

Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Enero 2022

Volumen 3 - Número extraordinario
La reforma laboral de 2021

Editorial	4
Jose María Goerlich Peset - Jesús R. Mercader Uguina - Ana de la Puebla Pinilla	
La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿la propuesta definitiva	7
<i>The labour market reform and the new learning contract: the last proposal?</i> Daniel Pérez del Prado	
Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021	19
<i>The reasons for fixed term employment contracts after the Royal Decree law 32/2021</i> Francisco Javier Gómez Abelleira	
La contratación temporal en el RD Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones	31
<i>Fixed-term employment contracts: new rules in employees' rights, injuries and presumptions</i> Patricia Nieto Rojas	
Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos	43
<i>The impact of the reform in the construction sector. A merely aesthetic change for statistical purposes</i> Cristina Aragón Gómez	
Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías	58
<i>Permanent-discontinuous contract: extension of cases and improvement of its guarantees</i> José María Goerlich Peset	
La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre	73
<i>Section 42 ET Amendment</i> Luis Enrique Nores Torres	
El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo	83
<i>The new system of reduction of working hours and suspension of contracts due to ETOP causes and force majeure. A commitment to stability and job training.</i> Ana de la Puebla Pinilla	
La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo	97
<i>The legislator's anticipatory response to risks of employment crises: the new employment flexibility and stabilisation mechanism ("mecanismo red")</i> Pablo Gimeno Díaz de Aauri	

El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?	111
<i>The end of the prevalence of the company agreement in salary matters: point of arrival or departure?</i>	
Jesús R. Mercader Uguina	
El retorno de la ultraactividad ilimitada: una verdadera derogación de la reforma laboral del año 2012	129
<i>The return of the unlimited ultra-activity collective agreements: a true repeal of the 2012 labour market reform</i>	
Luis Gordo González	
Incidencia de la reforma laboral en el empleo público	142
<i>Incidence of the labor reform in public employment</i>	
Francisco Ramos Moragues	
La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores	156
<i>The Nth amendment of the Tenth Additional Provision of the Workers' Statute</i>	
Amparo Esteve Segarra	

Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social
EISSN: 2660-7360 - www.uc3m.es/labos

Dirección

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
Universidad de Valencia, España

JESÚS R. MERCADER UGUINA
Universidad Carlos III de Madrid

ANA MARÍA DE LA PUEBLA PINILLA
Universidad Autónoma de Madrid, España

Secretaría de redacción

PATRICIA NIETO ROJAS

Comité de redacción

AMPARO ESTEVE SEGARRA

PABLO GIMENO DIAZ DE ATAURI

LUIS GORDO GONZÁLEZ

Comité científico

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
Universidad Complutense de Madrid

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA
Universidad Carlos III de Madrid, España

LANCE COMPA
University of Cornell, USA

JUAN JOSÉ DOLADO
Universidad Carlos III de Madrid, España

RUTH DUKES
University of Glasgow, United Kingdom

IGNACIO GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

ISABEL GUTIÉRREZ CALDERÓN
Universidad Carlos III de Madrid, España

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ
Universidad de Salamanca

SALVADOR DEL REY GUANTER
Universidad Pompeu Fabra, España

TOMÁS SALA FRANCO
Universidad de Valencia

EVERT VERHULP
Universidad de Amsterdam, Holanda

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Universidad Autónoma de Madrid

EDITORIAL

Jose María Goerlich Peset
Jesús R. Mercader Uguina
Ana de la Puebla Pinilla

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6652>

La sensatez en la vida y en el Derecho no suele ser, desgraciadamente, la regla que marque el actuar de las personas y, menos aún, en una sociedad acelerada en la que es difícil que las decisiones se adopten con la pausa y el sosiego necesario. Por eso creemos que debemos valorar muy positivamente el acuerdo que la mesa de diálogo para la reforma laboral consiguió alcanzar en diciembre de 2021, tras largos meses de arduas negociaciones y que, finalmente, ha visto la luz mediante la publicación en el BOE del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

La reforma laboral ha sido fruto de un largo y complejo proceso de negociación en la que los interlocutores sociales han tenido el enorme mérito de conseguir consensos sobre materias sensibles y alcanzar un acuerdo en un terreno tan complejo y sinuoso, cualquiera que sea el momento en el que se produzca, como lo es el laboral. Que Gobierno y, en particular, los responsables del Ministerio de Trabajo, UGT, CC.OO y CEOE hayan conseguido ese punto de equilibrio, en un contexto tan difícil como el actual, es un mérito incuestionable que no solo ayuda a nuestro debilitado mercado de trabajo sino que fortalece nuestro entero sistema democrático.

La COVID-19, si ha tenido algún efecto positivo, ha sido el de concienciarnos a todos de que es necesario abandonar posiciones maximalistas y de que debemos remar en la misma dirección. El espíritu de diálogo resultó ya fundamental en la brillante gestión laboral de la pandemia a través de la normativa de emergencia, un espíritu que estuvo en su base desde el primer momento y que se materializó a través de los sucesivos Acuerdos en Defensa del Empleo. Una interlocución que, en palabras de la Exposición de Motivos del RDL 24/2020, constituyó una “pieza fundamental para la reconstrucción y el fortalecimiento del mercado de trabajo, con el objetivo de conseguir una recuperación eficiente, pero también justa, equitativa, inclusiva y con vocación de futuro”. Estos acuerdos crearon una auténtica red permanente para la gestión negociada de la crisis y ha sido precisamente en ese marco de entendimiento, que ha tenido otros relevantes ejemplos, en el que se ha fraguado la actual reforma laboral.

