *podrán* acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, “la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos, y la obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo”. La primera remisión ya estaba recogida por el anterior artículo 16.4 ET²³.

4.3.3. Período mínimo de llamamiento e indemnización por fin de llamamiento

Asimismo, el mismo precepto señala que los convenios colectivos sectoriales *podrán* establecer un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento a satisfacer por las empresas a las personas trabajadoras, cuando este coincida con la terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento²⁴.

4.3.4. Igualdad de trato en relación con derechos de conciliación

Por su parte, el artículo 16.6. ET recuerda que las personas trabajadoras fijas-discontinuas no podrán sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o los convenios colectivos. Del mismo modo, las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.

²³ Por cierto, llama poderosamente la atención que haya desaparecido de la norma estatutaria la referencia que este anterior artículo 16.4 ET hacía a que los convenios colectivos sectoriales pudieran acordar “los requisitos y especialidades para la conversión de los contratos temporales en contratos fijos-discontinuos”.

²⁴ Respecto a esta atribución reguladora únicamente a los convenios colectivos sectoriales, Goerlich Peset, J.M.: “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *op. cit.*, página 61, no “acaba de ver” por qué un convenio de empresa o incluso un acuerdo informal en este ámbito no puede establecer ese período mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento, pues “después de todo, son derechos legalmente inexistentes y, a falta de regulación sectorial, su establecimiento bien puede venir amparado por el principio de norma mínima”.

4.3.5. *Procedimientos convencionales de información de vacantes de carácter fijo ordinario*

Finalmente, el artículo 16.7 ET, manifiesta que la empresa deberá informar a las personas fijas-discontinuas²⁵ y a la representación legal de las personas trabajadoras sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes de carácter fijo ordinario, de manera que aquellas puedan formular solicitudes de conversión voluntaria, de conformidad con los procedimientos que establezca el convenio colectivo sectorial o, en su defecto, el acuerdo de empresa. Algunos convenios colectivos anteriores a la reforma incluso ya establecían reglas específicas como preferencias para la conversión de contratos fijos discontinuos en contratos fijos ordinarios, ya sean a tiempo completo a tiempo parcial²⁶. En todo caso, el incumplimiento de esta previsión que pudiera contener el convenio colectivo, el no informar a los trabajadores fijos-discontinuos conforme establece el convenio colectivo sobre las vacantes existentes en la empresa, constituiría una infracción administrativa leve (artículo 6.5 LISOS, tras la nueva redacción dada por el Real Decreto-ley 32/2021).

4.4. **Supuesto especial: regulación convencional de los fijos-discontinuos de ETTs**

Con la reforma laboral se da también una nueva redacción al artículo 10.3 LETT, precisando que las empresas de trabajo temporal, al contrario de lo que había reconocido la jurisprudencia²⁷, *podrán celebrar contratos de carácter fijo-discontinuo para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias*, en los términos previstos en el artículo 15 ET, coincidiendo en este caso los periodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos. En este supuesto, *las referencias efectuadas*

²⁵ Reglas similares prevén el artículo 12.4.d) ET para los trabajadores a tiempo parcial y el artículo 15.7 ET para los trabajadores temporales.

²⁶ El ya citado artículo 20 (Contratos fijos discontinuos) del Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional (BOE de 11 de junio de 2021) establece que “las personas trabajadoras con contrato de trabajo fijo discontinuo con una antigüedad en la empresa superior a dos temporadas tendrán derecho preferente a ocupar los puestos de trabajo fijos ordinarios a tiempo completo o a tiempo parcial que se produzcan en el centro de trabajo en el mismo puesto de trabajo”.

²⁷ Así, la STS de 20 de julio de 2020 (ROJ: STS 3102/2020) negaba que las ETTs pudieran celebrar contratos indefinidos fijos-discontinuos con sus trabajadores puestos a disposición de empresas usuarias. Su principal argumento era que no cabía calificar de actividad fija discontinua la llevada a cabo por el trabajador contratado por una ETT ya que la actividad que realiza la citada empresa es la puesta a disposición de trabajadores para la empresa usuaria, para la realización de tareas de carácter temporal (a tenor del artículo 6.1 LETT) y dichas tareas no están dotadas de una cierta homogeneidad.

en el artículo 16 ET a la negociación colectiva se entenderán efectuadas a los convenios colectivos sectoriales o de empresa de las empresas de trabajo temporal. Estos convenios colectivos podrán, asimismo, fijar una garantía de empleo para las personas contratadas bajo esta modalidad. Esta solución legal contrasta con el hecho de que el artículo 11.1 LETT reconoce que los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto, y por tanto les será de aplicación el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, sea éste sectorial o de empresa. La excepción la constituye esta regulación específica de los contratos fijos-discontinuos que pudieran concertar la ETTs²⁸.

5. OTRAS REMISIONES LEGALES “CLÁSICAS” A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL NUEVO MARCO DE LA REFORMA LABORAL

5.1. Derechos de representación colectiva de los trabajadores en los supuestos de subcontratación de obras y servicios

En materia de subcontratación de obras y servicios se habían planteado importantes dudas interpretativas respecto a cual sería el convenio colectivo sectorial aplicable a las denominadas *empresas multiservicios*.²⁹ Con la reforma laboral se resuelve este debate. El nuevo artículo 42.6 ET dispone que “el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84”.

²⁸ Respecto a ello, Goerlich Peset, J.M.: “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *op. cit.*, página 66, considera que “probablemente sea razonable pues solo la negociación en este marco puede comprender las necesidades organizativas de las ETT y atender las correspondientes especialidades”.

²⁹ Sobre este tema, *vid.* el análisis exhaustivo y detallado que se realiza en el seno del Observatorio de la Negociación Colectiva, VV.AA. (Coords.: C.L. Alfonso Mellado; M.A. Almendros González; J. Cruz Villalón; A. Esteve Segarra; A. Merino Segovia; J.L. Monereo Pérez; A.B. Muñoz Ruiz y J.B. Vivero Serrano): *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Lefebvre - El Derecho, Madrid, 2018.

Respecto a estos procesos de subcontratación empresarial y descentralización productiva no existe más remisión legal expresa que en relación con los derechos de representación colectiva de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas o subcontratistas. En particular, el artículo 42.8 ET hace un llamamiento a *los convenios colectivos de aplicación* para que también sean estos los que determinen “la capacidad de representación y ámbito de actuación de la representación de las personas trabajadoras, así como su crédito horario”, siempre dentro del respeto de la legislación vigente.

5.2. Las “tablas salariales” y la preferencia aplicativa del convenio colectivo sectorial en materia retributiva

Uno de los contenidos clásicos de la negociación colectiva y uno de los ejes centrales sobre los que versan los procesos de negociación de los convenios colectivos es la determinación de la estructura y la cuantía del salario. Las tablas salariales de los convenios colectivos es uno de sus contenidos esenciales. En la anterior reforma laboral fue muy discutida la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa respecto a la regulación del convenio colectivo sectorial. Dicha prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa afectaba expresamente a la “cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa” (artículo 84.2.a ET, en su anterior redacción). De este modo, se producía una descentralización reguladora de la negociación colectiva entre otras materias, respecto al salario³⁰. Era la negociación colectiva a nivel de empresa la que determinaba las cuantías salariales, con preferencia al nivel sectorial. El Real Decreto-ley 32/2021 pretende revertir esta situación³¹ en la medida que desaparece del artículo 84.2 ET la prioridad aplicativa del convenio colectivo

³⁰ Al menos respecto de las cuantías salariales, no respecto de la estructura salarial. En este sentido, la STS de 1 de abril de 2016 (ROJ: STS 1771/2016) recuerda que la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa respecto del correspondiente convenio colectivo sectorial no puede afectar a la estructura salarial y a los conceptos salariales que la integran, sino solo a las cuantías del salario base y del resto de los conceptos salariales. En concreto dicha sentencia declara la inaplicación, durante la vigencia del convenio colectivo del sector de seguridad, de los conceptos salariales, contenidos dentro de la estructura salarial del convenio del sector: antigüedad, plus fin de semana y festivos, plus de Residencia de Ceuta y Melilla, pluses de Nochebuena y Nochevieja y gratificación de beneficios; pues ninguna de las materias está en el listado del artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, ha de señalarse que “como prevé expresamente el convenio sectorial, el convenio de empresa tiene prioridad aplicativa en todo tipo de materias, aunque no estén relacionadas en el artículo 84.2 de la norma legal, si la regulación del convenio de empresa es más favorable para el concreto punto de que se trate, si bien ello no sucede en ninguno de los supuestos en el caso cuestionados”.

³¹ Como recuerda el Punto II de su Exposición de Motivos, la negociación colectiva adolecía de algunas “debilidades y distorsiones”, y en particular de unas reglas de aplicación preferente del convenio colectivo de empresa que debían ser matizadas a efectos de reforzar el convenio

de empresa respecto a los aspectos retributivos. Con lo que la función reguladora en materia salarial de los convenios colectivos tiende a una “recentralización”, vuelve a situarse en el nivel sectorial de la negociación colectiva (sin perjuicio del mantenimiento de las cláusulas de descuelgue³²).

5.3. Las cláusulas convencionales de jubilación forzosa

La posibilidad o no de que los convenios colectivos establecieran cláusulas de jubilación forzosa ha sido una de las materias que más “vaivenes” ha sufrido. Son numerosas las modificaciones y precisiones que las sucesivas reformas laborales han realizado. Quizás esa sea la razón que está detrás de que numerosos convenios colectivos opten por cláusulas de jubilación forzosa abiertas con las que se remiten a lo que diga en cada momento la legislación vigente³³. La reforma laboral de 2021 no constituye ninguna excepción, y también incide en la posibilidad regulación convencional de las cláusulas de jubilación forzosa. En concreto es la Disposición

sectorial. Ello se sumaba a “una incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna” que llevaba a las empresas a que en lugar de utilizar los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes, hayan utilizado los convenios colectivos, instrumentos negociados con una determinada vocación de permanencia, como convenios empresariales de descuelgue que más que crear una unidad de negociación nueva se han comportado como un sucedáneo de inaplicación o descuelgue. Por ello, la reforma laboral considera que “el sistema de concurrencia de convenios colectivos debe equilibrar la fuerza vinculante de los convenios de sector con la necesaria flexibilidad de los convenios colectivos en ámbitos inferiores, previendo los necesarios contrapesos y cautelas que no distorsionen la capacidad competitiva de las empresas ni reduzcan las condiciones laborales de las personas trabajadoras. Por tanto, los convenios de empresa deben comportarse como instrumentos de regulación de aquellos aspectos organizativos que no admiten otro nivel de negociación por su propia naturaleza, como los horarios o la adaptación de la clasificación profesional, correspondiendo la negociación colectiva sectorial los aspectos salariales, retribuciones y jornada”.

³² Como recuerda Mercader Uguina, J.R.: “El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: punto de llegada o de partida?”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, núm. extraordinario: La reforma laboral de 2021, enero, 2022, página 121, es evidente que “con esta fórmula se cierra la vía a los convenios *oportunistas* que busquen crear estratégicamente unidades empresariales de negociación para establecer salarios a la baja”; pero no obstante “los ajustes salariales a nivel de empresa siguen pudiendo encontrar técnicas específicas de adaptación a través de los descuelgues del art. 82.3 ET”.

³³ En este mismo número monográfico de *Temas Laborales* se incluye un estudio específico a cargo de Maldonado Molina, J.A., “Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021”, en el que se destaca cómo, efectivamente, hay convenios colectivos que recogen cláusulas abiertas que se remiten al marco legal vigente en cada momento, por lo que no se verán afectadas por la reforma de la Ley 21/2021. Y muchos de estos convenios “se han suscrito en 2021, cuando se sabía que los agentes sociales habían acordado una reforma de este tipo de cláusulas, por lo que los negociadores (de modo prudente) recogieron esta cláusula remisoria a lo que esté vigente en cada momento, de forma que automáticamente se reajusta”.

Final 1ª de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera del sistema público de pensiones, la que da una nueva redacción a tan conocida Disposición Adicional 10ª ET (Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación). De este modo, e igualmente “en aras de favorecer la prolongación de la vida laboral”, *el nuevo precepto estatutario sigue encomendando a los convenios colectivos la regulación y determinación de las cláusulas de jubilación forzosa*, pero los requisitos y condicionantes varían: 1) como regla general, tales cláusulas de jubilación forzosa que posibiliten la extinción del contrato de trabajo solo están previstas *por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años*, elevación del requisito de edad que reduce lógicamente el número de trabajadores potencialmente afectados; 2) como requisito, y para garantizar la mejora de la calidad del empleo que se genere con la sustitución del trabajador por jubilación forzosa, la medida deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional *solo a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora*; y 3) con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, y facilitar la contratación de trabajadoras en sectores con “subrepresentación” femenina, excepcionalmente *podrá rebajarse el requisito exigido con carácter general de los 68 años de edad, hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando cada extinción contractual por jubilación forzosa lleve aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer* en la mencionada actividad cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio colectivo sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas.

Además, la reforma laboral añade una Disposición Transitoria 9ª ET (Aplicación temporal de lo establecido en la Disposición Adicional 10ª), conforme a la cual, sus previsiones “sólo se aplicará a los convenios colectivos suscritos desde el 1 de enero de 2022”, por lo que “en los convenios colectivos suscritos con anterioridad a esta fecha, las cláusulas de jubilación forzosa podrán ser aplicadas hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio en cuestión”.

RETORNO NORMATIVO A LA ULTRAACTIVIDAD DEFINIDA: ¿CAMBIO QUE BIEN MERECE UNA REFORMA O VALOR SIMBÓLICO?

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén*

*¡No le toques ya más
Que así es la rosa!
("pero hasta llegar a la rosa")
Juan Ramón Jiménez. Piedra y cielo
Tenemos, quienes vivimos,
una vida que es vivida
y otra vida que es pensada,
y la única en que existimos
es la que está dividida
entre la cierta y la errada
Fernando Pessoa. Tengo tanto sentimiento*

EXTRACTO

Palabras clave: Ultraactividad, negociación colectiva, estructura negociada, concurrencia de convenios

Antes de la reforma de 2021, con el nuevo art. 86.4 del Estatuto de las personas trabajadoras (ET), había una amplia coincidencia, en el mundo jurídico y social, incluso en buena parte de las empresas, para incluir el régimen legal de ultraactividad temporal de los convenios colectivos entre los aspectos más lesivos, e irracionales, de la reforma laboral de 2012. Por eso, debe valorarse muy positivamente el retorno a la ultraactividad indefinida, como régimen en defecto de pacto colectivo. No obstante, conviene poner de relieve que sus efectos más distorsionadores ya fueron en gran medida desactivados por el conjunto de fuentes de las relaciones de trabajo, en especial por la propia autonomía colectiva, también por el Derecho jurisprudencial, aunque en este caso con argumentos puramente pragmáticos, algo erráticos y fundamentos dudosos.

ABSTRACT

Key words: Ultra-activity, collective bargaining, bargaining structure, prohibition of concurrence of agreements

Prior to the reform of the year 2021, which has drafted a new art. 86.4 of the Workers' Statute (WS), the legal-labor world and social opinion, including a good part of the companies, knew that the legal regime of temporary ultra-activity of collective agreements represented one of the most damaging and irrational aspects, of the 2012 labor reform. Therefore, the return to indefinite ultraactivity deserves a positive assessment, as a regime in the absence of a collective agreement. It will be beneficial for working people and for social peace in companies. However, it should be emphasized that its most distorting effects have already been deactivated to a large extent by the set of sources of labor relations, especially by collective autonomy itself, also by jurisprudential law, although in this case with purely arguments pragmatic, somewhat erratic and doubtful fundamentals.

ÍNDICE

1. INTROITO: EL REGRESO A LA “ULTRA ACTIVIDAD INDEFINIDA”, SÍMBOLO DE LA NECESIDAD DE CONTRARREFORMA
2. MÁS ALLÁ DE LA EVITACIÓN DE VACÍOS: CARÁCTER SISTÉMICO CONVENCIONAL DE LAS REGLAS DE ULTRAACTIVIDAD
 - 2.1. Ultraactividad y estructura del sistema de negociación colectiva: el fin centralizador (estatalista) de la reforma de 2012
 - 2.2. Ultraactividad y prohibición general de afectación de convenios: ¿tendrá impacto el retorno al modelo indefinido?
3. CONTEXTUALIZACIÓN REAL DE LA REFORMA: DESACTIVACIÓN PRÁCTICA DE LA ULTRAACTIVIDAD TEMPORAL
 - 3.1. Más allá de la lectura normativista: la autotutela convencional realista a través de pactos de ultraactividad indefinida
 - 3.2. La solución conservadora en el Derecho de precedentes jurisprudenciales en materia de ultraactividad: respuestas equívocas, pero garantistas.
4. PRINCIPALES NOVEDADES DEL ART. 86.4 ET: REFORZAMIENTO DE LA LLAMADA A LAS SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES
 - 4.1. La mediación, forma priorizada de solución extrajudicial de eventuales situaciones de impasse negociador.
 - 4.2. La naturaleza dispositiva de la ultraactividad indefinida ¿mantiene la puerta abierta a la “contractualización” de las condiciones de trabajo?
 - 4.3. Ultraactividad el día de la firma del convenio?: ¿Cuándo surte efectos su denuncia?
 - 4.4. El régimen transitorio para las reglas de ultraactividad: una pretensión de eficacia lo más inmediata posible.
5. CONCLUSIÓN

1. INTROITO: EL REGRESO A LA “ULTRA ACTIVIDAD INDEFINIDA”, SÍMBOLO DE LA NECESIDAD DE CONTRARREFORMA

En la dura pugna político-partidista por lograr el aval parlamentario a la reforma laboral de 2021, pactada a través de un acuerdo de diálogo social y formalizado como ley de urgencia (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), por fortuna finalmente logrado (aún con bochorno y sainete), un argumento a favor de la aprobación se repetía una y otra vez: el retorno a la ultraactividad indefinida de los convenios colectivos –como Paris– bien valdría una (contra)reforma laboral. En un contexto de evocación poética –recurrente en los artículos de tribuna periodística cuando se quiere hablar, en tiempos conmemorativos, de una norma de especial transcendencia, como en algún caso se ha hecho para la Constitución y la defensa de un sentido quirúrgico o selectivo del debate sobre su reforma¹– del breve poema con que el insigne Juan Ramón Jiménez

¹ <https://www.lanuevacronica.com/no-la-toques-mas-que-asi-es-la-rosa-1>.

comenzó su libro ‘Piedra y Cielo’, «¡No le toques ya más, que así es la rosa!», la experimentada y –normalmente– templada opinión de Nicolás Sartoriu lo expresaba así de rotundo (y desmesurado):

“Solamente con recobrar por ley la ultraactividad de los convenios ya justificaría una reforma. Es decir, que cuando las partes contratantes no llegan a pactar un nuevo convenio siga en vigor el anterior es algo muy serio. Pues bien, la reforma... de 2012, al liquidar tal criterio propinó al movimiento sindical y a las personas trabajadoras el golpe más duro conocido en el periodo democrático. Fomentó el que las empresas no tuvieran interés en acordar nada o, en su caso, muy a la baja, al saber que si no había convenio el personal sufridor perdía lo conquistado, se aplicaba estrictamente el ET y la remuneración podía irse al salario mínimo. Una de las causas de la actual desigualdad, de la pérdida de salarios y de la capacidad negociadora de los sindicatos»².

Con tanta o más carga simbólica, la ministra del ramo defendía lo irracional que sería “tumbar la reforma”, esgrimiendo expresamente, dentro y fuera del Parlamento, que:

«Quien la haga fracasar tendrá que explicar... a los trabajadores de Cádiz [una alusión a la huelga de finales del año pasado por el conflicto colectivo en el sector del metal sobre la subida salarial en el nuevo convenio] o (a) los que están sin negociar su convenio porque acabó la ultraactividad, que prefiere la norma anterior»³.

Entre las –muy razonables y justas– reivindicaciones sindicales en el conflicto de Cádiz (finalmente resuelto, antes de entrar en vigor la nueva reforma), estaban, junto al aumento salarial del 2,5 %, y vigilar la práctica difusa de descuelgues retributivos ex art. 82.3 ET en el sector, la ultraactividad indefinida. Podríamos poner otros varios ejemplos en los que la derogación del modelo de ultraactividad temporal presenta la misma carga simbólica. En suma, social y políticamente se asumía su “especial lesividad” laboral.

