

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 nº 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 contrata 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.