El resultado de todo es un conjunto de respuestas coherentes y de futuro para nuestro mercado de trabajo. Un mercado débil y precario que se encontraba necesitado de atención y de mecanismos que le ayudaran a, lentamente, cambiar la consolidada cultura de la temporalidad por otra en la que la indefinición comience a ser la regla. Por ello, la apuesta por la contratación indefinida, el relevante papel que se otorga al trabajo fijo discontinuo, la reformulación del contrato fijo de obra, el control equilibrado sobre los tipos de contratos temporales (eliminando del campo de juego el de obra o servicio determinado) o, en fin, una muy meditada reconstrucción de los contratos formativos son los cimientos sobre los que se arma la apuesta por un modelo de flexiseguridad socialmente responsable.

Una reforma que viene a consolidar, también, modelos exitosos como los ERTES, que han ayudado en los dos últimos años a contener la destrucción del empleo y garantizar la estabilidad de muchos miles de puestos de trabajo. Un acierto es, sin duda, esta apuesta. Y, en esta línea, se da luz a

nuevos instrumentos de adaptación no traumática como el Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización de empleo que puede resultar una excelente herramienta para enfrentarnos a los cambios que el sistema productivo va a vivir en los próximos años como consecuencia de la transformación digital. Dos apuestas por la conservación y no por la destrucción del empleo como medidas preferentes para enfrentarse a cualquier necesaria readaptación que exija, ahora y en el futuro, nuestro tejido productivo.

Abordar la reforma de algunos aspectos de la normativa existente en materia de negociación colectiva era una necesidad, como lo era también establecer mecanismos que moderaran los excesos oportunistas que se habían producido en los ámbitos empresariales de negociación. La apuesta por convertir el convenio de sector en un referente en lo salarial (limitación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa o determinación del convenio aplicable a contratados y subcontratados) o la resurrección de la regla clásica de conservación del convenio en situaciones de ultraactividad, son soluciones acordadas, no lo debemos olvidar, fruto de largas, extensas y profundas reflexiones. Estamos seguros de que los puntos de equilibrio no han sido fáciles de alcanzar y, seguramente, han existido renuncias e incluso alguien pueda pensar que ha cedido o admitido demasiado. Pero creemos que en eso consiste el verdadero diálogo.

La norma se acompaña de varias disposiciones que vienen a apuntalar desde la Seguridad Social las líneas básicas diseñadas por la norma. Como la norma también refuerza la función de control y vigilancia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Nadie duda de la voluntad de cumplimiento de la normativa laboral por las empresas españolas que en muchos casos han dado ejemplo de compromiso con el empleo en el momento que estamos viviendo. Pero no está demás establecer mecanismos sancionadores que ayuden a comprender a los menos responsables los riesgos de sus actuaciones.

Frente a los modelos de reformas unilaterales que han jalonado nuestra historia, una reforma laboral sin vencedores ni vencidos es una buena noticia. En una civilización de la conversación, consciente de la potencialidad del progreso que, como explicó Dahrendorf, conlleva el conflicto, la solución dialogada de los problemas resulta la vía natural de canalización de la contraposición de intereses, máxime si se trata de un ámbito como el laboral, donde el diálogo social y el acuerdo son las señas de identidad de un modelo social democrático, avanzado y maduro. Un valor esencial que resulta especialmente reseñable cuando los puntos de acuerdo remiten a valores como la consecución de un mercado de trabajo robusto en el que la indefinición de sus contratos de trabajo sea la regla y no la excepción; donde se apuesta abiertamente por la conservación del empleo en cualquier contexto de crisis y, en el que, en fin, se pretenden garantizar unas condiciones de trabajo dignas a todos los que contribuyen con su trabajo al desarrollo de la actividad económica.

Cuando andábamos buscando el espíritu de la transición y recuperar sus consensos, esta reforma parece indicarnos que vamos por buen camino. A partir de este momento, corresponde a los intérpretes valorar sus contenidos. Las dudas que surgen de la lectura de las novedades incorporadas en las normas laborales y de Seguridad Social son numerosas. Es razonable que así sea cuando la reforma es fruto de un texto negociado y acordado, en el que las renuncias y cesiones de las partes se traducen en textos cuya imprecisión es, en algunos casos, consciente y deliberada.

En este número extraordinario de *Labos*, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, dedicado íntegramente a la Reforma laboral de 2021, atendemos precisamente a esa finalidad, la de abordar el estudio de las principales novedades incorporadas por el RDL 32/2021 desde una perspectiva crítica, que pretende valorar el alcance de las novedades, identificar los problemas interpretativos que suscitan y aportar soluciones que, sin prescindir de los objetivos perseguidos con la reforma, se cohonesten con la literalidad de los preceptos modificados.