De este modo, el imaginario colectivo, la conciencia social sobre lo disfuncional del art. 86.3 ET, que abría la puerta a un tipo de gestión laboral basada en la presión para el acuerdo por el miedo a vacíos de regulación convencional, coincide con la comprensión crítica que la mayoría de la doctrina científica evidenció respecto de este aspecto de la reforma de 2012. El acotamiento temporal de la ultraactividad del convenio colectivo a un año tras su denuncia (o llegada de su término, si se

² Cfr. “Reforma laboral: No le toques ya más, que así es la rosa”. https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/reforma-laboral-no-le-toques-rosa_129_8698400.html.

³ Cfr. “La ministra de Trabajo advierte de que quien «haga fracasar» la reforma laboral «tendrá que explicárselo a los trabajadores de Cádiz»”. https://www.lavozdigital.es/cadiz/provincia/lvdi-ministra-trabajo-advierte-quien-haga-fracasar-reforma-laboral-tendra-explicarselo-trabajadores-cadiz-202201021328_noticia.html.

ha excluido aquella) se llevó a cabo a través de un precepto, que, sin ninguna duda, estaba entre los más viciados (defectuosos) técnicamente (plagado de lagunas y antinomias jurídicas) de aquella reforma. A la crítica político-sindical por los desequilibrios de poder contractual que generaba sumaba la derivada de las numerosas dudas interpretativas, creando una atmósfera de inseguridad jurídica y de conflictividad latente, a modo de Espada de Damocles, persistente.

Pese a lo que suele afirmarse, a mi entender, tal previsión legal repartunque asimétricamente, los efectos negativos de falta de acuerdo para la renovación de convenio colectivo de aplicación, entre la parte social y económica. Los vacíos de regulación en las situaciones de ausencia de convenio colectivo de ámbito superior aplicable, incluso de lagunas reguladoras, tras el agotamiento de la ultraactividad de una determinada norma convencional, también eran un perjuicio para la gestión de empresa. No comparto la muy extendida visión de que perjudicaba solo a la parte laboral⁴. Y no la comparto porque supone una marcada infravaloración del papel del convenio como instrumento de gestión empresarial (función productiva), no solo de concesión de derechos (función distributiva). Cualquier persona laboralista (científica, consultora, asesora, etc.) sabe que un amplio número de decisiones de gestión laboral, algunas por remisión legal, no pueden llevarse a cabo al margen del convenio (ej. poder disciplinario; jornada de trabajo, etc.).

Justamente, el caos de gestión empresarial que hubiera generado una aplicación estricta y mayoritaria de la previsión legal hizo que, en la práctica, sus augurados “efectos perturbadores”, incluso “devastadores” de los equilibrios de regulación (de ser creíble la visión apocalíptica expresada por algunas de las opiniones arriba reflejadas), también la gran mayoría de las empresas procurara que no llegaran a materializarse como podría de llevarse a sus extremos la visión más extrema de la reforma (el régimen de mínimos legales a falta de un convenio de ámbito superior aplicable), salvo en contados casos. Así sucedió –lo recordaremos, brevemente más abajo– por obra del resto del sistema de fuentes extralegales (negociación colectiva, la doctrina jurisprudencial), evidenciando lo simple o reductivo que es identificar una reforma normativa laboral con su texto legal, orillando su práctica real (ej. como sucedió con el control jurisdiccional del despido colectivo para el que la eliminación legal de los juicios de razonabilidad se neutralizó en los Tribunales).

Sea como fuere, lo cierto es que el nuevo art. 86.4 ET reintegrará para nuestro sistema de relaciones convencionales, aunque el texto tenga algunos cambios respecto del pasado, el modelo legal de ultraactividad indefinida. Un modelo eso, sí, hoy como ayer, subsidiario, esto es, en defecto de pacto –previo, simultáneo o posterior– colectivo. Este retorno se presenta en el preámbulo de la ley socialmente negociada de urgencia como un ejemplo de revisión de los equilibrios perdidos y de corrección de las distorsiones creadas.

⁴ Cfr., para una posición usual, López Aniorte, Carmen. “El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral”. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/El-papel-de-la-negociacion-colectiva-en-la-reforma-laboral.pdf>.

De este modo, donde el precedente artículo 86.3 ET preveía:

“3. La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio.

(...)

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”.

El nuevo art. 86.4 ET establece que:

“Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio, las partes deberán someterse a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes.

Asimismo, siempre que exista pacto expreso, previo o coetáneo, las partes se someterán a los procedimientos de arbitraje regulados por dichos acuerdos interprofesionales, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

Sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de mediación y arbitraje, en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo”.

Veamos las principales claves interpretativas y prácticas de esta nueva regulación, en el contexto de la práctica convencional y de la doctrina jurisprudencial

desarrolladas bajo la precedente regulación, a fin de identificar, en su caso, algunas lecciones de futuro.

2. MÁS ALLÁ DE LA EVITACIÓN DE VACÍOS: CARÁCTER SISTÉMICO CONVENCIONAL DE LAS REGLAS DE ULTRAACTIVIDAD

2.1. Ultraactividad y estructura del sistema de negociación colectiva: el fin centralizador (estatalista) de la reforma de 2012

Una lectura directa e inmediata de las reglas de ultraactividad evidencia que, de inicio, se configuran por la ley como una institución siempre disponible para la autonomía colectiva (antes de la reforma de 2012, después de ésta y ahora con la reforma 2021), a fin de garantizar al mantenimiento de las cláusulas (inicialmente las normativas solo, no así las obligacionales –como las cláusulas de paz sindical–) del convenio anterior, mientras continúe la negociación del convenio siguiente. La solución conservadora, pues, tiene una vocación transitoria, en tanto dura la renegociación para el nuevo convenio. De este modo, se evitan vacíos de regulación y se eliminan perturbadoras presiones sobre ambas partes (aunque incida más en la parte social, pero, insisto, no solo, pues supondría hacer de menos el valor del convenio para la gestión diaria del trabajo en la empresa) para el proceso renegociador. Sin embargo, en la reforma laboral de 2012 se optó, como régimen subsidiario, por acotar estas reglas de ultraactividad solo durante un determinado tiempo, el que la ley consideró razonable (primero dos años, luego solo un año), para promover un mayor dinamismo renegociador, evitando perpetuar tanto el convenio precedente como el proceso renegociador.

En caso de fracaso de este proceso, como el TS puso de manifiesto, la ley no podría buscar crear “vacíos normativos”, porque iría contra la razón y contra el imperativo de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino que su pretensión habría sido la contraria, esto es, evitar el vacío normativo que se produciría con la pérdida de vigencia del convenio, estableciendo 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 *sstitutio in integrum* del convenio inferior por el convenio de ámbito superior que pasa a ordenar, de manera independiente, las relaciones laborales de la empresa”⁵.

Para el TS, el fin perseguido por la voluntad del poder legislativo (en un momento en el que el poder ejecutivo estaba sustentado por una mayoría de absoluto rodillo) sería palmario, derivándose tanto del texto normativo como de la

⁵ Así se afirma por el TS desde 2018, año en el que dictó una extensa secuencia de sentencias del Pleno en este sentido (SSTS, 4^a, 5 de junio de 2018, recursos 364/2017 y 427/2017; 7 de junio de 2018, recurso 663/2017; entre otras).

exposición de motivos de la norma reformadora: incentivar un mayor dinamismo de la negociación colectiva para la corrección de su –real o pretendida– reducida capacidad de adaptación a las demandas del mercado en cada tiempo, mucho más aceleradas y cambiantes que los lentos procesos de negociación existentes en nuestro país. De ahí la pretensión legal –que el TS avaló– de acabar con el atrincheramiento que supone una regla legal de bloqueo como sería permite la ultraactividad indefinida. La ultraactividad temporal tendría, pues, el sentido primario de una norma de incentivo de la renovación de los convenios colectivos. En esta visión, normativa y jurisprudencial, el convenio colectivo adquiriría una primera, principal, función productiva y de gestión, adecuando la norma laboral al contexto económico.

El TS fue inequívoco al respecto, evidenciando una clara adhesión a la reforma de 2012 en este punto:

“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. (...)”⁶.

Dejemos por ahora (volveremos después, aun brevemente, porque ya es solo historia jurídico-laboral, afortunadamente) de lado que la realidad era bastante menos lúcida y lucida, entre otras cosas porque la regla legal implicaba un sinfín de problemas interpretativos en su aplicación, tanto lagunas como contradicciones (ej. determinación de si existía o no un convenio de ámbito superior, de existir varios cuál es, precisamente, el aplicable; y, de no existir ninguno, qué norma sería de aplicación, ante la imposibilidad, para cualquier jurista serio, de volver a los mínimos legales –salariales y de jornada–). En este momento me interesa llamar la atención sobre otra dimensión finalista, con una nítida finalidad de política del derecho convencional colectivo y de ajuste de costes retributivos, subyacente a esta solución legal favorable a la sustitución (que no sucesión) íntegra del convenio que caduca por el convenio colectivo de ámbito superior aplicable. Me refiero al efecto de centralización de la estructura de la negociación colectiva perseguido con la regla de ultraactividad temporal ex art. 86.3 ET.

⁶ Recuerda, con una ilustrativa síntesis, esta doctrina jurisprudencial de favor hacia la reforma de las reglas de ultraactividad en 2012 la STS, 4ª, 855/2021, 7 de septiembre.

Que esta regla de ultraactividad no solo perseguía incidir en la (devaluación, o al menos contención) de las condiciones laborales de las personas trabajadoras, sino también en la estructura de negociación, es un dato comúnmente compartido en los análisis de la doctrina científica⁷. Pero esta interacción o incidencia conectaba de forma significativa con otros objetivos más generales de la reforma laboral de 2012, como el contribuir a un ajuste retributivo a la baja en virtud del desplazamiento de los convenios colectivos de ámbito sectorial provincial (una unidad negociadora intermedia con efectos “inflacionistas”, a diferencia de las más centralizadas –estatal– o descentralizadas –empresa–, según ilustran los análisis de mayor solvencia de economía del trabajo relativos al impacto de la norma convencional en las políticas retributivas). Buena prueba de ello es que, en la mayoría de los conflictos relativos a la determinación del convenio colectivo de ámbito superior que resultaba de aplicación, la selección de norma convencional recaía sobre un convenio de ámbito estatal. Un resultado que no pasó desapercibido en determinados territorios, en los que los convenios sectoriales provinciales tienen un especial protagonismo y ofrecían mejores condiciones de trabajo, como en el País Vasco. El cuerpo de jurisprudencia social unificadora se forjó estimando recursos empresariales contra decisiones del TSJ vasco.

En muchos casos el convenio colectivo de ámbito provincial fue denunciado y perdió posteriormente su vigencia, caducando y abriéndose ex art. 86.3 del ET al convenio de ámbito superior. Una buena ilustración –también por la síntesis de Derecho de precedentes en esa misma línea y ámbito– nos la ofrece la STS, 4ª, 855/2021, 7 de septiembre (en este caso el convenio aplicable resultante era el estatal de empresas consultoras, de servicios de informática y estudios de mercado y de la opinión pública). Un efecto de recentralización estatista convencional que se sumaba a otras normas de la reforma de 2012 en análogo sentido, conciliando un doble objetivo, en principio puede pensarse que opuesto, pero no es así si se analiza con más profundidad: de centralización del sistema favoreciendo la negociación sectorial estatal sobre la provincial, igualmente sobre la autonómica, de un lado, sin perjuicio de la descentralización a favor de la unidad de empresa, priorizados en relación con todos los sectoriales, estatales y provinciales, en el listado de materias ex art. 84.2 ET, de otro. Este modelo de predeterminación legal de la estructura negociadora fue también combatido por los sindicatos nacionalistas (en especial ELA⁸), chocando con una contundente doctrina jurisprudencial que, en

⁷ Lo recordaba recientemente, aunque su efecto en la práctica fuese limitado, la profesora Merino Segovia, Amparo. “La restitución de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo denunciado en la reforma laboral 2021”. Briefs AEDTSS, <https://www.aedtss.com/ultraactividad-de-los-convenios-colectivos-2/>.

⁸ Un ejemplo muy significativo lo hallamos en la STS 269/2018 de 13 marzo. ELA impugnó la validez del convenio colectivo estatal para Restauración Colectiva que regula la estructura de la negociación colectiva, las reglas de resolución de conflictos de concurrencia y numerosas materias

varios puntos muy discutible, hizo de la doctrina constitucional que dejaba plena soberanía normativa a la ley estatal a tal fin por la ausencia –se afirma, con dudoso fundamento– de un modelo constitucional sobre la articulación de la negociación colectiva⁹.

En este escenario no sorprende que los sindicatos nacionalistas tuvieran un interés particular en que la reforma laboral de 2021 corrigiera esta situación, a fin de retornar a la prevalencia de convenios sectoriales de ámbito territorial limitado, como sucediera en el año 1994. Si es evidente que la nueva regla de ultraactividad indefinida facilitará esta vigencia de los convenios sectoriales provinciales, que ahora no se verán amenazados por el desplazamiento que suponía la remisión, caducados aquéllos por la pérdida del plus de vigencia proporcionado por la regla de ultraactividad, pero limitado, al ser temporal, no ha sucedido lo mismo respecto de otras reglas que permiten el doble efecto de centralizar la estructura convencional primando la unidad estatal y descentralizarla sobre la unidad de empresa ex art. 84.2 ET¹⁰. Un precepto este también modificado tras la reforma de 2021, pero de forma limitada a la retribución, respecto de la que ahora no gozará de preferencia, con lo que se restringe la excepción a la prohibición de afectación de convenios colectivos de ámbito superior, ciertamente, pero de forma limitada.

2.2. Ultraactividad y prohibición general de afectación de convenios: ¿tendrá impacto el retorno al modelo indefinido?

En este mismo escenario más sistémico de interacciones entre el modelo legal de ultraactividad y la estructura de la negociación colectiva, clave a su vez para la política de condiciones de trabajo, en especial retributivas, pero no solo, también relativas a claves tan determinantes como el tiempo de trabajo, es obligado

concretas, primando dicho ámbito respecto de otros, en particular el provincial. El convenio se ampara en el tenor del ALEH V.

⁹ Para una completa e ilustrativa síntesis de Derecho de precedentes, con especial referencia a las SSTC 119/2014 y 8/2015, vid. STS, 4ª, 332/2019, 25 de abril (en relación con I Acuerdo Marco CAPV en el ámbito de Hostelería –BOPV 16 marzo 2017– en relación con el V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (ALEH V).

¹⁰ Bien conocido es que ni el TC ni el TS asumieron perfectamente las bondades o virtudes de esta opción descentralizadora de la ley de reforma laboral de 2012, que impuso la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios sectoriales en relación con determinadas materias. Una prioridad que, ayer, como hoy –tras la reforma de 2021–, dicho sea de paso, sigue siendo indisponible para los acuerdos interprofesionales (no sucedía así en la reforma de 2010, donde sí era disponible). Por lo que se asume –también tras la reforma laboral de 2021– la legitimidad del fin de “facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores, procurando favorecer la flexibilidad empresarial en aquellas materias en que el legislador ha considerado que puede ser más necesaria la acomodación a las características de la empresa y de sus trabajadores” (STC 119/2014, 16 de julio y 8/2015, 22 de enero; STS, 4ª, 332/2019, 25 de abril).

hace referencia a su impacto en la dinámica aplicativa de la prohibición general de afectación convencional del art. 84.1 ET. Debe recordarse que esta prohibición juega durante la “vigencia” del convenio, “salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2”, así como en las varias excepciones previstas, entre ellas la prioridad aplicativa del convenio de empresa ex art. 84.2 ET (posibilidad de afectación en cualquier momento). Una vez más, las excepciones a la prohibición de afectar el contenido de un convenio superior, y anterior, se justifica para evitar la temida “petrificación” de la estructura negocial en un sistema basado en el principio de libertad negociadora. En este contexto ¿la regla de ultraactividad temporal (ex art. 86.3 ET -2012-) o, al contrario, indefinida (art. 86.4 ET 2021-), incidiría en la protección efectiva de las “expectativas legítimas” de las unidades de negociación de mantenerse inafectadas en ese plus de plazo de vigencia ultraactiva?.

Como es natural, y se conoce, la respuesta dependerá de la interpretación que se haga del término “vigencia” que utiliza el art. 84.1 ET en relación con las previsiones del art. 86 ET. ¿La expresión legal relativa a la “vigencia” debe entenderse restrictivamente, solo respecto del periodo de eficacia inicial prevista por los sujetos firmantes de la norma convencional, incluso a la prorrogada de forma expresa por aquéllos, o, en cambio, en sentido expansivo, incluyendo también la “vigencia ultraactiva”? Aunque pueda resultar sorprendente, la doctrina jurisprudencial no ha venido siendo uniforme, o, cuando menos, no es lo unívoca, lineal o pacífica que pudiera pensarse, incluso que la misma doctrina de unificación afirma de sí misma. Así, la STS 958/2021, de 5 de octubre afirma que la “doctrina comúnmente aceptada en el ámbito científico y jurisprudencial” concluye que la prohibición de concurrencia se extiende únicamente durante la vigencia del convenio preexistente, ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el artículo 86.3 ET, pero no si el “convenio preexistente concluyó su vigencia ordinaria, tras haber sido denunciado...sin que conste... (después de finalizar la vigencia ordinaria del convenio sectorial) se hubiese llegado a un acuerdo...” (FJ Cuarto, punto 2).

¿Tan común y pacífica resulta esta tesis? No, a juzgar, no solo por las diferentes posiciones de la doctrina científica, sino si se atiende a ciertos precedentes, cierto que no mayoritarios, incluso escasos, de la propia Sala 4ª del TS. En este sentido, la STS, 4ª, 1045/2018, 12 de diciembre¹¹, desestima el recurso de casación contra una sentencia de instancia (AN) que, tras un detenido análisis normativo y jurisprudencial, llega a la conclusión de aplicar la prohibición de concurrencia ex art. 84 ET para “el Convenio de Conservas Vegetales de 2014... aun cuando su situación fuera de ultraactividad...”. Ciertamente, en este caso se constató una especial

¹¹ Recordaba otras decisiones en tal sentido la profesora Merino Segovia, Amparo. “La restitución de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo denunciado en la reforma laboral 2021”, ob. cit.

actividad de la unidad de negociación hasta la fecha en que entró en ultraactividad, produciéndose pocos meses después la nueva negociación desplegada. Una expectativa de blindaje a la que se “aquietó la parte actora”.

El asunto es especialmente relevante para evidenciar la importancia de este asunto. La cuestión dilucidada en el RCUd que resuelve la citada sentencia consistía en dilucidar la validez (más bien la eficacia -por cuanto la prohibición no conlleva nulidad del acuerdo, solo inaplicación) de un convenio de empresa (Ibercacao) que establece una jornada de trabajo superior a la prevista en el convenio sectorial anterior hallándose, al tiempo de la firma del convenio de empresa en situación de ultraactividad por aplicación de las normas sobre vigencia determinadas en el propio convenio. La sentencia de suplicación, que revocó el fallo de instancia, razonó que, en el caso de autos, el convenio sectorial contenía una cláusula expresa de ultraactividad –art. 4–, por lo que no se trata de una ultraactividad derivada de previsión legal genérica –art. 86 del ET–. Y ello determinaría que no resultara de aplicación la doctrina de la STS de 2 de febrero de 2004 (RCUD 3069/2002). El TS, como se ha dicho, mantiene la preferencia aplicativa de convenio de empresa, al no existir una vigencia en sentido propio, sino “ultraactivo”, sin que quepa la excepción prevista en el art. 84.2 ET, por cuanto el listado de materias excluye la jornada (ahora la retribución también, como se sabe). En suma, a la vista de esta doctrina jurisprudencial reciente, no parece que el retorno al modelo de ultraactividad indefinida vaya a tener una incidencia especial en el ámbito de la prohibición de concurrencia, por cuanto en tal situación, según la citada doctrina jurisprudencial, no sería de aplicación.

3. CONTEXTUALIZACIÓN REAL DE LA REFORMA: DESACTIVACIÓN PRÁCTICA DE LA ULTRAATIVIDAD TEMPORAL

3.1. Más allá de la lectura normativista: la autotutela convencional realista a través de pactos de ultraactividad indefinida

Situado ya el análisis jurídico en el sentido y alcance más precisos y directos de la nueva regla legal subsidiaria de ultraactividad, que retorna a su alcance indefinido salvo un pacto contrario, es oportuno también, a fin de evitar ciertos excesos a la hora de valorar su verdadera novedad jurídica, así como su auténtico valor práctico, contextualizarla en el sistema preexistente de fuentes de regulación laboral de la ultraactividad convencional al art. 86.4 ET. Para la mayoría de los análisis que ya se han hecho de esta –necesaria, no solo conveniente–contrarreforma, el retorno a la regla de ultraactividad indefinida ha de marcar un gran cambio de orientación en la actual práctica, convencional y de relaciones de trabajo, a comenzar por los procesos de negociación. A mi juicio, sin embargo, pese al evidenciado simbolismo de este aspecto de la reforma, por considerarse uno de los más lesivos (e irracionales) normativamente de la reforma de 2012, la realidad

es bien diversa, porque, en buena medida, los principales riesgos asociados a tan viciada regulación ex art. 86.3 ET (reforma de 2012), ya había sido ahuyentados por la negociación colectiva (la fuente convencional), así como desactivados por la doctrina jurisprudencial (la fuente del Derecho de precedentes jurisprudenciales), aun con fundamentos discutibles e incluso criterios hermenéuticos bamboleantes, en exceso pragmáticos u oportunistas.