El análisis de la reforma en materia de contratación laboral, que constituye uno de los elementos nucleares de la reforma, exigía un estudio detallado de las diversas modalidades contractuales afecta-

das por el RDL 32/2021. El profesor Pérez del Prado analiza, en primer lugar, el régimen del contrato formativo, cuyo nuevo diseño persigue establecer una regulación idónea para la incorporación de las personas jóvenes al mercado de trabajo y, a la vez, convertirlo en un modelo contractual atractivo y útil para las empresas, revirtiendo la inercia de nuestro mercado de trabajo, poco proclive al uso de los contratos formativos. Por su parte, los profesores Gómez Abelleira, Aragón Gómez y Goerlich Peset, abordan, respectivamente, el estudio de los contratos de duración determinada, el contrato indefinido de obra en el sector de la construcción y el contrato fijo discontinuo, modalidades contractuales, todas ellas, que han sido modificadas bajo la directriz común de fomentar la contratación indefinida mediante la reducción de la temporalidad y la expansión del contrato fijo discontinuo. El análisis de la contratación se completa con el estudio de la profesora Nieto Rojas que fija su atención en las reglas comunes sobre encadenamiento de contratos temporales, el juego de las presunciones de indefinición y el nuevo régimen sancionador para incumplimientos en materia de contratación.

Las novedades incorporadas en el régimen de la subcontratación han quedado, finalmente, reducidas a la incorporación de reglas legales sobre el convenio colectivo aplicable a las personas trabajadoras en las contrataciones y subcontratas. Pero el nuevo art. 42.6 ET ofrece una regulación confusa y alambicada que lo convierte en uno de los grandes retos para los intérpretes de la reforma laboral. El estudio del profesor Noreas Torres se dedica precisamente a analizar con detalle el nuevo precepto legal, identificando los problemas interpretativos que plantea y ofreciendo una interpretación de su contenido coherente con la finalidad perseguida con su reforma.

La profesora de la Puebla Pinilla y el profesor Gimeno Díaz de Atauri estudian, respectivamente, las novedades incorporadas en el régimen jurídico de los ERTE –que, acogiendo las lecciones aprendidas durante la COVID-19, se incorporan al art. 47 ET para dotar a este instrumento de una mayor agilidad y flexibilidad y convertirlo en un instrumento de referencia para afrontar las crisis coyunturales–, y al Mecanismo RED, regulado en un nuevo art. 47 bis ET, –un sistema previsto para responder a posibles crisis sectoriales o cíclicas y pensado para frenar la destrucción de empleo y acompañar a las personas trabajadoras en su transición entre empleos–.

En materia de negociación colectiva, la reforma ha afectado al art. 84.2 ET, para eliminar la prioridad aplicativa de los convenios de empresa en materia salarial, y al art. 86, para recuperar la ultraactividad ilimitada de los convenios colectivos una vez denunciados. Ambas novedades, especialmente la primera, arrastran consecuencias que afectan a la completa estructura de la negociación colectiva y cuya aplicación y efectos sobre los convenios colectivos vigentes, regulada a través de unas complicadas disposiciones transitorias sexta y séptima, plantea numerosos problemas. A estas cuestiones dedican sus estudios los profesores Mercader Uguina, referido al fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial, y Gordo González, sobre el retorno de la ultraactividad ilimitada.

El número monográfico extraordinario se completa con el estudio, a cargo del profesor Ramos Moragues, del impacto de la reforma laboral sobre el empleo público, revelando los intensos efectos que la reforma produce en este sector. Y, en fin, con el análisis de la profesora Esteve Segarra sobre la modificación del régimen de la jubilación forzosa, modificación no prevista en el RDL 32/2021 pero sí en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre de 2021, coetánea pues con la reforma laboral y que viene a incorporar en esta figura, a modo de acción positiva, incentivos para la contratación de mujeres.

Se trata, en definitiva, de un análisis completo y exhaustivo de la reforma laboral, con el que pretendemos contribuir al debate sobre su alcance y aplicación, un debate que ya está sobre la mesa y en el que la última palabra la tendrán nuestros jueces y tribunales.

La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿la propuesta definitiva?

The labour market reform and the new learning contract: the last proposal?

Daniel Pérez del Prado**

*Profesor Titular (i) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0001-7106-6769

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6633>

Resumen: Los contratos formativos son una pieza clave de cualquier mercado de trabajo, pues proveen de la necesaria cualificación profesional, teórica y práctica o práctica, a quienes se integran por primera vez en la actividad laboral o a quienes necesitan recualificarse, en ambos casos, para adaptarse a las necesidades de los mercados. Esta relevancia es especialmente significativa en un contexto como el actual, marcado por la digitalización, en el que a la necesidad de cubrir determinados tipos de perfiles formativos se une una mayor rapidez en los cambios tecnológicos y, por consiguiente, en los conocimientos necesarios para darles soporte.

En este particular contexto, la reforma laboral 2021 ha procedido a rediseñar la regulación de los contratos formativos en un intento no solamente de acercarlos aún más a la realidad de las empresas en un contexto de cambio disruptivo, sino de recuperar algunos derechos perdidos. El presente trabajo aborda de forma sucinta los principales cambios y se pregunta si, a diferencia de reformas precedentes, estos serán suficientes como para impulsar su uso por parte de nuestro tejido empresarial.

Palabras clave: Reforma laboral, contratos formativos, contrato formativo, contrato en prácticas, contrato para la formación y el aprendizaje, digitalización.

Abstract: Training contracts are a key tool of any labour market as they provide the necessary professional skills, both theoretical and practical or practical, to those who are joining the workforce for the first time or to those who need to be requalified, in both cases, to be adapted to the markets' needs. This relevance is especially significant in a context such as the current one, marked by digitization, in which the need to cover certain types of training profiles is joined by a greater speed in technological changes and, consequently, in the knowledge necessary to support it.

*Este trabajo forma parte del proyecto de investigación "Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales: Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital" (RTI2018-094547-B-C21).

**daniel.perez.delporado@uc3m.es

In this particular context, the 2021 Labor Reform has proceeded to redesign the regulation of training contracts in an attempt not only to bring them even closer to the reality of companies in a context of disruptive change, but recovering some lost rights. This paper succinctly addresses the main changes and wonders whether, unlike previous reforms, this will be enough to promote its use by our business.

Keywords: Labour market reform, learning contract, training contract, digitalization.

1. El motivo del cambio: la historia de un fracaso permanente y cambios que no cambian nada

En su maravillosa novela *1, 2, 3, 4*, Paul Auster nos narra el discurrir de la vida o, mejor dicho, de las vidas de un mismo individuo en contextos muy diferentes y cómo ello determinaba que el devenir de su existencia transitara por derroteros muy distintos, por más que determinados puntos de referencia, su entorno vital, su familia, sus amigos, fueran siempre los mismos. Con ello conseguía hacernos reflexionar acerca de cómo los cambios a lo largo de la vida, deseados o no, pueden determinar que las trayectorias personales de los seres humanos acaben en finales dispares, por más que hayan podido comenzar en una misma línea de salida.

Al leer la reforma operada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo¹ (en adelante RDL 32/2021) no puede dejar de establecerse un cierto paralelismo con esta novela, pues al protagonista de estas reflexiones, el contrato formativo (o contratos, según se vea, cuestión de la que hablaremos más adelante) se le ha sometido a numerosísimos cambios a lo largo de su historia sin que, sin embargo, a diferencia de lo que le ocurría Ferguson, el del libro, hayamos conseguido cambiar lo más mínimo la realidad práctica de una tipología contractual, por otra parte, esencial para nuestro mercado de trabajo, especialmente si se tienen en cuenta los retos a los que se enfrenta ante el fenómeno de la digitalización de la economía.

En efecto, los contratos formativos son una pieza esencial en el engranaje institucional del mercado de trabajo, pues es uno de los mecanismos que permiten incrementar y/o adaptar los niveles formativos de la mano de obra. La formación ha sido siempre un elemento clave para un más eficiente funcionamiento del mercado de trabajo y, por ende, del conjunto de la economía. La evidencia empírica demuestra que a mayores niveles de educación y formación se consiguen mejores condiciones de trabajo y, en particular, salariales; se alcanzan mayores niveles de productividad, lo cual es especialmente importante en un país como el nuestro en el que esta variable muestra un comportamiento muy particular²; o se mejora la empleabilidad tanto en el caso de los ocupados como en el de los desempleados³. Para España en concreto, se han encontrado efectos positivos tanto de la formación básica en la empleabilidad de los sujetos, especialmente cuando se combina con otras políticas activas de empleo; como de la específica, para la que se observaría un efecto a corto plazo positivo, aumentando la tasa de ocupación, la estabilidad de los contratos laborales y los ingresos⁴.

¹ BOE 30/12/2021, núm. 313.

² BOERI, T.; VAN OURS, J., *The economics of imperfect labour markets*, Princeton University press., Princeton, New Jersey, 2008, pp. 222-231.

³ FROELICH, D. E.; BEUSAERT, S.; SEGERS, M.; GERKEN, M., "Learning to stay employable", *Career Development International*, vol. 19, 5, 2014, Emerald Group Publishing Limited, Bradford, United Kingdom, pp. 508-525.

⁴ AIREF, *Estudio Programa Políticas Activas de Empleo*, AIREF, 2018, pp. 69-70, fecha de consulta 17 enero 2022, en https://www.airef.es/wp-content/uploads/2019/06/Estudio3-PAE/protegido_Proyecto_03.pdf.

Esta relevancia que la formación tiene en general se incrementa cuando se la enmarca en el contexto particular de la revolución tecnológica. La Comisión Europea ha señalado que «en el mundo del mañana, si queremos controlar nuestro propio destino, confiar en nuestros medios, valores y posibilidades, debemos contar con ciudadanos capacitados y capaces digitalmente, trabajadores con competencias digitales y muchos más expertos en el sector digital que en la actualidad. [...] Las competencias digitales serán esenciales para reforzar nuestra resiliencia colectiva como sociedad. Las capacidades digitales básicas para todos los ciudadanos y la oportunidad de adquirir nuevas competencias digitales especializadas para los trabajadores son un requisito previo para participar activamente en el Decenio Digital, tal como se explica en la Agenda de Capacidades Europea»⁵. En este sentido, ya en España, el Plan Nacional de Competencias Digitales propugna «garantizar la formación e inclusión digital de la ciudadanía y los trabajadores, no dejando a nadie atrás en el proceso de transformación digital de la sociedad y la economía». Sin embargo, la estrategia española frente al reto digital lo trasciende para alcanzar también la educación y la formación profesional entre otras áreas relevantes⁶. Bajo este prisma, es imposible no concebir también los contratos formativos como una pieza más de ese engranaje en necesaria transformación.

Sin embargo, a pesar de su importancia los contratos formativos son una tipología contractual que no ha terminado de funcionar. De acuerdo con los datos ofrecidos por la Estadística de Contratos, de los 18.506.494 contratos que se firmaron en 2021⁷, 80.080 lo fueron en prácticas, mientras que 30.672 lo fueron para la formación y el aprendizaje. Esto supone un 0,4% y 0,2% del total respectivamente o, si se prefiere, en conjunto los contratos formativos representaron el 0,6% del total de contratos firmados en ese año. Si tenemos en cuenta que estas modalidades contractuales se centran fundamentalmente en los jóvenes, podemos observar cómo la situación no mejora en exceso. En la franja de menores de 29 años, para el mismo período, el número de contratos en prácticas ascendió 1,2% y el de formación y al aprendizaje al 0,4%, esto es, ambos representaron el 1,6% de los contratos que se firmaron con menores de 29 años.