En el plano de la autotutela convencional frente a la lesividad de la reforma de 2012, un reciente Estudio de la CCCNCC muestra una visión más realista de lo sucedido. La naturaleza dispositiva del régimen de ultraactividad legal y la convicción de ambas partes de la unidad negociadora de lo perturbador que sería dejar caducar un convenio ha llevado a que, sean mayoritarios los convenios que mantuvieron la ultraactividad indefinida. Más concretamente: casi 7 de cada 10 convenios colectivos.

A mi juicio, frente a otras valoraciones más negativas de esta capacidad de resiliencia y autotutela de la negociación colectiva frente a decisiones normativas tan irracionales, los datos de la CCNCC son contundentes. Si la denuncia automática parece ser minoría en la práctica convencional (el 68,1% del total de convenios colectivos analizados no utilizan la fórmula de la denuncia automática, frente al 31,9% que sí establecen la denuncia automática del convenio), con las reglas de ultraactividad ocurre lo opuesto. Solo el 36,3% de los convenios colectivos se acogieron a la posibilidad prevista por la ley –ayer como hoy, tras la reforma de 2021– de un régimen de ultraactividad limitada. En este grupo, dos tercios de los convenios (el 24,1% del total) optaron por la vía del artículo 86.3 del ET (establecía una ultraactividad de un año tras la denuncia). Un 8,5% acordaron una ultraactividad entre 13 y 36 meses representan, en tanto que un grupo muy reducido han acogido una ultraactividad menor (de 12 meses, incluso carecen de reglas de ultraactividad -regirá la legalmente prevista de forma subsidiaria, lógicamente)¹².

En términos de personas trabajadoras realmente cubiertas por la ultraactividad de tipo indefinido, ya antes de la entrada en vigor de la reforma de 2021, ese 63,7% de los convenios que tiene una ultraactividad que se prolonga hasta la firma de un nuevo convenio colectivo equivale al 59% del total de las cubiertas por los convenios firmados entre 2016 y el primer semestre de 2021. En el estudio se reflejan dos tendencias de gran significado para este enfoque más templado, y equilibrado, del verdadero impacto logrado por este aspecto de la reforma, claramente desactivado de forma mayoritaria por parte de las unidades de negociación. A saber;

- 1) En primer lugar, se constata una progresiva pérdida de presencia en el total de los convenios de aquéllos que acuerdan una ultraactividad de un año. Del

¹² Vid. CCNCC. Boletín Informativo n. 80, noviembre de 2021. https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Boletin/No_80_noviembre_2021.pdf.

máximo en 2016 (26,5%) alcanzó su mínimo en 2020 (22,9%). Los datos de 2021 confirman la prolongación de la trayectoria descendente al situarse en torno al 20%.

- 2) En segundo lugar, paralelamente, se registra un paulatino aumento de la inclusión de la cláusula que prolonga la ultraactividad del convenio hasta la firma de uno nuevo. Si 2016 marcó el mínimo (59,6%), fue ascendiendo progresivamente hasta situarse en el 67,6% en 2020 y en el 69,5% en el primer semestre de 2021.

Como puede comprobarse, y en contra de la crítica –puramente normativista– de buena parte de analistas, desde hace más de media década siempre han sido mayoría las unidades convencionales que mantuvieron el régimen precedente de ultraactividad indefinida. El mínimo de 2016 supone prácticamente un 60 por cien de convenios colectivos. Una observación que no queda desautorizada, aunque sí exige matización, atendiendo al dato, también registrado en el citado Estudio, conforme al cual, no se produjo una trayectoria igualmente lineal, sino errática, en el porcentaje de personas trabajadoras cubiertas por convenios en los que la ultraactividad se prolonga hasta la firma de un nuevo convenio. Así, en los ejercicios 2019 y 2020 se situó en el 56,4% y el 68,8%, respectivamente, descendiendo al 49,9% en el primer semestre de 2021, lo que supondría que estas cláusulas se acogen en convenios colectivos de menor ámbito subjetivo.

Por supuesto, con la nueva regulación, este porcentaje, tanto de convenios como de personas trabajadoras y empresas cubiertas por ellos, es de esperar que crezca de forma notable, pues la mayoría remitirá al art. 86.4 ET¹³. Así sucedió antes de la reforma de 2012.

3.2. La solución conservadora en el Derecho de precedentes jurisprudenciales en materia de ultraactividad: respuestas equívocas, pero garantistas

Podría pensarse que, aun no mayoritario, sería importante el colectivo de personas trabajadoras que, sin esa autotutela convencional, sí que quedarían al albur del miedo a la incertidumbre sobre las condiciones de empleo y de trabajo en

¹³ El TS tuvo varias ocasiones de pronunciarse sobre la prevalencia del pacto colectivo sobre el régimen legal, puramente subsidiario. En relación con el momento en que debía producirse el pacto expreso de conservación de vigencia del convenio normativo («excepción a la pérdida de vigencia del convenio»), pese a llegar al final del tiempo pactado inicialmente, o prorrogado, sostiene 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 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” (SSTS 17 de noviembre 2015, rec. 321/2014 y 17 de marzo 2015, rec. 233/2013).

caso de caducidad de sus respectivos convenios. ¿Ha sido una práctica de gestión relevante la actualización del riesgo de vacíos reguladores que pudieran llevar a aplicar los temidos mínimos legales? La experiencia dice que no, entre otras razones porque, además de no interesar en modo alguno a la mayoría de las empresas, más allá del fragor de la punja político-ideológica, la doctrina jurisprudencial, tras diversos vaivenes en la doctrina judicial, desarmó toda expectativa de que pudieran producirse soluciones realmente liquidadoras del contenido de los convenios colectivos, aún caducados.

Así puede verse, solo por citar un ejemplo reciente, en la citada STS 855/2021, 7 de septiembre (reitera la doctrina fijada en la STS, 4ª, de 28 de enero de 2020, recurso 1294/2018). El debate radicaba en si debía aplicarse la célebre “*contractualización de las condiciones de trabajo*” o considerar vigente el convenio colectivo de ámbito superior. La doctrina jurisprudencial es clara a la hora de dar preferencia a esta segunda solución, de modo que, siempre que hubiera identificable un convenio colectivo superior que fuese de aplicación, descarta por completo la –muy polémica– tesis de la contractualización de las condiciones de trabajo, sea ab initio o ab origine (acogida excepcionalmente por la STS, 4ª, 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014)¹⁴, sea a posteriori, subyacente o latente, incluso selectiva o “espigueada”¹⁵.

En definitiva, mal que bien, incluso erráticamente, con débiles argumentaciones, lo cierto es que la jurisprudencia logró desarmar, no solo modular o matizar, los efectos potencialmente más distorsionadores o perturbadores de una norma tan defectuosa en el plano técnico como el art. 86.3 ET, incierto e injusto, pero sobre todo tan disfuncional, incluso para un normal funcionamiento competitivo de

¹⁴ La STS 14 de febrero 2019 (rec. 3253/2017) trató de clarificar la difusa doctrina sentada en la STS, 4ª, de 21 de diciembre de 2014, de modo 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».

¹⁵ La –también polémica y confusa– STS, 4ª, de 23 de septiembre 2015 (rec. 209/14), que asume la validez de su doctrina sobre la contractualización *ab origine* y su coexistencia con una eventual existencia de un convenio de ámbito superior lagunoso afirma: “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”.

las empresas, abriendo la puerta a factores de competencia desleal¹⁶. Muy pocos casos han sido (o pocos los llegados a los tribunales) los que sí han mostrado el lado más oscuro asociado a la regla de ultraactividad limitada –ahora derogada– y se han proyectado en un colectivo protegido por convenio, pero sin una relación contractual viva o actual, por tratarse de personas jubiladas. Ese fue el caso de la –a mi juicio muy discutible en su razonamiento– STS, 4ª, 761/2021, 7 de julio (Grupo Endesa), que deja emerger los puntos más débiles de la construcción –errática, pero también errada– de la contractualización ab origine.

En síntesis, la demanda solicitaba que se declarase el derecho de las personas trabajadoras afectados por el conflicto colectivo a mantener los derechos (beneficios) sociales que venían disfrutando hasta el 31 de diciembre de 2018. En concreto, se solicitaba que se declarase el derecho al suministro de energía eléctrica bonificada y a la ayuda escolar del personal denominado pasivo (personal ya jubilado y a los familiares, previsto en el IV Convenio Colectivo Marco del Grupo ENDESA), a pesar de no tener contrato en vigor. Asimismo, se pedía se condenase a las empresas a la restitución de los citados beneficios y a la reparación de daños causados por la aplicación de la decisión empresarial. Sin embargo, el TS, confirmando la sentencia de instancia, en este caso de la AN, la desestima, concluyendo que fue el convenio colectivo el que libremente eligió remite, “prácticamente en blanco”, al art. 86.3 ET, por lo que:

“...esta Sala comparte...que la pérdida de vigencia del convenio implica su desaparición como norma jurídica y que, en consecuencia, desaparecen los derechos y obligaciones respecto de las personas que carecen de vinculación contractual alguna con las empresas a las que se aplicaba el convenio fenecido. Además, no es ocioso reseñar que la pérdida de vigencia del convenio se produjo en la fecha prevista por el propio convenio que los firmantes intentaron prorrogar o modificar durante más de un año de negociaciones en el que hubo alrededor de cincuenta sesiones negociadoras, sin que las partes pudieran llegar a un

¹⁶ Un argumento que tiene cada vez más cabida en el razonamiento jurisprudencial. Piénsese, si bien en el tema diferente del convenio colectivo aplicable en caso de contratas y subcontratas prestadas por empresas multiservicios (que hoy pretende atajarse con la nueva regla del art. 42.6 ET, sin duda algo limitada y decepcionante para corregir los desmanes de estas empresas, que exigirían aplicar el convenio de la empresa principal, en línea con lo que se prevé para las ETT, a las que hacen competencia desleal –aún dentro del mismo grupo empresarial, a menudo–. La STS, 4ª, 438/2020, de 11 de junio, anticipa la actual solución legal ex art. 42.6 ET en un caso en el que la actividad que presta la empresa multiservicios es una sola. Como razón adicional para justificarla tiene en cuenta que “no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios” (FJ 4, punto 1).

acuerdo a pesar de que todas ellas eran sabedoras de las consecuencias de tal falta de acuerdo en orden a la pérdida de vigencia...” (FJ Séptimo).

No creo que esta conclusión fuese la única asumible en el Derecho preexistente. Si bien puso de relieve la inseguridad jurídica (ideal de regulación inherente a toda norma –STC 198/2012– que el art. 86.3 ET, injusta, absurda y disfuncionalmente asumió, por más que fuese avalada constitucionalmente –STC 8/2015–) a que abocaba la norma, estos casos representan apenas una excepción en la práctica mayoritaria correctora, por el Derecho de precedentes jurisprudenciales. En la mayor parte de los casos, con un efecto disuasorio claro en la experiencia empresarial, neutralizó los efectos más potencialmente distorsionadores del Derecho legislado. En realidad, fue adaptando sus respuestas a las circunstancias de cada caso (ej. selección del convenio superior aplicable, validez de los pactos de ultraactividad indefinida, cobertura de lagunas de los convenios colectivos, conservación de condiciones de trabajo incluso en las hipótesis extremas de inexistencia de convenio superior, etc.).

4. PRINCIPALES NOVEDADES DEL ART. 86.4 ET: REFORZAMIENTO DE LA LLAMADA A LAS SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES

4.1. La mediación, forma priorizada de solución extrajudicial de eventuales situaciones de impasse negociador

Ahora (sin perjuicio del periodo transitorio (DT 7ª RDL 32/2021) es el art. 86.4 ET el que ha tomado cartas en el asunto y ha recuperado el modelo de ultraactividad indefinida del convenio colectivo, a fin de reequilibrar normativamente, dando coherencia a la norma con la realidad, el poder contractual de los sujetos negociadores en cada una de las unidades de renegociación. Manteniendo su carácter dispositivo, la regla actual de ultraactividad torna a la solución conservadora de las cláusulas del convenio durante el tiempo en el que se negocia el nuevo, evitando así cualquier vacío normativo que pudiera emerger de la caducidad del convenio cuya vigencia ha fenecido. Sin embargo, no queda exento de todo problema o duda interpretativa, aunque de alcance menor. Veámoslo.

Inalterados los párrafos 1 y 2 del art. 86.3 ET, ahora se suprimen sus párrafos 3 y 4, cuyo contenido, con modificaciones de su texto no irrelevantes ahora se incluyen en el nuevo art. 86.4 ET. En su virtud, lo primero que llama la atención es la llamada que se hace a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos, cuando, q contar desde la denuncia –dice el art. 86.4 ET–, “transcurra un año desde la denuncia del convenio sin que se alcance un nuevo convenio”. En este caso, las partes negociadoras deberán recurrir a las soluciones extrajudiciales de discrepancias previstas en los acuerdos interprofesionales (mediación y arbitraje), a fin de poner fin al impasse negociador en la suscripción del nuevo

convenio. Confirmando la centralidad de la mediación [no se hace referencia a la conciliación] en la cultura de solución extrajudicial de los conflictos laborales de nuestro país, la nueva regulación prevé su desplazamiento por el arbitraje solo si concurre un acuerdo expreso (previo o coetáneo). Ahora se elimina la regla según la cual, “en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral”, el arbitraje tendría “carácter obligatorio”.

Naturalmente, en el nuevo marco de ultraactividad indefinida, en defecto de pacto, el desarrollo y eventual solución final de tales procedimientos de solución extrajudicial de las eventuales discrepancias existentes, no perjudicará la continuidad del convenio, aunque no se haya alcanzado nuevo acuerdo. Esta regla elimina los aspectos de mayor controversia. Pero sigue habiendo algunos desajustes en la literalidad del art. 86.4 ET.

4.2. La naturaleza dispositiva de la ultraactividad indefinida ¿mantiene la puerta abierta a la “contractualización” de las condiciones de trabajo?

El citado extremo carácter pragmático que asumió esta –polémica– construcción, más bien invención ocasional u oportunista, del TS, evidenciaría que, eliminada la regla legal que “forzó” su fijación, para evitar males (distorsiones) mayores, decaída la misma. Parafraseando las célebres palabras de Kirchmann, una palabra legislativa de reforma y repertorios de jurisprudencia devienen papel mojado. Sabemos que esta expresión radical de positivismo legislativo no se compadece bien con la realidad jurídica, que hace que más de una construcción jurisprudencial persista, incluso en contra de la voluntad del poder legislativo. En la actual reforma (2021) hay más de un ejemplo en el que la norma legal ha rectificado una doctrina jurisprudencial y, curiosamente, no para establecer un régimen más garantista, sino para lo contrario, para abrir puertas (al menos ventanas) de flexibilidad contractual (ej. la habilitación a las ETT para concluir contratos indefinidos fijos-discontinuos, lo que había rechazado la doctrina de unificación, cierto que a través de una mayoría pírrica; o la previsión de utilizar el nuevo contrato “eventual” o relativo a las circunstancias de la producción para las oscilaciones de plantilla que se produce con el periodo de vacaciones anuales, pese a que el TS ya había logrado alcanzar una posición clara, tras diversas decisiones erráticas).

¿Y respecto de esta cuestión? Podría pensarse que esta construcción carece de toda razón de ser con la ultraactividad indefinida, pues la doctrina del TS es clara al rechazar la teoría de la “contractualización” cuando hay un convenio colectivo aplicable, ya fuese, en su día, el convenio superior aplicable, ya, ahora, el convenio en ultraactividad. Ahora bien ¿qué pasaría en aquellos casos en los que el convenio colectivo acoja una cláusula de ultraactividad limitada y no se consiga alcanzar un nuevo acuerdo? Esta situación pudo darse antes de la reforma de 2012 y, sin embargo, no planteó ningún conflicto que pudiese llegar a los Tribunales y plantear

esta eventual opción. En consecuencia, y sin descartar de forma radical que pudiese darse alguna situación que hiciera desempolvar tan polémica construcción, a mi juicio, 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. Veremos.

4.3. ¿Ultraactividad el día de la firma del convenio?: ¿Cuándo surte efectos su denuncia?

El nuevo art. 86.4 ET impide que la denuncia (no en sí el fin de vigencia pactada), tras el preaviso previsto en el convenio produzca la pérdida de eficacia del convenio colectivo. Pero ello no evita una de las distorsiones que, derivadas de desajustes textuales normativos, se detectaron en la práctica y avalado por la jurisprudencia¹⁷. Me refiero a la posibilidad de que el convenio sea denunciado en un momento inicial, en extremo al día siguiente de entrar en vigor. Esta cuestión queda a la libre disposición de las partes.

La reforma no ha sido aprovechada para solventar estas dudas, quizás de escasa incidencia práctica, pero perturbadoras en determinadas situaciones, sobre todo respecto de la vigencia de cláusulas obligacionales, como las relativas a las cláusulas de tregua o paz sindical (o incluso relativas a procedimientos de solución extrajudicial de convenios). Al respecto, debe recordarse que mientras el art. 86.3 ET señala que la vigencia de un convenio colectivo, “una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio”, el art. 86.4 ET dice –se recordará– que transcurrido un año “desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio, las partes deberán someterse...”. Momento relativo a la denuncia que marcará igualmente, según el art. 86.3, párrafo segundo, el decaimiento de las cláusulas de paz sindical.

A partir de esta persistencia del marco normativo y la experiencia práctica referida, la doctrina científica viene planteándose la cuestión de cuando debe surtir sus efectos la denuncia del convenio (acto siempre de notificación declarativa de no continuidad de lo pactado una vez transcurrido el plazo o término previsto, por tanto no constitutivo, según la doctrina científica más solvente en la materia¹⁸):

¹⁷ La STS, 4ª, de 3 de febrero 2015, rec. 318/2013, resolviendo un recurso de casación frente a la sentencia de instancia (AN), que confirma, avala que la denuncia del convenio tenga lugar el mismo día de la firma del convenio colectivo (en consecuencia, incluso antes de su registro y publicación) (FD 4º).

¹⁸ Que, además, viene señalando a esta institución (ejercida en el plazo de preaviso fijado) dos funciones esenciales, como son eludir la prórroga (“tácita reconducción”) del convenio cuando llega al fin de la duración inicial pactada, de un lado, y liberar del deber de cumplimiento de

¿bien cuando finalice la vigencia pactada (lo que parece más razonable) o bien al día siguiente de la entrada en vigor de aquel (lo que resulta altamente incoherente, por más que se desprenda de las amplísimas facultades de determinación temporal para las partes? A falta de una solución modernizadora y de coherencia sistemática (la denuncia sólo puede producir sus efectos cumplida la duración pactada –no puede ver ultraactividad al día siguiente de la entrada en vigor del convenio–), es momento de reinterpretar la textualidad para evitar situaciones absurdas, como que decaigan las cláusulas obligacionales (término clásico que sigue eludiendo la regulación, que solo habla de las “cláusulas de paz sindical”; habría que incluir también las relativas al sometimiento a los procedimientos de mediación y arbitraje; entre otras) con antelación a la terminación de la vigencia pactada¹⁹.

4.4. El régimen transitorio para las reglas de ultraactividad: una pretensión de eficacia lo más inmediata posible

La reforma laboral 2021 ha cuidado significativamente las cuestiones relativas al régimen transitorio, seguramente por la convicción de crear las menores perturbaciones posibles respecto del régimen precedente. Por lo general, se marca como objetivo no solo tiempos de adaptación y tránsito (ej. DA 6ª para la aplicación del art. 42.6 ET -aplicación del convenio de sector), sino de conservación del régimen precedente a situaciones previas (*tempus regit actum*). La ultraactividad cuenta también con su régimen transitorio, aplicable a los convenios colectivos denunciados a la fecha de la entrada en vigor de la norma de urgencia, conforme a la DT 7 RDL 32/2021.