Este es un mal que acompaña a los contratos formativos desde su creación y, por tanto, el objetivo principal a alcanzar por todas y cada una de las reformas laborales o modificaciones legislativas que lo han abordado. Para que pudiera ser una herramienta valiosa en la lucha contra el tradicionalmente elevado desempleo juvenil era imprescindible que fuera utilizado por las empresas. A pesar de las numerosísimas reformas que ha sufrido (si las cuentas no nos fallan, diez desde la aprobación del ET de 1995), ni lo uno ni lo otro se ha conseguido. El desempleo juvenil ha seguido siendo un problema central de nuestro mercado de trabajo y estos contratos una herramienta muy residual en la lucha contra el paro.

De ahí que el objetivo fundamental de este trabajo sea realizar un repaso muy sucinto de las principales novedades introducidas por el RDL 32/2021 como paso previo para intentar solventar la duda de si esta vez será la definitiva, si la reforma propulsará el empleo de los contratos formativos entre nuestras empresas.

⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital. COM(2021) 118 final*, Comisión Europea, Bruselas, 2021, fecha de consulta 17 enero 2022, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0118&from=en#footnoteref12>. Por su parte, la Agenda de Capacidades Europea pretende dar respuesta, entre otros, al mandato del Pilar Europeo de Derecho Sociales y su plan de acción en esta materia. Su contenido completo puede consultarse aquí: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0274&from=EN>

⁶ Véanse los componentes 19, 20, 21 y 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

⁷ Último dato disponible por año completo que, además, tiene la virtud de haber sido relativamente normal en cuanto al funcionamiento del mercado de trabajo y de la economía a pesar de la pandemia. No se incluyen las conversiones ni las adscripciones en colaboración social.

2. Los cambios introducidos por la reforma laboral 2021

2.1. ¿Un contrato o dos?

En su origen, la confluencia entre formación y Derecho del Trabajo se articuló a través del contrato de aprendizaje, única modalidad contractual especial a la que se encargó la formación práctica, mediante el desempeño del trabajo, desde la Ley de 17 de julio de 1911 hasta la Ley del Contrato de Trabajo de 1944⁸. No fue hasta la Ley 16/1976 de 8 de abril, de Relaciones Laborales⁹, cuando este contrato se escindió en dos, uno para la formación práctica propiamente dicha y otro para la teórico-práctica¹⁰, situación que se ha mantenido hasta nuestros tiempos con los distintos textos del ET. Ello era lógico pues, *prima facie*, lo que puede aportar el mundo del trabajo a la formación es precisamente el elemento práctico, sofisticándose después para combinar y aunar mejor teoría y práctica.

Desde que apareciera, por tanto, el contrato para la formación –en sus diferentes denominaciones–, la doctrina ha sostenido que nos encontrábamos ante dos modalidades contractuales diferentes, por más que ambas estuvieran alojadas en un mismo precepto, el art. 11 ET, y compartieran una misma estrategia y objetivo, el incremento de los niveles formativos, fundamentalmente de los jóvenes, aunque con tácticas diferentes. Mientras que en el contrato en prácticas de lo que se trataba y trata es de adquirir experiencia profesional, en el de formación (ahora, en alternancia) se combinaba formación teórica y práctica¹¹.

Desde esta perspectiva, resulta difícil reunificar ambas modalidades contractuales siempre que se mantenga esa táctica bifronte en lo formativo, esto es, siempre que se distinga entre la formación práctica y teórico-práctica. A este respecto, aunque la simplificación de los contratos ha sido uno de los objetivos abiertamente declarados del Gobierno, entre otros lugares, en el componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, lo cierto es que parecía que los contratos formativos escapaban a esta meta, pues sobre estos se decía que «se pretende establecer una regulación eficaz de los contratos formativos, que proporcione un marco idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral, ya se trate de contratos en alternancia con los estudios o bien de contratos para la obtención de una práctica profesional adecuada al nivel de estudios»¹².

Sin embargo, la exposición de motivos del RDL 32/2021, al explicar la reforma del art. 11 ET, señala que «supone en sí un cambio de modelo, estableciéndose un contrato formativo con dos modalidades». Esta configuración es confusa. Es cierto que, si establecemos como género el contrato formativo, podría admitirse la existencia de dos especies, modalidades, tipos o clases. Pero también lo es que, si se amplía el foco y el género es el contrato de trabajo, podemos encontrar múltiples especies, modalidades, tipos o clases en función del criterio de la clasificación que empleemos, régimen jurídico, tipo de actividad, forma, duración, etc. En uno y otro caso, tradicionalmente a esas distintas especies, modalidades, tipos o clases se les ha venido denominando también con su género, el contrato. En este sentido, puede afirmarse que el ET sigue una suerte de sinécdoque técnica. Por ejemplo, en el art. 15 ET, tras afirmar que «el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo

⁸ Gaceta de Madrid de 19 de julio de 1911, núm. 200, y Decreto de 31 de marzo de 1944, por el que se aprueban los textos refundidos de las Leyes de Contrato de embarque, aprendizaje y trabajo de mujeres y niños y trabajo a domicilio (BOE 11 de abril de 1944, núm. 102 –art. 122 y ss.–). Anteriormente, la Ley de 21 de noviembre de 1931 de contrato de trabajo (Gaceta de Madrid de 22 de noviembre de 1931, núm. 326) lo mantuvo una modalidad contractual especial (art. 6).