A su tenor:

“los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley [31 de diciembre de 2021], y en tanto no se adopte un nuevo convenio, mantendrán su vigencia en los términos establecidos en el artículo 86.3 ET en la redacción dada por el presente real decreto-ley”.

A diferencia de lo que sucede en otras ocasiones, el significado práctico de esta norma de derecho transitorio es meridianamente clara: la ley quiere que todo convenio colectivo que deba negociarse a partir de la entrada en vigor de

las cláusulas obligacionales –continuando las normativas–. Vid. Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. Nueva reforma laboral 2021: valoraciones críticas sobre su impacto en la negociación colectiva (prioridad aplicativa y ultraactividad).

<https://ignasibeltran.com/2022/01/11/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-su-impacto-en-la-negociacion-colectiva-prioridad-aplicativa-y-ultraactividad/>.

¹⁹ Coinciden en este análisis tanto el profesor Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (ob. cit.) como la profesora Merino Segovia, Amparo (ob. cit.).

la reforma, por realizarse en esa fecha su denuncia, deberá beneficiarse ya de la ultraactividad indefinida. Y ello al margen de cuál sea la cláusula de ultraactividad que contenga, temporal o limitada.

5. CONCLUSIÓN

Como era muy de esperar en una reforma negociada y pactada a tres bandas, tras las modificaciones del ET con el RDL 32/2021, la negociación colectiva gana notablemente en contenidos y dinamismo negociador, al avanzarse en la revisión de parte del equilibrio perdido entre los poderes contractuales del banco social y el económico. A este crecido dinamismo no será un obstáculo el retorno al modelo legal de ultraactividad indefinida, siempre en defecto de pacto de autonomía colectiva. Aunque, a decir verdad, pese a todas las proclamas realizadas en la antesala de la convalidación parlamentaria de esta nueva norma socialmente dialogada de urgencia, los aspectos más lesivos del modelo legal de ultraactividad temporal elegido, también con naturaleza dispositiva, por el art. 86.3 ET en la versión de 2012, ya habían sido ampliamente desactivados o neutralizados por las otras dos fuentes de regulación de las relaciones de trabajo, la autonomía colectiva y la doctrina jurisprudencial, el regreso al modelo de ultraactividad indefinida como la regla subsidiaria legal en defecto de pacto devuelve seguridad jurídica y paz social.

Se trata de dos condiciones del sistema de relaciones de trabajo en general, y de las convencionales en particular, que resultan claves para que la negociación colectiva sigue siendo el instrumento central en la ordenación del trabajo, tanto en función distributiva (garantía de derechos) como en la productiva (mejora de la gestión empresarial). En este sentido, la contrarreforma en este punto debe valorarse muy positivamente, para ambas partes. También por su incidencia en otros aspectos relevantes de la negociación colectiva laboral, la estructura negocial, evitando crear elementos distorsionadores en la elección de gobernanza de los sujetos negociadores, aunque la posición mayoritaria del TS haga que en materia de prohibición de concurrencia la contrarreforma no tenga impacto. En todo caso, sí se echa de menos que la ley no aproveche esta oportunidad para resolver algunos desajustes normativos que merecen ser atendidos por una ley –parlamentaria– más acorde a lo que ya exige modernizar las relaciones de trabajo: un Estatuto de las personas trabajadoras para el siglo XXI, con el debido diálogo social y, cómo no, parlamentario.

LAS CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN FORZOSA EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS TRAS LA LEY 21/2021

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA

*Acreditado a Catedrático de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social*
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras clave: jubilación forzosa, contenido convenio colectivo, envejecimiento activo

La enésima reforma de la disposición adicional 10ª del ETT trae grandes novedades, logrando un equilibrio entre política de empleo, sostenibilidad del sistema y derecho a la no discriminación. Así, por vez primera puede afirmarse que los “objetivos coherentes” de política de empleo son muy concretos, consiguiendo el tan ansiado relevo generacional, relevo que –en caso de pactarse– será forzoso a los 68 años, cosa que permite cohesionar el fomento del empleo juvenil con el del retraso del cese de la actividad (en aras de la sostenibilidad del sistema de pensiones y la no discriminación). Dejan de coincidir la edad a que se “puede” y se “debe” jubilar una persona, lo que nos mostrará hasta qué punto los trabajadores se jubilaban a los 65 o los jubilaban a esa edad. Por último, se incorpora la perspectiva de género, como una excepción en la que el fomento del empleo femenino se antepone al retraso del cese de la actividad.

ABSTRACT

Key words: forced retirement, collective agreement content, active aging

The umpteenth reform of the 10th additional provision of the ETT brings great novelties, achieving a balance between employment policy, sustainability of the system and the right to non-discrimination. Thus, for the first time it can be stated that the “coherent objectives” of employment policy are very specific, achieving the longed-for generational replacement, a replacement which - if agreed - will be forced at the age of 68, which makes it possible to reconcile the promotion of youth employment with that of delaying the cessation of activity (for the sake of the sustainability of the pension system and non-discrimination). The age at which a person “can” and “should” retire no longer coincide, which will show us to what extent workers retire at 65 or are retired at that age. Finally, the gender perspective is incorporated, as an exception in which the promotion of female employment takes precedence over the delay in the cessation of activity.

ÍNDICE

1. CRÓNICA DE LOS VAIVENES LEGISLATIVOS
2. LAS NUEVAS CLÁUSULAS POR JUBILACIÓN FORZOSA TRAS LA LEY 21/2021, DE 28 DE DICIEMBRE
 - 2.1. Finalidad
 - 2.2. Requisitos subjetivos
 - 2.3. Relevo generacional de calidad: contrato indefinido y a tiempo completo
 - 2.4. Perspectiva de género: sustitución por una mujer en sectores en el que estén subrepresentadas
3. LAS REGLAS TRANSITORIAS Y SU IMPACTO EN LOS CONVENIOS VIGENTES A 1 DE ENERO DE 2022
4. CONCLUSIONES

1. CRÓNICA DE LOS VAIVENES LEGISLATIVOS

El cese forzoso de la relación laboral por cumplimiento de la edad pensionable ha estado presente en nuestro Ordenamiento Jurídico desde mediados del siglo pasado¹, aunque desde antiguo ha sido una causa extintiva poco pacífica por colisionar con el derecho al trabajo, reconocido en su momento en las Leyes Fundamentales² y posteriormente en la Constitución de 1978. No procede realizar un repaso exhaustivo de todos los vaivenes legislativos acontecidos en estas décadas³ (“vaivenes difíciles de entender”, en palabras del TS)⁴, que dan para un “culebrón jurídico”⁵, pero si –en orden a subrayar la importancia de la reforma

¹ Algunas Reglamentaciones de Trabajo comenzaron a fijar límites en la edad de trabajar en los años cuarenta (v.gr., RENFE, en 1944; Tabacalera en 1946; Banco de Crédito Local en 1948; Banco de España en 1948), *Cfr.* De La Villa Gil, L.E. y Montalvo Correa, J.: “La jubilación forzosa en los convenios colectivos”, *Revista General de legislación y jurisprudencia*. 1967, núm. 2, págs. 378395.

² Frente a las primeras Reglamentaciones de Trabajo que contemplaron el cese forzoso, el Ministerio de Trabajo dictó una Orden (1 de julio de 1953), que aclaró que «la jubilación por edad es siempre un derecho del trabajador, quien podrá ejercitarlo cuando reúna las condiciones y requisitos establecidos en las disposiciones que lo regulan» (art. 1), sin perjuicio de la facultad de las empresas de despedir por ineptitud (por la vía del artículo 77 d) de la Ley de Contrato de Trabajo). Rodríguez-Sañudo, F.: “La extinción de la relación laboral por edad del trabajador”, *Revista de Política Social*, núm. 97, 1973., págs. 56 a 61.

³ Para ello, ver Tomás Jiménez, N.: “La jubilación forzosa y su evolución legislativa”, en Monereo Pérez y Maldonado Molina (Dirs.), *La Edad de Jubilación*. Comares, Granada, 2011, págs. 245 y ss.

⁴ STS núm. 409/2016, de 11 de mayo, Rec. 2530/2014, Fundamento de Derecho Tercero.

⁵ Molina Navarrete, C.: “A vueltas con las “cláusulas de jubilación forzosa”: Nuevos capítulos para una ¿“historia interminable”?, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, tomo 1, 2007.

introducida por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre— remarcar cuáles ha sido los objetivos buscados por los negociadores con la introducción de este tipo de cláusulas en la regulación sectorial y su aceptación o rechazo por el legislador.

Antes de 1980, la jubilación era predominantemente voluntaria, siendo excepcionales las Reglamentaciones que contemplaban el cese por edad, y lo hacían asumiendo que el cumplir una edad conlleva necesariamente que la presunción *iure et de iure* de incapacidad. En ese contexto, la Disposición adicional 5ª del ETT de 1980 supuso un cambio radical al introducir un límite máximo general para la edad de trabajar a los 69 años⁶, pero con la finalidad político-económica de crear empleo, dejando constancia también de que la edad máxima para trabajar era una variable al servicio “de las disponibilidades de la Seguridad Social”. Por tanto, una válvula que podía ajustarse vía heterónoma (69 años condicionado a completar períodos de carencia, para acceder a la prestación, no para obtener la pensión completa⁷) o por la autonomía colectiva (libremente)⁸. Recapitulando, con el ETT de 1980 se fija una edad máxima, pero que puede ser distinta vía negociación colectiva, sin que en ningún caso se vincule a la edad de jubilación.

Este panorama no varió sustancialmente con la aprobación del TR del Estatuto de los Trabajadores de 1995, aunque se subrayó que la política de empleo debía ser la meta de la jubilación forzosa, sintetizando parte de la doctrina constitucional⁹,

⁶ Literalmente indicaba: «La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación.

En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos».

⁷ Esteve Segarra, A.: *La jubilación forzosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 14.

⁸ En el párrafo segundo se habilitaba a la negociación colectiva para fijar libremente edades de jubilación. El problema radicaba en la posible inconstitucionalidad del precepto (de ambas párrafos), que —como es sabido— resolvió el TC dictando una “sentencia interpretativa” (la STC 22/1981, de 2 de julio) en la que declaró «que es inconstitucional (...) interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad»; fallo con el que el TC no resolvió las dudas suscitadas respecto al párrafo 2º (deslegalización operada por la vía de la negociación colectiva, para la fijación de la edad de jubilación, sin que estuviera claro si se refería a jubilación voluntaria o también forzosa), dudas zanjadas con un nuevo pronunciamiento dedicado concretamente este párrafo: STC 58/1985, de 30 de abril, que aclaró que es un precepto que permite y autoriza a la negociación colectiva a fijar una edad de jubilación forzosa, y no sólo a facilitar la jubilación voluntaria.

⁹ Planteando la dudosa corrección técnica de que un Texto Refundido acoja los criterios aplicativos de una STC interpretativa, véase Casas Baamonde, M.E. y Valdés Dal-Ré, F.: “Legislación delegada y ordenamiento laboral: el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, 1995, págs. 60 y 61; y Gete Castrillo, P.: *La edad*

pórtico y principio inspirador tanto de la regulación heterónoma (del Gobierno), y la autónoma (negociación colectiva). La D.A. 10ª ETT (con el título «Límite máximo de la edad de trabajar») mantuvo incólume el segundo párrafo de la D.A. 5ª ETT de 1980. El primer párrafo (regulación heterónoma), omitió los 69 años como límite máximo de la edad de trabajar. Con este texto la jubilación debía considerarse –con carácter general– un derecho del trabajador, aunque se permitía la limitación de la capacidad de trabajar de la mano de esas dos instancias. Por tanto, sigue sin vincularse a la edad pensionable, no se fija edad alguna, y se condiciona a que se tenga derecho a la pensión en el caso de la regulación heterónoma.

Sin embargo, ni el deseo del TC de que se observaran tales condicionamientos, ni la posterior plasmación y exigencia de los mismos por parte de la disposición DA 10ª, causaron sobre la negociación colectiva la efectividad pretendida¹⁰. Si bien es cierto que las cláusulas convencionales de jubilación forzosa comenzaron a respetar el derecho del trabajador afectado a la percepción de su correspondiente pensión –cumplimiento del periodo de carencia mínima exigida–, también lo es que en la mayor parte de ellas se hizo caso omiso a la necesidad de que dicho cese forzoso se vinculase a la consecución de fines relacionados con una política de empleo –reparto y fomento de empleo–¹¹. Incluso tales prácticas encontrarían en varias ocasiones el propio respaldo de los tribunales y particularmente del TS, que desatendiendo los criterios interpretativos del TC, y avalado en la indeterminación de la noción política de empleo (en la que tendrá cabida no sólo la no amortización de puestos de trabajo, sino también cualquier medida que se limite a garantizar el mantenimiento de la empresa en dificultades para evitar la pérdida de empleos) llegó a aceptar la validez de estas cláusulas presumiendo que el propio convenio ya incorporaba objetivos de política de empleo aunque no los explicitara¹².

En este contexto de fijación habitual de la jubilación forzosa, y de jubilaciones anticipadas mayoritarias, en 2001 se produce el primer cambio de rumbo, al acordarse dentro del Pacto de Toledo el objetivo el fomento del retraso de la edad

del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 207.

¹⁰ Maldonado Molina, J.A.; Granados Romera, I.; Romero Coronado, J.; Caballero Pérez, Mª.J.: “La pensión de jubilación: Configuración general y modalidad contributiva”, en Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª.N. (Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futura: homenaje al profesor Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008, pág. 597.

¹¹ Sempere Navarro, Av., Meléndez Morillo-Velarde, L. y Gómez Caballero, P.: “Apuntes sobre la jubilación forzosa”, *Aranzadi Social*, núm. 25, 2006, págs. 15-16.

¹² Maldonado Molina, J.A.; Granados Romera, I.; Romero Coronado, J.; Caballero Pérez, Mª.J.: “La pensión de jubilación: Configuración general y modalidad contributiva”, *op. cit.*, pág. 597.

del cese de la actividad¹³, lo cual resultaba incompatible con la habilitación legal de un límite máximo de edad para trabajar. Y en marzo de 2001¹⁴ se deroga, sin mayores ambages ni reglas transitorias, la Disposición adicional décima del ETT, considerando que la jubilación forzosa es un «instrumento de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales»¹⁵. Fue una derogación coherente con las nuevas orientaciones que apuestan por retrasar el cese en el trabajo, máxime teniendo en cuenta los limitados resultados que estaba teniendo como instrumento de política de empleo¹⁶. Pero supuso dejar sin apoyatura legal a la jubilación forzosa prevista por negociación colectiva, generando un amplio debate científico y divergentes pronunciamientos jurisprudenciales sobre si las cláusulas ya establecidas habían sido derogadas o eran válidas hasta que terminase la vigencia del convenio colectivo del que forman parte, y si podían incluirse en futuros convenios, ya que no se había prohibido, sino dejado sin apoyo legal¹⁷, situándose parte de la doctrina en la línea de que derogada la norma autorizante, no debe admitirse la fijación de edad de cese forzoso en la negociación colectiva¹⁸.

La negociación colectiva no aceptó que la derogación de la habilitación legal, produciéndose *de facto* una “desobediencia” de los agentes sociales, que

¹³ Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, de 9 de abril de 2001. *Cfr.* Monereo Pérez, J. L.: “La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”, *Relaciones Laborales*, núm. 24, 2001, págs. 11-52.

¹⁴ RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

¹⁵ Exposición de Motivos Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. Esta Ley ratificó la derogación aprobada por el RD-ley, aunque matizó su justificación.

¹⁶ Molina Navarrete, C. y García Giménez, M.: “Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 217, 2001, pág. 15.

¹⁷ Escudero Rodríguez, R.: “Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001”, *RL*, núm. 10, 2001, pág. 107; Mella Méndez, L.: “Sobre la posibilidad de seguir pactando en convenio edades de jubilación forzosa tras la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores”, *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2002, pág. 219; Rodríguez-Piñero, M., Valdés Dal-Ré, F., y Casas Baamonde, M^a.E.: “La reforma del mercado de trabajo “para el incremento del empleo y la mejora de su calidad”, *Relaciones Laborales*, núm. 7, 2001, pág. 24.

¹⁸ En esta línea, Alarcón Caracuel, M.R.: “Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001”, *Revista de Derecho Social*, núm. 15, 2001, pág. 68; Alonso Olea, M., y Casas Baamonde, M.E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 2001, pág. 505; Albiol Montesinos, I., Camps Ruiz, L.M. Y Goerlich Peset, J.M.: *La reforma laboral en el Real Decreto-ley 5/2001*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 84; García Viña, J.: «Regulación en convenio colectivo de cláusulas de jubilación forzosa (derogación de la D. Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores). Reformas introducidas por el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo», *Tribuna Social*, núm. 124, 2001, pág. 35.

continuaron incluyendo tales cláusulas¹⁹, al considerar que la Constitución les habilitaba a ello. Esto es un dato a subrayar, porque sirve para entender por qué la Ley 21/2021 ha “permitido” las cláusulas de jubilación forzosa pero en condiciones que las hace irrelevantes, y es que el legislador prefiere fijar un marco legal angosto, a que no haya ninguno. La controversia jurídica (que no la política) se resolvió con dos SSTs de 9 de marzo de 2004 (recursos 765/03 y 2913/03) (reiteradas por otras muchas)²⁰, concluyendo que la negociación colectiva no puede establecer nuevas cláusulas de jubilación forzosa tras 2001 por necesitar de la habilitación de la ley, pero reconoce validez a las cláusulas ya vigentes en el momento de la reforma y a sus sucesivas prórrogas, pero solo si se trata de una prórroga tácita, y no una novación²¹.

Tratando de recuperar la habilitación para volver a fijar cláusulas de jubilación obligatoria, el diálogo social abordó esta problemática, solicitando al Gobierno su restitución (alegando dotar de seguridad jurídica a la negociación colectiva²², aunque entendemos que con la STS ya se había conseguido esa seguridad, y lo que pretendían los interlocutores sociales era poner en valor la fuerza vinculante de los convenios reconocida constitucionalmente, que es lo que en el fondo se reprochaba a la Sentencia de 2004). Siguiendo este Acuerdo Social, la Ley 14/2005, de 1 de julio, rescató la D.A. 10ª, pero con importantes matices, y es que:

- Ya no es una regla habilitante para la intervención heterónoma y autónoma, sino solo para esta última, como queda manifiesto con la nueva rúbrica de la disposición: «Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación».

¹⁹ Elorza Guerrero, F.: “La jubilación forzosa del trabajador por convenio colectivo como causa de extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 77, 2004, págs. 292 y ss.

²⁰ Sobre esta importante Sentencia, Álvarez Cortés, J.C.: “¿Un efecto más de la jubilación gradual y flexible?: La imposibilidad de fijar edades de jubilación forzosa en la negociación colectiva. (O de como el Tribunal Supremo sigue malinterpretando la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la libertad negocial y la jubilación forzosa)”, *Temas Laborales*, núm. 75, 2004, págs. 263-281; García Ninet, I.: “Derogación de la disposición adicional 10.ª del Estatuto de los Trabajadores de 1995. Extinción de la relación laboral al amparo de la cláusula del convenio que establecía la jubilación forzosa a los 65 años. ¿despido nulo? A modo de visión panorámica de las cuestiones principales. Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2004”, *Tribuna Social*, núm. 161, mayo, 2004, págs. 5-14; Molina Navarrete, C.: “Un error judicial no se corrige con otro: la licitud de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa condicionadas”, *La Ley*, núm. 6026, 26 mayo de 2004, pág. 1-5.

²¹ STS de 31 de enero de 2006, RJ 2006\4417. Siguiendo este criterio, se admitió la jubilación forzosa de los controladores aéreos. Cfr: Maldonado Molina, J.A.: “La edad de jubilación de los controladores aéreos”, *Temas Laborales*, núm. 105, 2010, pág. 212.

²² Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, vigente para 2004, y Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004.

- Debe vincularse a objetivos coherentes de política de empleo, enunciando una lista abierta y genérica de opciones al respecto²³.
- No se vincula al cumplimiento de una edad cualquiera, sino la edad ordinaria de jubilación, sin que haya libertad en cuanto a la edad.
- Como desde 1980 ocurriera con la jubilación forzosa fijada por el Gobierno, la fijada en la negociación colectiva se condiciona a que el sujeto tenga derecho a la pensión (período de carencia y demás requisitos), habilitando a la negociación colectiva a que se supedite a un período de cotización superior al mínimo exigido por la LGSS.

La Ley 14/2005 evitó caer en el error de la Ley 12/2001, y fijó un régimen transitorio para los Convenios aprobados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, cláusulas que se consideraron válidas «siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva», aunque añadiendo una exclusión, y es que estas exigencias no se predicaban para las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor. Solo subrayar que precisamente esta Disposición transitoria fue motivo de nueva litigiosidad, tanto en el ámbito de su colisión con 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 (STJCE 16 de octubre de 2007, TJCE 2007, 272 [asunto Palacios de la Villa])²⁴, como qué debía entenderse por “situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza”²⁵, con pronunciamientos del TC, en los que ya se interpretan estas limitaciones a la vista de la Directiva 2000/78/CE, traspuesta por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

La Ley 27/2011, de 1 de agosto, endureció los requisitos, incluyendo por vez primera una garantía de que el jubilado forzosamente no solo tuviera derecho

²³ Mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo, lista abierta por tanto (Molina Hermosilla, O, “El nuevo Ave Fénix. Reflexión a propósito de la Ley 14/2005 sobre cláusulas convencionales relativas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación” *Aranzadi Social*, núm. 14, 2005, pág. 1325).

²⁴ Sobre la misma, Gómez Gordillo, R.: “TJCE- Sentencia de 16.10.2007, Palacios de la Villa, C-411/05- Jubilación forzosa prevista en convenio colectivo y discriminación por motivos de edad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 30, 2008.

²⁵ *Cfr.* Alzaga Ruiz, I.: “Jubilación forzosa pactada en convenio: el respeto de las situaciones jurídicas que han alcanzado firmeza con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/2005, de 1 de julio”, *Aranzadi Social*, 2006, tomo I, págs. 3176-3181, (BIB 2006/500); Cabeza Pereiro, J.: “Nuevos debates sobre el régimen jurídico de la jubilación forzosa tras la Ley 14/2005, de 1 de julio”, *Actualidad Laboral*, núm. 8, abril, 2006, págs. 890-918.

a una pensión, sino a la cuantía de la misma, evitando que el cese obligatorio menoscabara su futura pensión, al requerir que el período cotizado le permita alcanzar un porcentaje del 80 por ciento de la base reguladora (aunque los Convenios podían exigir un porcentaje mayor, como ocurría en ocasiones)²⁶. Por lo demás, no hay novedades, manteniendo la misma rúbrica, vinculándolo a la edad ordinaria de jubilación (que tras esa Ley ya no es única, sino que depende de la vida laboral cotizada y difiere según las reglas transitorias previstas en la misma). Solo hay otra regla novedosa, y es el último párrafo introducido, en el que «se habilita al Gobierno para demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la modificación prevista en esta disposición adicional». Esta habilitación no se usó, porque en menos de un año se aprobó otra norma, con un nuevo giro: la Ley 3/2012.

En efecto, la Disp. Final cuarta. 2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio –titulada medidas para favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad– (antes RD-Ley 3/2012), dio una nueva redacción a la D.A. 10ª, que manteniendo su rúbrica, declaró nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación. No ocurrió como en 2001, ya que ni se derogó la D.A. 10ª, ni se hizo sin contemplar un régimen transitorio, que en este caso se recogió en la disposición transitoria 15ª de la Ley 3/2012, que indicaba que prohibición de las cláusulas de jubilación forzosa se aplicaría a los convenios colectivos que se suscribieran a partir de la entrada en vigor de esta ley, pero también a los suscritos con anterioridad, distinguiendo según que la finalización de la vigencia inicial pactada en los convenios se produzca después de la fecha de entrada en vigor de la ley (en cuyo caso la prohibición se producirá a partir de la fecha de la citada finalización), o ya se hubiera producido antes de la fecha de entrada en vigor de esta ley (aplicándose en tal caso desde la entrada en vigor de la Ley). El veto a las nuevas cláusulas de jubilación forzosa llegó al TC, que lo declaró acorde a la Constitución, ya que tan válida era la limitación del derecho bajo el objetivo de promover el reparto del trabajo, lo es ahora “otra política de empleo basada en la facilitación de la continuidad en el empleo de quienes habiendo superado la edad legal de jubilación desean continuar con su vida laboral activa, con sustracción en consecuencia de esta materia a la potestad negociadora de los representantes de los trabajadores y empresarios”, lo que “encuentra perfecto acomodo también a los mandatos y objetivos constitucionales”²⁷. Por tanto, desde julio de 2012, primaba el derecho al trabajo de los trabajadores de edad avanzada, frente a una limitación cuyos frutos en materia de empleo nunca se han corroborado.

²⁶ *V.gr.*, CC. de RTVE (Res. de 15 de noviembre de 2011, BOE de 28 de noviembre de 2011).

²⁷ STC de 22 de enero de 2015 (Recurso de Inconstitucionalidad núm. 5610/2012).

Cuando ya creíamos que eran una figura extinguir²⁸, tras seis años sin novedades legislativas al respecto, habiendo interiorizado que el Envejecimiento activo es incompatible con impedir el derecho al trabajo por edad, en 2018 se retorna al escenario de 2011, nuevamente por impulso de la concertación social, que sigue creyendo que la jubilación forzosa es una medida que ayuda a reducir el desempleo juvenil²⁹. Esta petición se materializa en la D.F. 1ª del RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, que da nueva redacción a la D.A. 10ª ETT (y deroga el régimen transitorio de la Ley 3/2012)³⁰, en términos similares a los de 2011, pero con un matiz, y es que en lugar de requerir que la pensión a obtener representara el 80 por ciento, se exige el 100 por ciento. En lugar de hablar de edad ordinaria habla de edad legal, pero sin que se refiera a edades distintas. Por lo demás, en lo relativo a la política de empleo, sigue siendo absolutamente genérica³¹, por lo que presagiaba que volvería a ser coartada de despidos a trabajadores maduros a cambio de empleo de poca calidad, contrariando tanto la Directiva 2000/78/CEE, de 27 de noviembre, como las políticas de envejecimiento activo y fomento del retraso del cese de la actividad recogidos en el Pacto de Toledo³².

Toda este tortuoso camino de desencuentros entre lo que desean los agentes sociales (cese forzoso con objeto de incorporar a los jóvenes) y los Gobiernos (respeto del derecho individual al trabajo y sostenibilidad del sistema de pensiones), finaliza con la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, que materializa el primer acuerdo social en el que si bien se mantienen estas cláusulas (con reales garantías de responder al relevo generacional), paralelamente se atiende el fomento del retraso del cese de la actividad en pos de la necesaria sostenibilidad del sistema de pensiones, con unas reglas novedosas, como se evidencia en la Tabla 1.

²⁸ Poquet Catalá, R.: “Una institución jurídica a extinguir: las cláusulas de jubilación forzosa”, *Temas Laborales*, núm. 128, 2015.

²⁹ IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, de 5 de julio de 2018, que insta a introducir cambios legales para volver a habilitar a la negociación colectiva a prever cláusulas de jubilación obligatoria por edad ligadas a objetivos de políticas de empleo y relevo generacional. Sobre las justificaciones dadas por los agentes sociales para el retorno de este tipo de cláusulas, ver Fernández Martínez, S., “La vuelta de las cláusulas de jubilación forzosa a los convenios colectivos”, en VV.AA., *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Tomo I, Laborum, Murcia, 2019, pág. 227.

³⁰ Barrios Baudor, G.L., “El regreso de la jubilación forzosa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2019.

³¹ La medida deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo.

³² En este sentido, Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: “Notas sobre las aportaciones del RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema de pensiones y en la jubilación forzosa”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 18, 2019, págs. 24 y 25.

Tabla 1. Cuadro resumen de la evolución legislativa sobre cláusulas de jubilación forzosa

	TÍTULO	OBJETIVO			EDAD		PENSIÓN	EMPLEO
ETT 1980					-69 (Gobierno) -Libre (CC)			
ETT 1995	Límite máximo de la edad de trabajar	Política de empleo			-Disponibilidad SS y mercado (Gobierno) -Libre (CC)		Periodo carencia (Gobierno)	
Ley 12/2001		Derogada						
Ley 14/2015	Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación	Política de empleo Periodo carencia Porcentaje 80%			Edad ordinaria jubilación		Periodo carencia	-Mejora estabilidad empleo -Contratos temporales en indefinidos -Sostenimiento del empleo - Nuevas contrataciones -Cualesquiera otros favorezca calidad empleo
Ley 27/2011								
Ley 3/2012		Nulas						
RDI 28/2018		Política de empleo			Edad legal jubilación		Periodo carencia	Igual que Ley 14/2015 y Ley 27/2011, más el relevo generacional
Ley 27/2021		Prolongar vida laboral	Política empleo	Igualdad de género (supuesto excepcional)	68	Edad ordinaria (supuesto excepcional)	Porcentaje 100%	Contratación indefinida y a tiempo completo (simultánea en el supuesto excepcional)

Fuente: elaboración propia

2. LAS NUEVAS CLÁUSULAS POR JUBILACIÓN FORZOSA TRAS LA LEY 21/2021, DE 28 DE DICIEMBRE

La enésima reforma de la D.A.10ª ETT –acometida esta vez por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre– (que vuelve a tener su origen en el diálogo social³³) aporta elementos novedosos respecto de las precedentes, tanto por el objetivo

³³ Acuerdo Social de 1 de julio de 2021, sobre el primer bloque de medidas para el equilibrio del Sistema, el refuerzo de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas en cumplimiento del Pacto de Toledo y del Plan de Recuperación, Transformación y

buscado, como por las reglas introducidas. Así, las novedades las agrupamos en cuatro categorías: finalidad; requisitos subjetivos; requisitos del reemplazo; y perspectiva de género.

2.1. Finalidad

El fomento del empleo pasa a ser secundario respecto al fomento del retraso en el cese de la actividad, endureciendo la posible jubilación forzosa, salvo cuando incide la perspectiva de género (cuestión novedosa también). Los requisitos de las nuevas cláusulas se redactan como medida coadyuvante de la “Jubilación demorada”³⁴. El Acuerdo Social de 1 de julio de 2021, enmarca esta reforma dentro del grupo de medidas dirigidas a favorecer el acercamiento voluntario de la edad efectiva con la edad de jubilación³⁵. Y la Memoria del Anteproyecto lo conecta directamente con los incentivos para demorar la jubilación. Así, para la puesta en marcha de nuevos incentivos al mantenimiento voluntario del trabajo a partir de la edad ordinaria, el Ministerio recoge una encuesta en la que se refleja que «un tercio de las personas que respondió la encuesta dice que la decisión de jubilarse no es suya: viene impuesta por el empleador»³⁶, lo cual considera la Memoria podrá revertirse con la modificación de la D.A. 10ª ETT: que la negociación colectiva no sea un obstáculo para retrasar el cese de la actividad, cese que se incentiva como nunca como un premio que sin duda atraerá a muchos.

Ya la entrada de la nueva disposición adicional deja clara esta prioridad:

“En aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años”.

Resiliencia. Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Documents/2021/070721-acuerdo_pensiones.pdf.

³⁴ La jubilación “demorada” es probablemente la gran apuesta de la Ley 21/2021 en orden al incremento de la edad real de retiro, ya que –junto con el porcentaje adicional (que siempre será del 4%)– se añade una especie de “premio por jubilación demorada”, con incentivos más inmediatos y tangibles, consistente en el cobro de una cantidad a tanto alzado por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió su edad de jubilación ordinaria y la del hecho causante de la pensión, cantidad que es un diez por ciento mayor si se tienen cotizados 44,5 años o más, premiándose una vez más las carreras de seguro largas (artículo 210.2 LGSS).

³⁵ Medida número 6, con el título «Jubilación forzosa».

³⁶ Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (2021), *Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones*, recuperado de https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_27/pdfs/2.pdf, pág. 83).

Puede parecer una proposición contradictoria, sobre todo para cualquier observador externo que desconozca la trayectoria normativa previa, y es que no se comprende cómo se favorece retrasar el cese permitiendo que se cese obligatoriamente. Una *contradictio in terminis* en toda regla. Pero –como hemos adelantado– viendo lo que ocurrió con una derogación sin más que no impidió seguir fijando estas cláusulas (Ley 12/2001), o una prohibición que fue objeto de recurso ante el TC (Ley 3/2012), es preferible “permitir pero sin permitir”, admitirlo pero en unos términos que conduce a la irrelevancia práctica de estas cláusulas³⁷.

Junto a ello, mantiene como objetivo la política de empleo, aunque como hemos indicado es secundario en el supuesto ordinario. Ahora veremos que en el excepcional, vuelve a anteponerse pero ligado al fomento del empleo femenino.

2.2. Requisitos subjetivos

Los requisitos subjetivos para ser cesado obligatoriamente pasan a ser tan restrictivos, que en la práctica serán muy pocos los potenciales destinatarios del cese forzoso. Así, deja de vincularse a la edad ordinaria de jubilación, pasando a los 68 años o más (salvo para contratación de mujeres en sectores con baja representación femenina); y –como ocurría desde 2018– debe acreditarse una carrera de seguro que permita obtener el cien por cien de la pensión. Hasta ahora, salvo la redacción del ETT de 1980 que para la regulación heterónoma fijaba los 69 años y para la autónoma no fijaba edad, siempre se vinculaba a la edad ordinaria de jubilación.

Con la Ley 14/2005 se reemplazó la rúbrica «Límite máximo de la edad de trabajar» por la «Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación», que es la que se mantiene aún. Precisamente, por ello debemos subrayar que rúbrica de la nueva disposición es equívoca, ya que habla de cese por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, cuando precisamente uno de los aspectos destacados es que se desvincula de la edad de jubilación, salvo en los sectores con infrarrepresentación femenina, debiendo ser una edad igual o superior a los 68 años. Por tanto, debería corregirse la rúbrica de la D.A.10^a, con una fórmula coherente con el contenido, como podría ser «Cláusulas de los convenios colectivos referidas a la extinción del contrato por cumplimiento de una edad máxima».

³⁷ Como señalan Monereo y Rodríguez Iniesta, «Interesa mantener que los convenios colectivos no tienen una potestad originaria y propia para establecer en su ámbito, con determinadas condiciones, una edad obligatoria de retiro/jubilación facultando al empleador a despedir al trabajador por esta causa, sino que esta potestad le viene conferida por una habilitación legal constitutiva ex origen y bajo las condiciones establecidas en cada momento por la ley estatal habilitante» (Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: “El acuerdo socio-político tripartito de 2021: la recuperación de la concertación social en el proceso de reforma del sistema de pensiones”, *Revista de Seguridad Social*, Laborum, núm. 28, 2021, pág. 21.

Como decimos, los requisitos subjetivos que debe cumplir una persona trabajadora para poder ser cesada forzosamente son dos: el cumplimiento de una edad igual o superior a los 68 años; y reunir los requisitos exigidos por la normativa de la Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva³⁸. Si cruzamos los períodos exigidos para jubilarse a los 65 años y los requeridos para acceder a la pensión plena, es fácil colegir que el perfil más habitual será el de personas que ya pudieron jubilarse a los 65 años con el cien por ciento³⁹, de modo que llegar a los 68 activo con esa vida laboral cotizada no será en absoluto habitual, por mucho que se incentive la jubilación demorada⁴⁰. Si estamos a la edad media de las altas en jubilación del RGSS del mes de noviembre de 2021, de las 25.198 altas que tuvieron lugar ese mes, solo 573 tenían 68 o más años, es decir, únicamente el 2,28% serían los potencialmente afectados⁴¹, pero en realidad serían muchos menos, ya que solo el 34% de las personas trabajadoras están bajo un Convenio Colectivo que incluya este tipo de cláusulas. Es decir, quedará como algo irrelevante en la práctica de nuestro sistema de relaciones laborales.

2.3. Relevo generacional de calidad: contrato indefinido y a tiempo completo

Frente a las ambiguas cláusulas de garantía del empleo que hemos venido teniendo en las últimas décadas (en la versión de 2005 en adelante, transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo), con la redacción introducida por la Ley 21/2021 se da un salto cualitativo sin precedente, al exigirse garantías concretas del relevo generacional, al condicionarse a la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un

³⁸ Es decir, conforme a las reglas previstas en la disposición transitoria novena LGSS: 36 años cotizados, en 2022; 36,5 años de 2023 a 2026; y 37 años a partir de 2027 (ya estando entonces al art. 210.1 LGSS).

³⁹ Año 22: edad 65 con 37 años y 6 meses cotizados, 100% con 36 cotizados; Año 23: edad 65 con 37 años y 9 meses cotizados, 100% con 36,5 cotizados; Año 24: edad 65 con 38 años cotizados, 100% con 36,5 cotizados; Año 25 y 26: edad 65 con 38 años y 3 meses cotizados, 100% con 36,5 cotizados; Año 27: edad 65 con 38 y 6 meses cotizados, 100% con 37 años cotizados.

⁴⁰ Según recoge la Memoria que acompaña el Anteproyecto de Ley, en el RGSS la edad media de jubilación demorada se sitúa –precisamente– en los 68 años (en 2020, 68,2 los hombres, 68,16 las mujeres), por lo que no es casual que esa haya sido la cifra recogida en la disposición adicional décima ETT. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (2021) https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_27/pdfs/2.pdf, pág. 78).

⁴¹ Seguridad Social. Altas y bajas pensiones contributivas, detalle de jubilación, noviembre 2021 https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/23f32db8-8215-4a21-be56-e7aad323b55e/AJ202111.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_81D21J401P5L40QTT161G41000-23f32db8-8215-4a21-be56-e7aad323b55e-nU8ELi..

nuevo trabajador o trabajadora. Algo también inédito en lo relativo a las cláusulas de jubilación obligatoria.

A diferencia del contrato de relevo, no se requiere que haya la más mínima equivalencia entre la persona cesada forzosamente y la nueva contratación: una persona por cuenta ajena (con contrato indefinido o temporal), es sustituida por otra con un contrato indefinido. El reemplazo no es entre puestos de trabajo, sino de un empleo a otro (ciertamente en la jubilación parcial, tampoco el relevo es para el mismo puesto, exigiéndose solo que la correspondencia entre las bases de cotización de relevista y relevado no sea inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses).

2.4. Perspectiva de género: sustitución por una mujer en sectores en el que estén subrepresentadas

Otra de las novedades introducidas por la Ley 21/2021 es la incorporación de una nueva variable. Si hasta 2001 se buscaba el equilibrio entre derecho al trabajo y fomento del empleo juvenil (alegando el relevo generacional), y desde ese momento se añade la variable fomento del retraso del cese de la actividad para evitar un trato discriminatorio y favorecer el envejecimiento activo, ahora se incorpora la perspectiva de género como una cuarta variable en juego.

Hemos visto que la Ley 21/2021 antepone el fomento del retraso del cese frente al fomento del empleo juvenil. Sin embargo, cuando la variable que incide es el fomento del empleo femenino, es este último el que pasa a ser preferente, escorándose a favor de la contratación indefinida de una mujer si en el sector la tasa de ocupación femenina es inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas.

Es una medida excepcional, en la que el objetivo ya no es favorecer la prolongación de la actividad (núm. 1 de la D.A. 10^a), sino alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género (núm. 2 de la D.A. 10^a).

En este caso los requisitos son cuatro:

1. Respecto de la edad, la negociación colectiva puede tener más margen, siendo –como antaño– el límite la edad ordinaria de jubilación. De este modo la edad será distinta según acredite el período exigido para jubilarse a los 65 años (período que es superior al exigido para el cien por ciento de la pensión), o la que corresponda en caso contrario pero –hay que advertir– acreditando el exigido para percibir el ciento por ciento. En concreto, y estando a las disposiciones transitorias séptima y novena LGSS, los períodos de cotización necesarios para que sea posible la jubilación forzosa se recogen en la Tabla 2.

Tabla 2. *Períodos de cotización exigidos para la jubilación forzosa*

AÑO	EDAD	EDAD
2022	65 si 37 años y 6 meses cotizados	66 años y 2 meses si 36 cotizados
2023	65 si 37 años y 9 meses cotizados	66 años y 4 meses si 36,5 cotizados
2024	65 si 38 años cotizados	66 años y 6 meses si 36,5 cotizados
2025	65 si 38 años y 3 meses cotizados	66 años y 8 meses si 36,5 cotizados
2026	65 si 38 años y 3 meses cotizados	66 años y 10 meses si 36,5 cotizados
2027	65 si 38 años y 6 meses cotizados	67 años si 37 cotizados

Fuente: elaboración propia

2. Al igual que el supuesto general, se condiciona a que se acredite tener derecho al cien por ciento de la pensión de jubilación contributiva.
3. También como vimos antes, debe tener lugar una contratación indefinida y a tiempo completo, pero con tres singularidades:
 - de al menos una mujer;
 - la contratación debe ser simultánea, circunstancia temporal que no se advierte en el supuesto ordinario;
 - la decisión extintiva de la relación laboral será con carácter previo comunicada por la empresa a los representantes legales de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada.
4. El cese obligatorio requiere un cuarto requisito, y es que la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio⁴² sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas, a la fecha de efectos de la decisión extintiva. Este dato lo facilitará la Administración de la Seguridad Social en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio.