⁹ BOE 21 de abril de 1976, núm. 96

¹⁰ PRADOS DE REYES, F. J., *Contrato de aprendizaje, el*, Universidad de Granada, Granada, 1979.

¹¹ ALONSO GARCÍA, M., *Curso de derecho del trabajo*, 7a ed. actualizada, Ariel, Barcelona, 1981, p. 285; M. ALONSO OLEA, *Introducción al derecho del trabajo*, 6ª ed., rev. renovada y amp, Civitas, Madrid, 2002; PRADOS DE REYES, F. J., *Contrato de aprendizaje, el*, cit.

¹² Componentes 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y exposición de motivos del RDL 32/2021.

indefinido o por una duración determinada», continúa señalando que «podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos.». Lo mismo ocurría con la versión anterior del art. 11 ET, que utilizaba la denominación de “contrato” para cada modalidad. Así ha sido durante años y lo ha entendido también la doctrina pacíficamente hasta ahora¹³. El resultado es que a las modalidades, clases o tipos contractuales se les ha venido denominando también “contratos”.

Dicho esto, es probable que esta sea una mera cuestión lingüística que produzca pocos efectos prácticos¹⁴. En ella se deja notar la influencia de la propuesta conocida como “contrato único” que, aunque de momento ha sido desechada por los agentes sociales y el Gobierno, ha producido el efecto beneficioso de simplificar el panorama contractual, acertadamente en el caso del contrato de obra, y de forma forzada en el que ahora analizamos. No obstante, este intento de unificación de los contratos formativos sí ha producido un resultado positivo, pues la estructura del art. 11 ET es hoy mucho más coherente y ordenada que en versiones anteriores, lo que facilitará a buen seguro su comprensión, reforzando la seguridad jurídica.

2.2. ¿Más flexible, menos flexible o flexiseguro?

Si analizamos los cambios introducidos en los contratos formativos desde una perspectiva general, probablemente sea el último de los adjetivos del título el que más se aproxime al resultado final. Si se prefiere, en la nueva regulación de los contratos formativos se respira el espíritu de la reforma. De ella se ha dicho que es una reforma sensata¹⁵, por equilibrada. De esta parte particular de ella, sin lugar a dudas que puede afirmarse lo mismo.

Por un lado, porque no se ha producido un cambio radical en la regulación de estas modalidades contractuales¹⁶. Al contrario, hay determinados elementos que no se han alterado o se han alterado mínimamente respecto de su formulación anterior. Tal es el caso de buena parte de las reglas comunes (acción protectora de la Seguridad Social, interrupción del cómputo de la duración, forma, participación de la negociación colectiva sectorial y conversión en caso de fraude de ley); o el mantenimiento de lo que podríamos denominar como “reglas antiabuso” –con un mínimo retoque en cuanto al tiempo máximo de referencia– o la regla general para fijar la retribución (a salvo lo que diremos más adelante), en el caso del contrato en prácticas; o la existencia de un plan formativo individual, de dos tutores o la prohibición de la realización de horas extraordinarias, trabajo nocturno y a turnos, en el actual contrato en alternancia. No hubiera tenido tampoco sentido, en relación a este último contrato, alterar los títulos formativos exigidos, máxime cuando estaba tan reciente la incorporación de los universitarios (véase Tabla 1). También es mínimo el cambio introducido, en este mismo contrato, respecto del tiempo de trabajo efectivo, cuyo límite máximo el primer año se reduce del 75% al 65%, quedando inalterado el previsto para el segundo año. De esta forma se

¹³ ALBIOL MONTESINOS, I., *Contratos formativos: prácticas y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, 1994; CARDENAL CARRO, M., *Contratos de trabajo formativos*, Aranzadi, Pamplona, 1997; RABANAL CARBAJO, P. F., *Los contratos de trabajo formativos*, Dykinson, Madrid, 2002. Incluso también se usa la sinécdoque para submodalidades dentro de cada una. Ad. Ex. FERNÁNDEZ DÍAZ, P., *Los contratos de trabajo formativos en prácticas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

¹⁴ Aunque no la única que nos ha dejado el texto de la reforma. A este respecto véase RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., “Así es el RDL 32/2021 (I): reflexiones sobre el lenguaje de la norma”, *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, 2022, fecha de consulta 19 enero 2022, en <http://grupo.us.es/iwpr/2022/01/16/asi-es-el-rdl-32-2021-y-ii-reflexiones-sobre-el-lenguaje-de-las-normas-laborales/>; “Así es el RDL 32/2021 (y II): reflexiones sobre el lenguaje de la norma”, *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, 2022, fecha de consulta 19 enero 2022, en <http://grupo.us.es/iwpr/2022/01/16/asi-es-el-rdl-32-2021-y-ii-reflexiones-sobre-el-lenguaje-de-las-normas-laborales/>.

¹⁵ MERCADER UGUINA, J. R.; DE LA PUEBLA PINILLA, A., “La Reforma Laboral de 2021: elogio de la sensatez”, *El Foro de Labos*, 2021, fecha de consulta 19 enero 2022, en <https://www.elforodelabos.es/la-reforma-laboral-de-2021-elogio-de-la-sensatez/>.