⁴² La D.A.10ª aclara que las actividades económicas que se tomarán como referencia para determinar el cumplimiento de esta condición estará definida por los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) en vigor en cada momento, incluidos en el ámbito del convenio aplicable según los datos facilitados al realizar su inscripción en el Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON), de conformidad con el artículo 6.2 y el anexo 1 del RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Este CNAE será el que resulte aplicable para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Habrá que estar al porcentaje en la fecha de efectos de la decisión extintiva, por lo que no puede darse un listado cerrado. No obstante, la Memoria que acompaña el Anteproyecto de Ley recoge una Tabla con las actividades en las que la mujer no alcanzaba el 20% de representación (datos recogidos en agosto de 2021):

Tabla 3. *Actividades en las que la mujer no alcanza el 20% de representación*

CNAE-2009 DIVISIÓN	DESCRIPCIÓN	H	M	TOTAL	% MUJERES
02	Silvicultura y explotación forestal	27.149	3.744	30.893	12,12
03	Pesca y acuicultura	20.575	1.516	22.091	6,86
05	Extracción de antracita, hulla y lignito	894	84	978	8,59
06	Extracción de crudo de petróleo y gas natural	223	35	258	13,57
07	Extracción de minerales met�licos	2.755	480	3.235	14,84
08	Otras industrias extractivas	13.000	1.407	14.407	9,77
16	Industria de la madera y del corcho, excepto muebles; cestería y esparter�a	41.130	7.272	48.402	15,02
19	Coquer�as y refino de petróleo	6.618	1.578	8.196	19,25
23	Fabricación de otros productos minerales no met�licos	77.648	14.481	92.129	15,72
24	Metalurgia; fabricación de productos de hierro, acero y ferroaleaciones	62.760	7.829	70.589	11,09
25	Fabricación de productos met�licos, excepto maquinaria y equipo	192.512	32.037	224.549	14,27
28	Fabricación de maquinaria y equipo no clasificado en otra parte	95.627	18.411	114.038	16,14
30	Fabricación de otro material de transporte	43.071	8.682	51.753	16,78
31	Fabricación de muebles	42.514	10.217	52.731	19,38
33	Reparación e instalación de maquinaria y equipo	69.767	10.608	80.375	13,2
37	Recogida y tratamiento de aguas residuales	4.587	961	5.548	17,32
38	Recogida, tratamiento y eliminación de residuos; valorización	77.251	18.516	95.767	19,33
41	Construcción de edificios	309.863	45.318	355.181	12,76
42	Ingeniería civil	42.679	4.897	47.576	10,29
43	Actividades de construcción especializada	446.777	51.886	498.663	10,41
45	Venta y reparación de vehículos de motor y motocicletas	201.267	40.098	241.365	16,61
49	Transporte terrestre y por tubería	360.785	54.065	414.850	13,03
50	Transporte marítimo y por vías navegables interiores	9.926	2.286	12.212	18,72
80	Actividades de seguridad e investigación	107.591	24.240	131.831	18,39
TOTAL		2.256.969	360.648	2.617.617	

Fuente: *Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones*, págs. 111 y ss.

3. LAS REGLAS TRANSITORIAS Y SU IMPACTO EN LOS CONVENIOS VIGENTES A 1 DE ENERO DE 2022

Se recupera la Disposición transitoria novena (que con la aprobación del TR del ETT de 2015 recogió la disposición transitoria 15ª de la Ley 3/2012), titulada «Aplicación temporal de lo establecido en la disposición adicional décima». Así, la eficacia temporal de los nuevos requisitos, en principio, se limita a los convenios colectivos suscritos desde el 1 de enero de 2022.

Ahora bien, a continuación, advierte que las cláusulas previstas en los convenios colectivos suscritos con anterioridad a 2022 podrán ser aplicadas hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio en cuestión. Por tanto, como ocurriera con la Ley 3/2012, se utiliza la expresión “vigencia inicial pactada”, para diferenciarla de la vigencia prorrogada, prórrogas durante las cuales se mantiene la validez de las cláusulas de jubilación forzosa en los términos anteriores a la Ley 21/2021. Al extender su aplicación “hasta” tres años, en caso de que la vigencia inicial expire, las cláusulas que se recogieran conforme a la anterior regulación mantendrán validez durante las sucesivas prórrogas pero hasta tres años, salvo que antes se acuerde un nuevo convenio, lo que da un plazo razonable a la negociación colectiva para adaptar su regulación a las nuevas reglas, cosa que no ocurrió con el régimen transitorio previsto en 2005, que fue objeto de críticas por esta indeterminación⁴³. En este sentido, hay que recordar el criterio que adoptó el TS para las reglas transitorias previstas para la regulación de 2005, que consideró que solo mantendrán si se trata de una prórroga tácita, y no una novación⁴⁴. Con esta ampliación temporal de tres años, se evitarán las dudas interpretativas que antaño sucedieran con las prórrogas de los Convenios que acontecieron tras la derogación de la D.A.10ª en 2001⁴⁵.

Procede cuantificar el alcance de estas reglas transitorias. Aunque la negociación colectiva con frecuencia recoge este tipo de cláusulas, lo cierto es que nunca ha sido lo más algo generalizado⁴⁶. Así, si repasamos el contenido de los últimos diez años, vemos cómo hasta 2012 el número de Convenios suscritos

⁴³ Así, Gómez Caballero, P.: “Las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación”, *Aranzadi Social*, núm. 15, 2005.

⁴⁴ STS de 31 de enero de 2006, RJ 2006\4417.

⁴⁵ Sobre los problemas planteados por prórrogas acontecidas tras la derogación de 2001, ver Herráiz Martín, Mª.S.: “La jubilación forzosa de nuevo: régimen aplicable a los convenios colectivos anteriores a la fecha de entrada en vigor de la Ley 14/2005, de 1 de julio”, *Aranzadi Social*, núm. 18/2007.

⁴⁶ Almendros González, M.A.: “La jubilación forzosa en la negociación colectiva”, en Monereo Pérez y Maldonado Molina (Dir.), *La Edad de Jubilación*. Comares, Granada, 2011, pág. 275; Sastre Ibarreche, R.: “La aplicación de la disposición adicional 10 del Estatuto de los Trabajadores por la negociación colectiva”, *Tribuna Social*, núm. 94, 1998, pág. 41.

anualmente que recogieron este tipo de cláusulas era aproximadamente del 20%, tras la prohibición acontecida con la Ley 3/2012 hizo que el número cayera hasta el 6%. Una vez que se rehabilitó en 2019, subió de modo importante, pero sin llegar a los porcentajes previos a 2012 (11,5 en 2019; 14,31 en 2020, y 9,47% en 2021). Por tanto, no es un tipo cláusula habitual, aunque si atendemos al número de personas trabajadoras amparadas por los mismos, obtenemos porcentajes más elevados, ya que es más lo recogen más habitualmente convenios de sector (22% en 2020) que los de empresa (12% en 2020). Así, en 2019, el 29,14% de los trabajadores cubiertos por los convenios firmados se sometían a estas cláusulas; el 43,58% en 2020; y el 34,51% en 2021. En la Tabla 4, con datos del Ministerio, queda patente la escasa presencia de estas cláusulas.

Tabla 4. *Porcentaje de convenios y trabajadores/as afectados/as por cláusulas de jubilación forzosa*

AÑO	NÚM. CONVENIOS		NÚM. TRABAJADORES/AS	
2010	TOTAL		TOTAL	
	388 (14,35%)		2.356.846 (33,23%)	
	Empresa	Sector	Empresa	Sector
	269 (13,89%)	119 (15,51%)	164.520 (35,52%)	2.192.326 (33,07%)
2011	TOTAL		TOTAL	
	576 (22,75%)		2.821.144 (45,01%)	
	Empresa	Sector	Empresa	Sector
	417 (22,28%)	159 (24,09%)	242.699 (46,81%)	2.578.445 (44,85)
2012	TOTAL		TOTAL	
	557 (21,33%)		2.385.132 (39,24%)	
	Empresa	Sector	Empresa	Sector
	409 (20,67%)	148 (23,42%)	2.385.132 (46,97%)	2.081.963 (38,32%)
2013	TOTAL		TOTAL	
	Sin datos oficiales			
	Empresa	Sector	Empresa	Sector
	Sin datos oficiales			
2014	TOTAL		TOTAL	
	85 (6,15%)		235407 (12,29%)	
	Empresa	Sector	Empresa	Sector
	73 (6,55%)	12 (4,49%)	11002 (5,90%)	224405 (12,98%)
2015	TOTAL		TOTAL	
	56 (5%)		221612 (7,86%)	
	Empresa	Sector	Empresa	Sector
	44 (5%)	12 (5%)	7.898 (7,54%)	213.714 (7,87%)
2016	TOTAL		TOTAL	
	65 (5,38%)		194.456 (9,15%)	
	Empresa	Sector	Empresa	Sector
	48 (5,16%)	17 (6,12%)	10.745 (5,79%)	183.711 (9,48%)
2017	TOTAL		TOTAL	
	51 (4,13%)		28.228 (1,13%)	
	Empresa	Sector	Empresa	Sector
	37 (3,97%)	14 (4,64%)	7.070 (4,48%)	21.158 (0,91%)

2018	TOTAL		TOTAL	
	50 (3,98%)		173.104 (5,34%)	
	Empresa	Sector	Empresa	Sector
	31 (3,35%)	19 (5,71%)	6.927 (3,93%)	166.177 (5,42%)
2019	TOTAL		TOTAL	
	130 (11,50%)		715.916 (29,14%)	
	Empresa	Sector	Empresa	Sector
	95 (11,01%)	35 (13,11%)	81.850 (43,05%)	634.066 (27,98%)
2020	TOTAL		TOTAL	
	75 (14,31%)		406.672 (43,58%)	
	Empresa	Sector	Empresa	Sector
	53 (12,5%)	22 (22%)	34.003 (34,05%)	372.669 (44,72%)
2021	TOTAL		TOTAL	
	86 (9,47%)		1.211.362 (34,51%)	
	Empresa	Sector	Empresa	Sector
	52 (7,29%)	34 (15,25%)	21.942 (10,89%)	1.189.420 (35,95%)

Fuente: elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo <https://www.mites.gob.es/estadisticas/cct/welcome.htm>

Para el análisis cualitativo nos centraremos en los Convenios suscritos tras el RD-ley 28/2018, es decir, los firmados en 2019, 2020 y 2021. Según las estadísticas oficiales, en esos tres años se acordaron 291 Convenios colectivos que incluían Cláusulas de jubilación forzosa u obligatoria (son las dos expresiones empleadas comúnmente, en algunos casos coincidiendo las dos fórmulas en el mismo convenio, siendo algo mayor la primera). Una vez revisados todos ellos, entendemos que lo más ilustrativo es agrupar los Convenios en función de las condiciones exigidas en tales cláusulas, más que pormenorizar lo previsto en algunos de ellos. Conforme a ese criterio, podemos concluir que⁴⁷:

- a) El 73% se ajusta a las reglas introducidas por el RD-ley 28/2018, condicionando el cese forzoso al cumplimiento de la edad pensionable, 100% de la pensión, y remitiéndose a genéricas políticas de empleo. Téngase en cuenta que incluso ya antes de la Ley 27/2011, de los convenios que recogían la jubilación forzosa, aproximadamente un 20% ya lo supeditaba al cobro del 100% de la pensión (lo que en su momento era una mejora, ya desde 2019 una obligación)⁴⁸.

En este grupo, no son pocos los convenios que detallan cuál es la edad legal de jubilación por año de vigencia (en función de la aplicación gradual de la

⁴⁷ El análisis se ha realizado con el buscador de Convenios REGCON, empleando las voces “jubilación forzosa” y “jubilación obligatoria”.

⁴⁸ Almendros González, M.A.: “La jubilación forzosa en la negociación colectiva”, *op. cit.*, pág. 284.

edad prevista en la Ley 27/2011), incluso algunos con cuadro resumen, lo cual es correcto en cuanto al período de carencia que determina la edad⁴⁹, pero sin reparar en que ese dato por si solo puede ser equívoco, porque la jubilación forzosa a la edad recogida requiere que el período cotizado también permita acceder al cien por cien de la pensión⁵⁰ (cosa que en algunos casos sí se tiene en cuenta por el Convenio, recogiendo no solo las reglas de las disposición transitoria séptima, sino novena)⁵¹.

- b) El 11% recoge cláusulas abiertas que se remiten al marco legal vigente en cada momento, por lo que no se verán afectadas por la reforma de la Ley 21/2021. La mayoría de estos convenios se han suscrito en 2021, cuando se sabía que los agentes sociales habían acordado una reforma de este tipo de cláusulas, por lo que los negociadores –de modo prudente– recogieron esta cláusula remisoria a lo que esté vigente en cada momento, de forma que automáticamente se

⁴⁹ Limitándonos a los años 2019 a 2021: CC estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios sector del metal (Res. 29-12-21, BOE 12-1-22); CC de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal de la provincia de Teruel (BOP Teruel 27-11-21); CC. sector de la Construcción y Obras Públicas de la provincia de Cádiz (Res. 10-11-21, BOP Cádiz 23-11-21); CC. sector de la Construcción y Obras Públicas de la provincia de Granada (Res. 4-8-21, BOP Granada 17-8-21); CC de Iberdrola Grupo (Res. 18-2-21, BOE 2-3-21); CC. de Centrales Nucleares Almaraz-Trillo AIE (Res. 29-1-21, BOE 11-2-21); CC. Castro Urdiales U.T.E. (Res. 10-11-20, BO Cantabria 17-11-20); CC de Aldeas Infantiles SOS de España (Res. 26-8-20, BOE 7-9-20); CC. FCC Medio Ambiente S.A. (Res. 4-8-20, BOP Almería 3-9-20); CC. Acciona Servicios Urbanos SL, Torrevieja (Res. 14-7-20, BOP Alicante 20-7-20); CC. provincial de preparadores de especias, condimentos y herboristería (Res. 24-2-20, BOP Alicante 2-3-20); CC Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Castellón (Res. 10-1-20, BOP Castellón 25-1-20); CC. U.T.E. Urbaser S.A. Interjardín S.L., (BOP Santa Cruz Tenerife 13-11-19); CC. Urbaser, S.A. Mancomunidad Nordeste de Tenerife (BOP Santa Cruz Tenerife 21-10-19); CC. de Construcción y Obras Públicas de Córdoba (Res. 17-9-19, BOP Córdoba 25-9-19); CC. Grupo Acciona Energía (Res. 4-7-19, BOE 16-7-19); CC. del sector de la Construcción de la provincia de Ourense (Res. 30-5-19, BOP Ourense 22-6-19); CC. Al Rima, S.A. (Res. 21-5-19, BOP Málaga 21-8-19); CC empresa IFEMA (Res. 5-3-19, BO C. Madrid 8-6-19); CC. Celulosa de Asturias, S.A. (Res. 11-1-19, BO Asturias 4-2-19); CC de Asgan Torrabonaf UTE San Miguel (BOP Santa Cruz Tenerife 30-1-19).

⁵⁰ Hay un caso en el que pese a incluir un cuadro “en coherencia con la legislación vigente que regula el requisito de edad para acceder a la jubilación –que prevé una modificación gradual de la edad de jubilación–”, lo cierto es que las edades señaladas no son correctas: CC. Akra Rehabilitación (Res. 1-12-20, BOP Alicante 17-12-20), se recoge un cuadro resumen en el que figura la edad de jubilación obligatoria para cada uno de los años de vigencia del convenio, dependiendo del período de cotización acreditado en cada caso, pero para 2020 indicaba 65 años y 5 meses, cuando conforme a la LGSS eran 65 años y 10 meses en caso de que no tener acreditados 37 años, debiendo además tener más de 36 para poder acceder al 100% en 2020.

⁵¹ CC. FCC medio ambiente S.A.U. para el personal subrogado de la UTE limpieza Cuenca (Res. 24-8-20, BOP Cuenca 28-8-20); CC. Urbaser SA, centro Elche (Res. 6-3-19, BOP Alicante 12-3-19); CC. Urbaser SA, centro Santa Pola (Res. 9-1-19, BOP Alicante 17-1-19).

reajusta⁵². Recuerdan a algunas cláusulas que tras la prohibición de 2012 se recogían, contemplando la jubilación forzosa para el caso de que se permitiera nuevamente su utilización⁵³, y que siguen apareciendo en alguna ocasión⁵⁴. Y sigue en este punto lo que siempre ha ocurrido con el período de carencia, que no cuantificaba, sino que se remitía a lo que la Ley exigiera.

- c) El 16% sigue conteniendo cláusulas que no se ajustaban al marco regulador vigente en el momento en el que se suscribieron. Detrás de esto está el descuido de los negociadores, con una inercia negocial que en ocasiones lleva a trasladar de un convenio al siguiente las mismas cláusulas⁵⁵, cláusulas que deben considerarse nulas por contravenir el marco legal indisponible en este aspecto,

⁵² CC. SAT N.º 9425 La Cosa (Res. 23-11-21, BOP Castellón 4-12-21); CC. Sector de Hostelería y Actividades Turísticas (Res. 5-11-21, BOCM 20-11-21); CC. Gran Casino de Barcelona, SLU, Casino de Tarragona, SLU, y Casino Castell de Peralada, SLU (Res. 25-10-21, BOGC 18-11-21); CC para el personal laboral del Ayuntamiento de Mas de las Matas (BOP Teruel 24-9-21); CC Federico Domenech S.A. (Res. 1-9-21, BOP Valencia 14-9-21); CC. Capital Genetic EBT, SL. (Res. 19-8-21, BOE 17-9-21); CC. Refrescos Envasados del Sur, S.L.U. (Res. 17-9-21, BOJA 24-9-21); CC. sector del Comercio general de Palencia y Provincia (Res. 12-8-21, BOP Palencia 30-8-21); CC. Nutricontrol, S.L. (Res. 21-7-21, BO Murcia 7-8-21); CC. para el sector de comercio del metal de Palencia y provincia (Res. 20-7-21, BOP Palencia 4-8-21); CC Industria Siderometalúrgica de la provincia de Jaén (Res. 15-7-20, BOP Jaén 20-7-21); CC. personal laboral del Ayuntamiento de Belchite (Res. 13-5-21, BOP Zaragoza 26-5-21); CC. Puerto Deportivo de Marbella S.A. (Res. 12-5-21; BOP Málaga 8-6-21); CC Industrias Siderometalúrgicas de Palencia y provincia (Res. 27-4-21, BOP Palencia 10-5-21); CC. Sector de Limpieza Pública Viaria Madrid (Res. 7-4-21, BOCM 23-4-21); CC. Ayuntamiento de San Bartolomé de la Torre (Res. 10-11-20, BOP Huelva 27-11-20); CC. Umbela (Centro Especial de Empleo)(Res. 30-11-20, BOP Zaragoza 11-12-20); CC. Europea de Oleoductos y Gaseoductos, S.L. (Res. 27-8-20, BOP Jaén 1-9-20); CC. Úrsula Consulting, S.L.U. (Res. 10-3-20, BOP Jaén 13-3-20); CC. Hospital de la Cruz Roja de Gijón (Res. 30-6-20, BO Asturias 22-7-20); CC. Altura, Drenajes y Contenciones, S.L (Res. 2-3-20, BOP Jaén 6-3-20); CC. Instituto para la promoción económica de Talavera (Res. 28-2-20, BOP Toledo 3-3-20); CC. personal laboral del Ayuntamiento de Rus (Res. 5-12-19, BOP Jaén 16-12-19); CC. personal laboral del Ayuntamiento de Alcañiz (Res. 31-10-19, BOP Teruel 14-10-19); CC. APR Invernaderos, S.L. (Res. 25-10-19, BO Murcia 29-10-19);

⁵³ Así, CC. de Mahou S.A. (Res. 8-11-13, BOE 22-11-2013).

⁵⁴ El CC. Prensa Malagueña, S.A. (Res. 6-7-21, BOP Málaga 26-8-21), señala que “En caso de que la normativa en vigor en la fecha del hecho causante permita la jubilación obligatoria, esta será a partir de que el trabajador alcance la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de la Seguridad Social vigente cada año...”. Y el CC. Málaga Club de Fútbol, SAD (Res. 27-4-21, BOP Málaga 12-5-21): siempre y cuando la normativa aplicable lo permita.

⁵⁵ Es elocuente al respecto el CC provincial de hostelería Ourense 2019-2021 (Res. 24-5-19, BOP Ourense 12-6-19), que recoge literalmente indica que “A partir del 1 de enero de 1992” se establece la jubilación obligatoria para todo trabajador que cumpla o cumpliera la edad de 65 años y que completase los períodos de carencia necesarios para percibir la correspondiente pensión de jubilación, párrafo que lleva décadas reiterándose sin cambios algunos. No es algo nuevo, siempre nos hemos encontrados casos –excepcionales– en los que la falta de rigor técnico incluso llegaba

además de que los parámetros de la legalidad de las cláusulas del convenio deben ponerse en relación con los derechos fundamentales y en particular con el principio de igualdad y no discriminación⁵⁶. Por tanto, deberían someterse a un control de legalidad⁵⁷.

Dentro de la diversa casuística que hay dentro de esta tipología, los hay que exigen que el porcentaje a lucrar fuese del 80% (y no del 100%)⁵⁸, que la edad sea siempre 65 años, o ambas cuestiones.

Hay convenios que en este punto no solo son contrarios a lo que preveía el RD-ley 28/2018, sino contrarios incluso a lo que preceptuaba la Ley 27/2011, al bastar con que acredite la edad legal de jubilación⁵⁹, el período mínimo para acceder a la pensión⁶⁰, o los 65 años (no edad legal ni ordinaria) acreditando los requisitos para el acceso⁶¹. Ello muchas veces refleja inercias en los contenidos

a remisiones a legislación laboral derogada (Sastre Ibarreche, R., “La aplicación de la disposición adicional 10 del Estatuto de los Trabajadores por la negociación colectiva”, *op. cit.*, pág. 41).

⁵⁶ En este sentido, Muñoz Ruiz, A.B., “Cláusulas ilegales en la negociación colectiva: un balance de los últimos cinco años”, Revista de *Información Laboral* núm. 12/2014.

⁵⁷ Sobre el control de legalidad de las cláusulas de jubilación forzosa, *vid. in extenso* Sáez Lara, C.: “El control de legalidad del Convenio Colectivo”, *Temas Laborales*, núm. 76/2004, págs. 390 y ss.

⁵⁸ CC. del Sector Agencias de Transportes-Operadores de Transportes de Sevilla (Res. 28-10-19, DOP Sevilla 26-2-20); CC. Akra Rehabilitación (Res. 1-12-20, BOP Alicante 17-12-20).

⁵⁹ CC. del Ayuntamiento de Villanueva del Fresno (Extremadura) (Res. 17-09-21, DOE 6-10-21); CC. del personal laboral de la Diputación de Almería (Res. 22-12-20, DOP de Almería de 14-1-21).

⁶⁰ CC. Tostaderos Sol de Alba, S.L. (Res. 22-12-21, BOP Granada 4-1-22); CC. de enseñanza privada reglada no concertada de Cataluña (Res. 25-11-21, DOGC 25-1-22); CC. Aparcamientos Urbanos Servicios y Sistemas S.A. (Res. 24-8-21, BOP Sevilla 29-9-21); CC. Prensa Malagueña, S.A. (Res. 6-7-21, BOP Málaga 26-8-21); CC. Grupo Port Aventura (Res. 3-6-21, BOP Tarragona 14-6-21); CC. Ayuntamiento de Lora de Estepa (personal laboral)(Res. 2-6-21, BOP Sevilla 29-7-21); CC. de Neiker, Instituto Vasco de Investigación y Desarrollo Agrario, S.A (Res. 27-5-21, BOPV 29-7-21); CC. Quesería Menorquina SL (Res. 24-5-21, BOIB 2-12-21); CC. Iniciativa Municipal para la Vivienda, S.A., Ayuntamiento Lebrija (Res. 10-3-21, BOP Sevilla 10-4-21); CC. Faurecia Automotive España, SA (Res. 4-1-21, BOP Ourense 1-2-21); CC. Vithas Alicante SL (Res. 5-2-20, BOP Alicante 13-2-20); CC. Campillo Palmera, S.L. (Res. 17-6-20, BO Región Murcia 8-7-20); CC. Ayuntamiento de Priego de Córdoba (personal laboral) (Res. 15-11-19, BOP Córdoba 26-11-19); CC. Xileplant SL (Res. 25-9-19, BO Región Murcia 29-10-19); CC. Ideas en Outsourcing, S.L. (Res. 14-11-19, BO Asturias 5-12-19); CC. IFEMA (Res. 5-3-19, BO C. Madrid 8-6-19); CC. Mantenimientos Sumo, S.L. (Res. 27-2-19, BO Asturias 2-4-19).

⁶¹ CC. Servicios de Txingudi-Txingudiko Zerbitzuak, S.A. (Res. 20-10-21, DOP Guipúzcoa 25-1-22); CC. de la Industria Siderometalúrgica y Talleres de Reparación de Vehículos de la provincia de Orense (Res. 4-08-21, BOP Ourense 28-8-21); CC. Setex Aparki, S.A. (Res. 9-7-21, BOP Sevilla 12-8-21); CC. del Ayuntamiento de Los Palacios y Villafranca (personal laboral) (Res. 28-5-20, BOP Sevilla 24-6-20); CC. Ayuntamiento de Padul (personal laboral)(Res. 18-2-20,

de la negociación colectiva, porque habitualmente solían exigir conjuntamente el cumplimiento de la edad legal de jubilación y reunir el período de cotización⁶². Al igual que siempre ha habido Convenios que han recogido la jubilación forzosa sin ningún tipo de matización⁶³.

El CC. estatal del sector de Grandes Almacenes (Res. 31-5-21, BOE 11-6-21), si bien recoge unas exigencias acordes al RD-ley 28/2018 para los que cumplan la edad de jubilación en la fecha de publicación del Convenio, incluye un régimen transitorio que colisiona con la normativa legal vigente, al indicar que “Las personas trabajadoras que a la publicación en el BOE del presente Convenio ya hubieran cumplido los requisitos de acceso a la jubilación ordinaria en los términos explicitados en la LGSS y demás normativa de aplicación, deberán causar baja en las Empresas incluidas en el ámbito funcional en un plazo máximo de 1 mes a partir de la publicación en el BOE del presente Convenio”, es decir, solo edad y carencia, no porcentaje mínimo, que recuérdese desde 2019 era el 80%.

Algún convenio no recoge la exigencia de que se acredite el período de carencia de la jubilación, pero sí que reúna el período de cotización necesario para obtener el cien por cien de la pensión⁶⁴, lo cual no inhabilita en absoluto dicha cláusula, ya que quien acredita lo segundo, necesariamente tiene lo primero.

4. CONCLUSIONES

Tras toda una vida de desencuentros entre política de empleo y sostenibilidad del Sistema, el Acuerdo Social la Ley 21/2021 ha conseguido un difícil equilibrio entre todos los bienes jurídicos que otrora parecieran incompatibles, saliendo además todos reforzados:

- Los tan ansiados “objetivos coherentes” de política de empleo y adecuado relevo generacional, que pasan a quedar absolutamente delimitados, exigiendo que cada jubilación forzosa se vea acompañada por un contrato indefinido a tiempo completo

BOP Granada 5-3-20); CC. Ayuntamiento de Casariche (personal laboral)(Res. 5-2-20, BOP Sevilla 9-3-20); CC. Salinera de Cardona, SLU (Res. 29-1-20, BOGC 12-3-20); CC. gallego de Centros Especiales de Empleo (Res. 16-1-20, DOG 24-2-20); CC. Adisseo España SA (Res. 17-6-19, BOP Burgos 1-7-19); CC provincial de hostelería Ourense 2019-2021 (Res. 24-5-19, BOP Ourense 12-6-19).

⁶² Almendros González, M.A.: “La jubilación forzosa en la negociación colectiva”, *op. cit.*, pág. 276.

⁶³ Véase la prolija lista enumerada en 1999 por Valdés De La Vega, B., *Mejoras voluntarias por edad de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 128.

⁶⁴ CC. para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as (Res. 15-9-20, BOE 25-9-20).

- La sostenibilidad del Sistema de Pensiones, ya que en la práctica se elimina uno de los obstáculos que tenía la jubilación demorada, que es una de las medidas estrella de la reforma de la jubilación con la Ley 21/2021 (con el novedoso premio por jubilación demorada). Aunque se bonifique el demorar el retiro, a las arcas del Sistema le es más rentable que el pago de la pensión durante más años.
- Se reduce la vulneración del derecho a la no discriminación por motivo de edad, ya que el porcentaje de personas que llegan a la edad tope será escaso, lo que además hay relativizarlo con un contexto en el que solo uno de cada tres trabajadores está bajo un convenio con este tipo de cláusulas. Por tanto, puede considerarse que el Índice de Envejecimiento Activo español va a mejorar⁶⁵. Dejan de coincidir la edad la de “podían” y “debían” jubilarse los trabajadores, por lo que ahora sí podrá comprobarse quién realmente se jubila a los 65 años porque ya en ese momento accede a una pensión plena, y quién lo hacía porque el Convenio le imponía el cese forzoso.
- El fomento del empleo femenino en los sectores con menor representación aparece como un elemento novedoso dentro de este tipo de cláusulas, y lo hace con fuerza ya que en tales casos la política de empleo se antepone al derecho al trabajo y al fomento del retraso del cese de la actividad.

En definitiva, esta enésima reforma podría ser el capítulo final de este “culebrón jurídico” (en palabras del profesor Molina Navarrete), con un final feliz para todos los actores que han participado en el mismo.

⁶⁵ Sobre este Índice y su aplicación en nuestro país, *vid.* Monereo Pérez y Maldonado Molina (Dirs), *El Índice de Envejecimiento Activo y su proyección en el Sistema español de Protección Social*. Comares, Granada, 2021.

EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO EN EL RDL 32/2021, DE 28 DE DICIEMBRE

PEDRO GÓMEZ CABALLERO

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

EXTRACTO **Palabras clave:** sector público; contratación temporal; encadenamiento de contratos; compensación económica

La reforma de la normativa laboral que realiza el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, constituye una clara apuesta por la limitación de las modalidades de contratación temporal en favor del contrato de trabajo indefinido. En los términos que se expresa en la exposición de motivos se pretende “generalizar la contratación indefinida y devolver al contrato temporal la causalidad que se corresponde con la duración limitada”. Sin embargo, como sucede con otros aspectos de las relaciones laborales, el ámbito del sector público, presenta una serie de particularidades al ir acompañada su aplicación de la observancia de un conjunto de principios desconocidos en el ámbito privado. Para modular la aplicación de esta reforma en el ámbito del sector público, se incluye la disposición adicional cuarta para regular el régimen de contratación laboral. Al análisis jurídico de este régimen de contratación laboral se dedica el contenido del presente trabajo.

ABSTRACT **Key words:** public sector; temporary recruitment; chaining of contracts; financial compensation

The reform of labor regulations carried out by RDL 32/2021, of December 28, constitutes a clear commitment to limiting the modalities of temporary hiring in favor of indefinite employment contracts. As expressed in the statement of intent, it aims at “generalizing indefinite hiring, while restricting the use of temporary contracts to the causality that corresponds to limited duration.” However, as happens with other aspects of labor relations, the public sector presents a series of peculiarities as its application is accompanied by the observance of a set of principles unknown in the private sphere. To modulate the application of this reform in the public sector, the fourth additional provision is included to regulate the labor contracting regime. The content of this work is dedicated to the legal analysis of this labor contracting regime.

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES QUE CUESTIONAN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL
2. EL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL
3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 4^a DEL RDL 32/2021, DE 28 DE DICIEMBRE
4. LA DEROGACIÓN DE LOS APARTADOS 1 Y 2, Y EL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 15^a DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
 - 4.1. La derogación de los apartados 1 y 2 de la disposición adicional 15^a
 - 4.2. El encadenamiento de contratos
5. LAS MODALIDADES CONTRACTUALES PREVISTAS EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 4^a
6. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS MÁXIMOS DE PERMANENCIA
7. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL: CONTRATACIÓN EN EL MARCO DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA Y FONDOS DE LA UNIÓN

1. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES QUE CUESTIONAN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Existen decisiones de los Tribunales de Justicia anteriores a la reforma que cuestionan la utilización del contrato para obra o servicio determinado y también del contrato de interinidad, motivadas por un uso irregular de las mismas.

1. En la exposición de motivos del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, se justifica la supresión del contrato para obra o servicio determinado con el argumento de que es una figura fuertemente cuestionada, sobre todo cuando estaba ligada su utilización a la existencia de una contrata concerniente a la actividad de la empresa. Respecto a la posibilidad de considerar que la celebración de una contrata de la empresa con otra empresa que actúe como cliente pueda ser calificada como obra o servicio a los efectos de justificar la duración temporal del contrato de trabajo, la doctrina tradicional del Tribunal Supremo ha venido considerando que “aunque en tales casos no existía un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, sí se daba, no obstante, una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, siendo una limitación conocida por las partes en el momento de contratar. Se aceptaba, pues, que estuviéramos ante un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se prestaba por encargo de un tercero y mientras este se mantuviera”; “la relación laboral se mantiene sin alteración mientras la contrata está atribuida al mismo contratista, sea por prórroga o por nueva adjudicación”. Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha

rechazado que un contrato de trabajo pueda ser considerado temporal cuando “la expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota dado el mantenimiento inusual y particularmente largo de la adscripción del trabajador a la atención de las mismas funciones que se van adscribiendo a sucesivas modificaciones de la misma contrata inicial. Se excede y supera así la particular situación de la contrata, desnaturalizando la contratación temporal y pervirtiendo su objeto y finalidad” (FJ nº 4, STS, Social, 1137/2020, rec. 240/2018).

Por otro lado, razona la jurisprudencia que “quienes ofrecen servicios a terceros desarrollan su actividad esencial a través de la contratación de estos y, por tanto, resulta ilógico sostener que el grueso de aquella actividad tiene el carácter excepcional al que el contrato para obra o servicio busca atender. La mayor o menor duración del encargo no puede seguir vinculándose a la nota de la temporalidad de este tipo de contrato de trabajo”. “Cuando toda la actividad empresarial consiste, precisamente, en desarrollar servicios para terceros, tales servicios estarán sujetos a una determinada duración en atención al nexo contractual entablado con la empresa cliente, pero tal delimitación temporal en su ejecución no puede permear la duración de la relación laboral de la plantilla de la empresa si no se atienden a las estrictas notas del art. 15.1, a) ET”. (FJ nº 5, STS, Social, 1137/2020, rec. 240/2018). Distingue claramente la jurisprudencia entre la duración del contrato mercantil que relaciona a dos empresas, de la duración del contrato de trabajo que une al trabajador con su empresa, que puede tener carácter indefinido con independencia del carácter temporal que puede unir a las dos empresas en virtud del contrato mercantil.

2. En lo que se refiere al contrato de interinidad durante el tiempo en que se esté desarrollando el proceso selectivo para la cobertura definitiva del puesto de trabajo, la jurisprudencia también es crítica en aquellos supuestos que se caracterizan por la falta de concreción de las actuaciones que debe cumplir la Administración, que deben estar sometidas a un límite temporal razonable. Así, señala la jurisprudencia: “Ocurre, sin embargo, que, en multitud de ocasiones, la norma estatal, autonómica o las disposiciones convencionales que disciplinan los procesos de selección o de cobertura de vacantes no establecen plazos concretos y específicos para su ejecución. En tales supuestos no puede admitirse que el desarrollo de estos procesos pueda dejarse al arbitrio del ente público empleador y, consecuentemente, dilatarse en el tiempo de suerte que la situación de temporalidad se prolongue innecesariamente. Para evitarlo, la STJUE de 3 de junio de 2021, citada, nos indica la necesidad de realizar una interpretación conforme con el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada incorporado como Anexo a la Directiva 1999/70/CE; y, especialmente, nos compele a aplicar el derecho interno de suerte que se

satisfaga el efecto útil de la misma, especialmente por lo que aquí interesa, del apartado 5 del citado Acuerdo Marco. En cumplimiento de tales exigencias esta Sala estima que, salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar mas de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga” (FJ nº 5, STS, Social, 28-6-2021, rec. 3263/2019).

2. EL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL

La disposición adicional cuarta del RDL 32/2021, de 28 de diciembre establece el nuevo régimen aplicable al personal laboral del sector público. Consecuencia lógica de la nueva regulación es la derogación de los apartados 1 y 2 de la disposición adicional 15ª LET. Recordemos que estos dos apartados venían a regular y modular los efectos que en la relación laboral de empleo público se producían por el incumplimiento de los requisitos de duración del contrato para obra o servicio determinado: transformación del contrato temporal en indefinido sin posibilidad de adquirir la fijeza de la relación laboral, situación que queda reservada para el acceso a la plaza conforme a los principios constitucionales de publicidad, mérito y capacidad; excluyéndose también de la transformación en indefinidos de los contratos para obra o servicio determinados, de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contratos de trabajo previstas en la Ley Orgánica 6/2001, de 1 de diciembre de Universidades (LOU) (o de cualquier otra norma con rango de ley), vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión superior a tres años. La derogación de los apartados 1 y 2 de la DA 15ª es coherente con la nueva regulación del contrato por circunstancia de la producción y el nuevo régimen jurídico que se reserva para la contratación laboral en el sector público.

La derogación del anterior art. 15.1, a) ET, que regulaba el contrato para obra o servicio determinado ha tenido ya consecuencias negativas en el ámbito de sector público, que han sido puestas de manifiesto por algunos representantes institucionales, al afectar de manera relevante a las actividades que se desarrollan en materia de investigación que tienen lugar en el marco de proyectos nacionales o internacionales, sujetos en su ejecución a un período de tiempo determinado. La disposición derogatoria única del RDL 32/2021, de 28 diciembre, deroga expresamente, además del precepto mencionado, las disposiciones que se refieren al contrato para obra o servicio determinados previstas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, y en la Ley 14/2011, de 2 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

El nuevo art. 15.2 ET distingue dos tipos o modalidades de circunstancias de la producción: a) el incremento ocasional e imprevisible; y, b) las situaciones (incrementos) ocasionales y previsibles.

Al incremento *ocasional e imprevisible* se equiparan «las oscilaciones que aun tratándose de la actividad normal de la empresa generan un desajuste entre el empleo estable disponible y el que se requiere», siempre que no respondan a supuestos incluidos en la regulación del contrato indefinido fijo-discontinuo. Entre las oscilaciones se incluyen las que derivan de las vacaciones anuales.

La inclusión de las vacaciones anuales entre las oscilaciones que generan desajuste entre el empleo estable disponible y el que se requiere, puede tener como consecuencia el abandono de la utilización del contrato de sustitución dado que el trabajador tiene reservado su puesto de trabajo, al tiempo que proporciona un margen mayor a la empresa en la evaluación de la necesidad global que tiene de personal, con independencia del número de trabajadores disponibles que tenga para desarrollar su proceso productivo en períodos coincidentes con las vacaciones.

Cuando el contrato por circunstancias de la producción obedezca a circunstancias ocasionales e imprevisibles, su duración no podrá exceder de los seis meses, si bien puede alcanzar un año de duración si así se ha pactado en convenio colectivo de ámbito sectorial.

Las situaciones *ocasionales y previsibles* se limitan a las que tengan una duración reducida, de manera que las empresas solo podrán utilizar esta modalidad contractual un máximo de noventa días en el año natural, independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones.

Pues bien, la disposición adicional 4º del RDL 32/2021, regula el régimen aplicable al personal laboral en el sector público en materia de contratación laboral. Esta disposición adicional ha conocido pronto una nueva redacción proporcionada por el RDL 1/2022, de 18 de enero, que sin alterar en sustancia el contenido de la norma, viene a ampliar las posibilidades de provisión de puestos de trabajo en el sector público. En este sentido, la nueva redacción de la disposición adicional 4ª, no solamente mantiene la posibilidad de cubrir puestos de trabajo, previa autorización por el Ministerio de Hacienda, en virtud de una tasa de reposición específica, sino que la amplía a la tasa de reposición que pueda establecerse por la ley de presupuestos generales del Estado vigente para cada ejercicio. Y ello en referencia a la utilización en el sector público de los contratos por tiempo indefinido y los fijos discontinuos.

En la disposición adicional 4º del RDL 32/2021, solamente se hace mención al contrato indefinido, al indefinido fijo-discontinuo y al contrato de sustitución. En ningún momento se hace referencia al contrato por circunstancias de la producción, lo cual puede plantear dudas sobre la posibilidad de utilizar esta modalidad contractual en el ámbito de sector público.