¹⁶ PRADOS DE REYES, F. J., “Contratos formativos en la reforma laboral de 2021”, *Los Briefs de la AEDTSS*, 2022, fecha de consulta 19 enero 2022, en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/Contratos-formativos-en-la-reforma-laboral-2021.pdf>.

amplía mínimamente el tiempo posible dedicado a la formación cuando probablemente más se necesita, lo que va en la línea de reforzar el plano formativo de estos contratos, tal y como se indicará inmediatamente.

Por otro lado, cuando la norma decide introducir cambios, en algunas ocasiones lo hace con el objetivo de mejorar las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras en formación, auténtico *leitmotiv* del conjunto de la reforma. Pero, en otras también se observan mejoras que facilitan la gestión de este tipo de trabajo o contratos por parte de las empresas. Este sentido, podría afirmarse que se rompe la línea de acción observada en las últimas décadas tendente hacia una flexibilización de la regulación con el objetivo de fomentar el empleo juvenil, en algunas ocasiones incluso en detrimento de la propia acción formativa¹⁷. La reforma pretende demostrar, y este es un ejemplo más, que la mejora de condiciones de trabajo no tiene por qué estar reñida con el interés empresarial¹⁸.

Comenzando precisamente por esta mayor protección, sin lugar a dudas que puede incluirse dentro de este ámbito la reducción de las duraciones máximas de ambas modalidades contractuales; o la compresión del período de referencia de la titulación requerida para celebrar un contrato en prácticas (véanse Tablas 1 y 2). En ambos casos se pretende limitar la posible existencia de abusos, potenciando el objetivo de inserción laboral que tradicionalmente han tenido estos contratos.

También redundaría en beneficio de las personas trabajadoras la elevación a rango legal de determinadas cuestiones que, aunque ya aparecían en la regulación reglamentaria, sin embargo, ahora se ven reforzadas por el hecho de regularse directamente por ley. Con ello se potencia el objeto de estas modalidades contractuales, lo que va en la línea de lo anteriormente expresado: estas modalidades han de ser un estadio puntual, normalmente de inserción inicial o reinserción, dentro de la carrera profesional de las personas trabajadoras.

La eliminación del período de prueba en el contrato en alternancia y su simplificación y reducción a un mes en el de prácticas pueden ser incluidos también en este apartado. Por lo que respecta al primero, el cambio podría explicarse por una supeditación al elemento formativo a cualquier otro, incluido el productivo. Desde esta perspectiva, no tiene sentido el período de prueba, pues la persona trabajadora no se incorpora a la empresa (principalmente) para trabajar de forma estable y producir, sino para formarse. En un sentido similar, también puede afirmarse que cuando se forma a la persona se la está en cierto sentido sometiendo a prueba. El conjunto del período contractual cumpliría esta función aneja, que tendría una duración muy superior a la habitual, pues iría ligada al conjunto del proceso de aprendizaje y al hecho de que la persona trabajadora consiga culminarlo con éxito. Desde cualesquiera de estos dos motivos, podría argumentarse la eliminación del período de prueba también del contrato en prácticas. Esto sería coherente con el objeto formativo y no productivo de ambos contratos y con que se encuentren excluidos de la indemnización prevista en el art. 49.1 c) ET, de lo que se deduce que no hay expectativa de permanencia de ningún tipo (STS 6 de octubre de 2020 –Rec. 4138/2018–), sino meramente formativa. También es coherente con el hecho de que, si al término del contrato la persona sigue en la empresa, no se admita un nuevo período de prueba (art. 11.4 g) ET) pues, insistimos, ya habría estado sometida a prueba durante todo su período de formación.

Por otra parte, en lo que respecta al contrato en prácticas, se produce más una simplificación que mejora, pues la remisión al convenio colectivo se hace sin límite alguno, por lo que cabría aplicar lo dispuesto en el art. 14 ET. Aún así, la regla subsidiaria de un mes puede actuar como

¹⁷ LÓPEZ GANDÍA, J., “El contrato de aprendizaje y el contrato en prácticas en la perspectiva de la reforma del mercado de trabajo”, *Cuadernos de relaciones laborales*, 4, 1994, Escuela de Relaciones Laborales, pp. 129-134; MORENO MÁRQUEZ, A. M., “Los contratos formativos”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 107, 2010, p. 160.

¹⁸ TODOLÍ SIGNES, A., *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la Economía*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2021.

ancla, sujetando a la negociación colectiva a este límite o entornos cercanos. Sea como fuere, una regulación coherente con su finalidad formativa hubiera invitado, como se ha dicho, a eliminarlo aquí también. El hecho de que la formación sea solo práctica no justifica este tratamiento diferente.

En síntesis, el debate se circunscribe a considerar si los contratos formativos son contratos “productivos” en el sentido de que si la persona en formación no alcanza un determinado rendimiento económico ha de darse la posibilidad a la empresa de extinguir en el marco del art. 14 ET, lo que implica la supeditación del elemento formativo a este; o si por el contrario, la función formadora prepondera siempre, lo que implica que el rendimiento ha de valorarse a lo largo de todo el período formativo, de suerte que el conjunto del contrato serviría también a modo de período de prueba.