3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 4ª DEL RDL 32/2021, DE 28 DE DICIEMBRE

Esta disposición se redacta bajo la rúbrica “Régimen aplicable al personal laboral del sector público”. Es, pues, cuestión inicial necesaria, identificar la composición de sector público a que se refiere la norma; qué organismos, entidades y empresas pueden estar afectadas por esta disposición. Ya la propia norma refiere «las administraciones públicas y las entidades que conforma el sector público institucional».

Aunque pudiera pensarse otra cosa, porque la disposición adicional 5ª de la misma norma se refiere a las entidades que integran el sector público, reguladas en el art. 2º del Real Decreto-Ley 36/2020, de 28 de diciembre, este precepto en su apartado primero remite a las entidades que integran el sector público de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Atendiendo a esta remisión legislativa, el sector público que constituye el ámbito de aplicación de la disposición de la disposición adicional 4ª del RDL 32/2021, de 28 diciembre, comprende:

- La Administración General del Estado.
- Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- Las Entidades que integran la Administración Local.
- El sector público institucional que, a su vez, se integra por:
 - a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.
 - b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo previsto en las disposiciones en la Ley 40/2015, que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.
 - c) Las Universidades públicas que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la Ley 40/2015.

Es un ámbito extraordinariamente amplio que está afectado por el derecho de todos los ciudadanos de acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos (art. 23.2 CE), y por los principios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública (art. 103.3 CE).

4. LA DEROGACIÓN DE LOS APARTADOS 1 Y 2, Y EL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 15ª DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

4.1. La derogación de los apartados 1 y 2 de la disposición adicional 15ª

Los recién derogados apartados 1 y 2 de la disposición adicional 15ª permitían, por una parte, que en el ámbito de las Administraciones Públicas pudiera operar la transformación en indefinido del contrato para obra o servicio de terminado (apartado 1º), y por otra, vetaba la aplicación de esta transformación cuando el contrato para obra o servicio determinado estaba vinculado a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años, y el contrato se concertaba en el ámbito de las Administraciones Públicas y organismos vinculados o dependientes, o se trataba de las modalidades particulares de contratos previstas en la Ley 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley (apartado 2º).

La transformación del contrato para obra o servicio determinado en indefinido en el ámbito de las Administraciones Públicas, prevista en el apartado 1º de la disposición adicional 15ª, conectaba con la aparición de una figura de construcción jurisprudencial, el contrato indefinido no fijo, dada la procedencia irregular de la contratación, realizada sin la observancia de los principios de publicidad, mérito y capacidad. En estos supuestos el apartado 1º de la disposición adicional 15ª, permitía que el trabajador pudiera continuar desempeñando el puesto de trabajo que venía ocupando hasta que se procediera a su cobertura conforme a los principios de publicidad, mérito y capacidad, que rigen en el acceso al empleo público.

Por su parte, el apartado 2º venía a constituir la excepción a la regla general de transformación en indefinido del contrato para obra o servicio determinado en el ámbito de las Administraciones Públicas, cuando el contrato era consecuencia de la ejecución de un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años.

Como es obvio, la derogación que acabamos de exponer es consecuencia lógica de la nueva regulación que se realiza por el art. 15 ET de contrato por circunstancias de la producción.

4.2. El encadenamiento de contratos

La vigente regulación del art. 15.5 ET mantiene, en sustancia, la misma regulación anterior con respecto al encadenamiento de contratos. Las diferencias que podemos encontrar se centran en los períodos temporales de referencia, ahora más reducidos, y en las modalidades contractuales concernidas.

En lo que se refiere a los períodos temporales, en la línea seguida por esta reforma, se reducen en seis meses los períodos de referencia y el de duración de la

contratación (ahora, estar contratado durante un plazo superior a dieciocho meses en un período de veinticuatro meses). En cuanto a las modalidades de contratación que se tienen en cuenta, ahora se concreta en el contrato por circunstancias de la producción.

Un nuevo criterio para la conversión del contrato, aporta la nueva redacción del art. 15.5 ET, que incorpora en el párrafo 2º, en el que se establece la adquisición de la condición de fija por «la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante dieciocho meses en un período de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados por las empresas de trabajo temporal». En este caso, no se pone el acento en la persona del trabajador, sino en el puesto de trabajo que pueda ocupar en un momento dado. Por una parte, tiene sentido esta norma, pues el mantenimiento continuado del puesto de trabajo identifica una situación de permanencia de la actividad productiva que no es compatible con la contratación temporal; pero, por otra, presenta dudas razonables en la medida en que se atribuye la condición de fijo al trabajador que le haya tocado ocupar un puesto de trabajo que con anterioridad ha estado ocupado por otros trabajadores.

No obstante lo anterior, en el ámbito de las Administraciones Públicas, la norma sobre el encadenamiento de contratos resulta matizada atendiendo a las peculiaridades que concurren en ese ámbito. En este sentido se establece que para la aplicación del límite del encadenamiento de contratos previsto en el art. 15.5 ET, «solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas». Se excluyen de la regla del encadenamiento de contratos las modalidades particulares de contrato de trabajo previstas en la Ley 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley.

En cualquier caso, la aplicación de la regla del encadenamiento de contratos en el ámbito de las Administraciones Públicas, no puede aplicarse sin tener en cuenta los principios que rigen en el acceso al empleo público. La aplicación de la regla del encadenamiento de contratos puede conllevar la conversión del contrato temporal en indefinido, pero no puede suponer la adquisición por trabajador de la condición de fijo.

Por ello, hubiera sido deseable que la norma hubiera previsto –como lo hacía con anterioridad en el apartado 1º de la DA 15ª– que la inobservancia de los límites al encadenamiento de contratos, puede convertir el contrato temporal por circunstancias de la producción en indefinido; pero en el ámbito de las Administraciones Públicas, aun cuando el contrato se convierta en indefinido, el trabajador no adquiere la condición de fijo. Se precisa, para adquirir la condición

de fijo, que para la cobertura del puesto de trabajo se respeten los principios constitucionales de publicidad, mérito y capacidad, previstos para el acceso al empleo público.

5. LAS MODALIDADES CONTRACTUALES PREVISTAS EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 4ª

Expresa el preámbulo del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, que en la disposición adicional cuarta se recoge el régimen aplicable al personal laboral en el sector público, en materia de contratación laboral.

Esta disposición adicional fue pronto modificada al dotarla de una nueva redacción proporcionada por el RDL 1/2022, de 18 de enero, que sin alterar en sustancia el contenido de la norma, viene a ampliar las posibilidades de provisión de puestos de trabajo en el sector público. En este sentido, la nueva redacción de la disposición adicional 4ª, no solamente mantiene la posibilidad de cubrir puestos de trabajo, previa autorización por el Ministerio de Hacienda¹, en virtud de una tasa de reposición específica, sino que la amplía a la tasa de reposición que pueda establecerse por la ley de presupuestos generales del Estado vigente para cada ejercicio. Y ello en referencia a la utilización en el sector público de los contratos por tiempo indefinido y los fijos discontinuos.

En la disposición adicional 4ª del RDL 32/2021, solamente se hace mención al contrato indefinido, al indefinido fijo-discontinuo y al contrato de sustitución. En ningún momento se hace referencia al contrato por circunstancias de la producción. Esta regulación podría plantear la duda sobre la posibilidad de utilizar esta modalidad contractual en el ámbito de sector público. No parece que sea este el sentido en el que debe interpretarse del precepto. Lo que hace la disposición adicional 4ª es matizar la aplicación del precepto regulador de la duración del contrato para su aplicación en el ámbito de sector público. El precepto, por una parte, se ocupa de fijar las particularidades que deben observarse para la utilización de la contratación indefinida y, por otra, fija los términos en que puede utilizarse el contrato de sustitución durante el tiempo que deba emplearse en la cobertura definitiva de una plaza.

¹ En el sentido indicado la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, establece en el art. 19.1.Seis.1 «En el sector público estatal están sujetos a la autorización previa del Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Función Pública: a) La contratación de personal temporal y el nombramiento de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal».

5.1. El contrato por tiempo indefinido en el régimen aplicable al sector público

Establece el párrafo 1º de la disposición adicional 4ª del RDL 32/2021, que «los contratos por tiempo indefinido y los fijos discontinuos, podrán celebrarse cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tengan encomendados, previa expresa acreditación». El precepto expresa la preocupación del legislador por que el contrato por tiempo indefinido se utilice en el sector público cuando sea imprescindible para cumplir los fines cuyo cumplimiento tiene encomendados. Por tanto, las administraciones públicas y cualquier entidad que integre el sector público, deben estar en condiciones de justificar la necesidad de disponer de puestos dotados económicamente en las relaciones de puestos de trabajo, que se correspondan con la actividad permanente que deben desarrollar para el cumplimiento de sus fines.

Llama la atención el hecho de que se prevea la posibilidad de cubrir plazas correspondientes a contratos indefinidos con la simple autorización de una tasa de reposición específica por el Ministerio de Hacienda y Función Pública, con independencia de la tasa de reposición que pueda estar prevista en la de presupuestos generales del Estado, lo que invita a pensar que, previamente, esta posibilidad debe estar recogida en una norma con rango de ley.

En todo caso, la cobertura de las plazas correspondientes a estos contratos indefinidos está sujeta a la observancia de los principios de publicidad, mérito y capacidad que rigen para el acceso al empleo público.

5.2. El contrato de sustitución a causa de un proceso de selección

De las posibilidades que abarca el contrato de sustitución, el párrafo 3º de la disposición adicional 4ª, se refiere a «los contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva». Como es sabido, en la legislación laboral ya estaba prevista esta modalidad contractual con la misma finalidad, además de para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, con la denominación de contrato de interinidad.

Dos son los parámetros en torno a los que se asienta esta regulación: de una parte, la exigencia de observar, aunque se trate de un contrato temporal, la observancia de los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad²; y de otra, que la provisión de los puestos de trabajo debe realizarse

² El art. 11.3 TREBEP añade, además, el principio de celeridad en los procedimientos de selección del personal laboral temporal, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.

«en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público».

En este sentido, se puede traer a colación la doctrina jurisprudencial que estima que, salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga (STS, Social, 28-6-2021, rec. 326372019).

La mención a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, no es baladí. Esta Ley modifica el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), e introduce una nueva disposición adicional decimoséptima, redactada bajo la rúbrica “Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público”, en cuyo apartado 5 se regulan las consecuencias que se producen por el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia, en el caso del personal laboral temporal; consecuencias que, como se verá a continuación, son distintas a las previstas en el ámbito laboral privado.

6. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS MÁXIMOS DE PERMANENCIA

Las consecuencias que se regulan en la normativa vigente por el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia con contrato temporal son distintas para los supuestos en que el empleador pertenece al sector público o al sector privado. Esto tiene su fundamento en la distinta naturaleza jurídica y en la exigencia de tener que observar en el sector público una serie de principios que no rigen en el ámbito privado. Para este ámbito, el art. 15.4 ET establece la adquisición de la condición de fijo de las personas contratadas incumpliendo lo previsto en el mismo artículo. Por tanto, los contratos por circunstancias de la producción y los contratos de sustitución en los que no se observen los límites temporales previstos para estas modalidades, tendrán una conversión en contratos fijos, circunstancia que no puede operar de la misma manera en el ámbito del sector público. En este ámbito, el incumplimiento de los plazos de permanencia podrá dar lugar a la conversión del contrato temporal en indefinido, pero el trabajador no adquirirá la condición de fijo.

Por otro lado, el contrato de sustitución para la cobertura temporal de un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, tiene para el ámbito del sector público una regulación distinta a la que rige para el ámbito privado.

Para este ámbito, el párrafo 3º del art. 15.3 ET limita el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva de un puesto de trabajo a un período de tiempo que no puede ser superior a tres meses o el plazo inferior que se establezca

en convenio colectivo, ni puede celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración. Superado dicho período de tiempo, el contrato se transforma en un contrato por tiempo indefinido.

Sin embargo, el párrafo 3º de la disposición adicional 4ª del RDL 32/2021, se encarga de neutralizar para el ámbito del sector público las consecuencias previstas en la norma para el ámbito privado, al someter los contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo en el sector público a «los términos establecidos en la Ley 20/2021, de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público». Esta remisión a la Ley 20/2021 lo es, en realidad, a la nueva disposición adicional decimoséptima del TREBEP.

Esta disposición adicional establece en el apartado 5º que «en el caso del personal laboral temporal, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica»; regulando a continuación la regla que sirve para el cálculo de la compensación económica³. Curiosamente, la cuantía de la compensación económica es coincidente con la cuantía de la indemnización, que para el caso de la extinción del contrato por circunstancias objetivas, se establece en el art. 53.1.b) ET (veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año, con el máximo de doce mensualidades).

Por tanto, existe una apreciable diferencia en la regulación entre las consecuencias previstas para cuando se produce el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia en el sector privado, y cuando se produce en el sector público. En el sector privado, y de acuerdo con lo previsto en la legislación laboral, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia conlleva la conversión del contrato en indefinido; sin embargo, en el sector público, se pretende saldar dicho incumplimiento con una compensación económica; si bien se añade «sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica». Esta regulación implica que si la extinción de la relación laboral es pacífica porque el trabajador no recurra contra ella, el trabajador tendrá derecho a la referida compensación; pero si el trabajador presenta demanda ante la

³ Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades. No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado precedente o por renuncia voluntaria.

jurisdicción social, y consigue una declaración de improcedencia, le corresponderá una indemnización de mayor cuantía que la de la referida compensación, y que será la prevista en el ET para los supuestos en que se declara improcedente la extinción del contrato.

Como ya ha quedado dicho, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia, en aplicación de la normativa laboral, produce la conversión del contrato temporal en indefinido, y su extinción, si se estima improcedente por la jurisdicción social, conlleva una indemnización de mayor cuantía que la que corresponde a la referida compensación, por vulneración de la normativa laboral específica. La concurrencia de esta situación está implícitamente prevista en la regulación que analizamos al establecerse, en el párrafo 2º, in fine, del apartado 5, de la DA 17ª TREBEP, que «en caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades».

Esta regulación, aparentemente bondadosa para con el trabajador, parece que pretende obviar la aplicación de los efectos y consecuencias previstos en la normativa laboral específica (ET), para cuando se produce el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia con un contrato temporal. Además, está marcando las pautas de actuación que debe observar la Administración Pública en el marco de las medidas del control de la temporalidad en el empleo público. A nuestro modo de ver, en la DA 17ª.5 TREBEP se pueden identificar las siguientes posibles actuaciones que afectan a la Administración: a) La facultad de la Administración Pública de decidir unilateralmente la extinción de un contrato indefinido, sin causa que lo justifique; b) el derecho del personal laboral temporal, cuyo contrato se ha transformado en indefinido, a percibir una compensación económica por la extinción del contrato inferior a la indemnización que correspondería por una extinción improcedente del contrato de trabajo; y, c) la imposibilidad de ejercer la facultad de optar entre readmisión o indemnización en caso de la declaración de improcedencia de la extinción del contrato.

En cuanto a la primera de las posibles actuaciones de la Administración que hemos identificado, en el caso del personal laboral temporal, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia, de acuerdo con la normativa laboral específica, da lugar a la conversión del contrato temporal en contrato indefinido; y la extinción de un contrato de trabajo indefinido deber tener una causa que la justifique. No se establece en la norma ninguna causa concreta a la que pueda estar sometida la extinción del contrato, como no sea la finalidad última de la norma del control de la temporalidad. Por tanto, conforme a la regulación vigente, la Administración Pública podrá, cuando lo considere oportuno, extinguir el contrato de trabajo que mantiene con un trabajador, teniendo derecho el trabajador a una compensación económica.

Por otro lado, en lo que se refiere al derecho del personal laboral temporal cuyo contrato se ha transformado en indefinido por incumplimiento de los plazos de

permanencia, a percibir una compensación económica por la extinción del contrato, hay que indicar que parece que la norma se coloca en una posición de extinción pacífica de la relación laboral, en la que el trabajador aceptaría la extinción del contrato ignorando la posibilidad de recurrir la decisión extintiva, siendo acreedor de la compensación económica prevista, de cuantía inferior a la indemnización que correspondería por una extinción improcedente del contrato de trabajo. Sin embargo, la propia norma también anticipa la posibilidad de que la resolución del contrato no sea pacífica, al prever la posibilidad de reconocimiento de una indemnización en vía judicial, lo que requiere, previamente, que el trabajador presente demanda por despido.

La compensación económica no se genera con el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia, sino que ha de producirse un cese efectivo de la relación laboral. Mientras que la relación laboral se mantiene vigente, no opera el derecho a percibir la compensación económica aunque se haya producido un incumplimiento de los plazos máximos de permanencia.

Compensación económica e indemnización son percepciones incompatibles. Este dato se deduce de la regla de cálculo prevista en la DA 17^a.5, párrafo 2º, que determina la compensación entre las cantidades correspondientes a la compensación y a la indemnización.

Por último, la imposibilidad de ejercer la facultad de optar entre readmisión o indemnización en caso de la declaración de improcedencia de la extinción del contrato, parece clara. De acuerdo con el art. 56 ET, el empresario, ante la declaración de improcedencia del despido del trabajador, puede optar entre la readmisión del trabajador o la indemnización prevista en el referido precepto. De la redacción de la DA 17^a.5, parece deducirse que no es posible optar, sino que solamente cabe el abono de la indemnización reconocida en vía judicial. Esta interpretación podría ser admisible si se considera que la finalidad de la norma se dirige al control de la temporalidad, tratando, en este caso, de evitar la transformación del contrato temporal en indefinido cuando se incumplen los plazos máximos de permanencia.

7. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL: CONTRATACIÓN EN EL MARCO DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA Y FONDOS DE LA UNIÓN EUROPEA

El RDL 32/2021 de 28 de diciembre, contiene en la disposición adicional quinta una regulación que constituye excepciones a la regla general de duración del contrato temporal que se establece en el art. 15.2 ET. Se trata de contratos temporales asociados a la ejecución de Plan de Recuperación y Resiliencia y a la ejecución de programas de carácter temporal financiados con fondos de la Unión Europea. La duración de los contratos no está ligada a los concretos períodos de tiempo que establece el art 15.2 ET, sino que vienen determinados “por el tiempo

necesario para la ejecución de (los citados) proyectos”, asociados a la estricta ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, o para la ejecución de programadas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea. Se insiste en que no se establece en la norma duración máxima de los contratos. La duración viene determinada, en el primer caso, «por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos»; y, esta prescripción también es aplicable para el segundo caso, la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea.

Tratándose de una norma que afecta a las entidades que integran el sector público, los contratos están sujetos a la observancia de los principios constitucionales de igualdad mérito y capacidad y a los términos que se establecen en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. La remisión a la Ley 20/2021 lo es en la práctica a la disposición adicional 17ª TREBEP, y está ligada a la idea del control de la temporalidad en el empleo público y para el caso en que se produzca un incumplimiento de los plazos máximos de permanencia, supuesto en el que hay que recordar puede producirse la extinción del contrato por decisión unilateral de la entidad integrante del sector público.

Por último, señalar que es también aspecto a tener en cuenta que esta disposición extiende a todo el sector público, una norma destinada a la regulación del empleo público en el ámbito de las Administraciones Públicas.

ESTUDIOS

Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia
Jesús Cruz Villalón

El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos tras el RDL 32/2021: la centralidad estructural y finalista de la formación
Eva Garrido Pérez

El contrato temporal por razones productivas
María Nieves Moreno Vida

El contrato temporal de sustitución
Federico Navarro Nieto

La reforma del encadenamiento de contratos laborales: repercusiones en el mercado de trabajo español
M^a José Rodríguez Ramos

Del contrato fijo de obra a la relación indefinida adscrita a obra y su extinción por razones formalmente inherentes a la persona del trabajador
Francisco Javier Calvo Gallego y María José Asquerino Lamparero

El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la Reforma de 2021
Juan Gorelli Hernández

Las medidas sancionadoras frente a la contratación temporal abusiva
María Teresa Igartua Miró

Los expedientes temporales de regulación de empleo
Francisco Vila Tierno y Juan Carlos Álvarez Cortés

Mecanismo RED de flexibilidad interna y garantía de estabilización del empleo
José Luis Monereo Pérez y Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

Concurrencia entre convenios colectivos y modernización de la negociación colectiva
Carmen Sáez Lara

Las remisiones a la negociación colectiva por parte de la reforma laboral
Miguel Ángel Almedros González

Retorno normativo a la ultraactividad indefinida: ¿cambio que bien merece una reforma o valor simbólico?
Cristóbal Molina Navarrete

Las cláusulas de jubilación obligatoria en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021
Juan Antonio Maldonado Molina

El régimen de contratación laboral en el sector público en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre
Pedro Gómez Caballero