También van en la línea de procurar una mejora en las condiciones de trabajo los cambios introducidos en materia retributiva. La estrategia seguida es la de situar al contrato en alternancia en un nivel inferior, permitiendo al empresario una imputación de costes de la formación vía salario superior a la del contrato en prácticas, lo que es coherente con la formación dispensada en uno y otro. Esto se observa, tanto en la regla general, como en la subsidiaria para el caso de ausencia de regulación convencional.

En ambos contratos, la regla general no cambia, pues la voz cantante la tiene la negociación colectiva –sin distinción o preferencia–. De esta forma se deja vía libre a las partes para imputar los costes de la formación vía salario en la forma que estimen oportuna. No obstante, el límite es distinto de acuerdo con la jerarquía mencionada. Mientras que en el contrato en alternancia no podrá ser inferior al SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo, en el contrato en prácticas, cuyos costes son menores y por ello se sitúa en el peldaño superior, no podrá ser inferior, ni la retribución mínima establecida para el contrato para la formación en alternancia ni –en su defecto, habría que entender– al SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

Lo mismo ocurre con las reglas de carácter supletorio, para cuando no existe regulación convencional. La reforma opta por introducir los porcentajes mínimos previstos para el contrato en prácticas en su regulación anterior en el contrato en alternancia. El cambio no es baladí, pues en realidad vuelve a establecerse una estructura coherente en atención a la ordenación antes mencionada. Así, en defecto de regulación convencional, la remuneración no podrá ser inferior al 60% o 75% el primer y segundo año respectivamente respecto de la fijada en convenio para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, en proporción al tiempo de trabajo efectivo. En el escalón superior, para el contrato en prácticas, la regla es que la retribución será la del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas «en proporción al tiempo de trabajo efectivo». Esa jerarquía superior se observa en el hecho de que no se permite, en defecto de convenio, imputación de costes –lo que lanza también un mensaje a la negociación colectiva– y en el inciso final que, más que una referencia al contrato a tiempo parcial, ha de entenderse como sinónimo de que la retribución del contrato en prácticas no puede ser nunca inferior al contrato en alternancia, dado que aquél no tiene formación teórica que descontar al «tiempo de trabajo efectivo».

En este grupo de medidas puede destacarse también la recuperación del número de contratos por tamaño del centro de trabajo, lo que se deja a la regulación reglamentaria junto con otras garantías en el ámbito formativo (art. 11.4 i) ET), y los derechos de información de la representación de las personas trabajadoras (art. 11.5 ET).

Por último, y solo para el contrato en prácticas, también redundará en una mejora de las condiciones de trabajo la prohibición de realización de horas extraordinarias, salvo en el supuesto previsto en el artículo 35.3 ET. De esta forma, se extiende aquí lo anteriormente previsto para el contrato para la formación y el aprendizaje –que mantiene el contrato en alternancia–, lo que es coherente con la supeditación de la función formativa a lo que anteriormente hemos llamado “productiva”.

Por lo que hace a los aspectos que permiten una mejor o más fácil gestión de estas modalidades contractuales por parte de las empresas, debemos destacar la posibilidad de celebrar contratos en alternancia a tiempo parcial y su uso también junto a medidas de flexibilidad interna (art. 11.4 f) ET).

También la elevación del límite de edad para poder celebrar un contrato en alternancia. La reforma consolida el tope que operara de forma temporal con la reforma de 2012 y amplía el número de excepciones. Tan es así, que es difícil saber ya si la regla general sigue siendo una edad máxima o la ausencia de edad alguna¹⁹. A saber, no existe límite en el caso de títulos universitarios, títulos de formación profesional de nivel 3, personas con discapacidad, personas en situación de exclusión social (art. 11.4 d) ET) y determinados programas de empleo y formación.

En relación con esto último, lo cierto es que la relación entre el art. 11.2.b) ET y la DF 2ª RDL 32/2021 (nueva DA 9ª de la Ley de Empleo) es ciertamente farragosa. El primero dispone que «en el supuesto de que el contrato se suscriba en el marco de [...] programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo–formación, [...], el contrato solo podrá ser concertado con personas de hasta treinta años». En la segunda, se establece que «las personas trabajadoras mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación previstos en este texto refundido de la Ley de Empleo, podrán ser contratadas mediante el contrato formativo previsto en el artículo 11.2 ET». De la confluencia de ambos hay que entender que, como excepción de la excepción, cuando se trate de un programa público de empleo y formación (no así los privados) de los cubiertos por la Ley de Empleo, no se aplicará límite de edad²⁰.

Por otro lado, también va en esta dirección, la regla antiabuso del contrato en alternancia, mucho más sencilla y, por tanto, mucho más transparente para la empresa que la anterior. De hecho, podría resumirse en la máxima “un título, un contrato”, incluso cuando se trabaje en varias empresas, aunque en este último caso sólo tendrán que tener precaución de no superar el límite máximo fijado por el plan o programa formativo correspondiente (dos años, como mucho).

En este mismo ámbito debe precisarse que, si bien anteriormente hemos hecho referencia al hecho de que determinados contenidos de la regulación reglamentaria de la formación habían sido elevados a rango legal, existe un elemento que trasciende a la mera elevación. Con anterioridad a la reforma, el art. 30 RD 1529/2012 preveía la participación de la empresa en la conformación del plan formativo individual pero únicamente en el ámbito de la formación dual. La reforma introducida en el art. 11 ET extiende tal colaboración al conjunto de la regulación. De esta forma, los contratos formativos se “dualizan”, en el sentido de que la formación dual inspira ahora el conjunto de la regulación²¹ y, en este particular, permitiendo un elemento sin duda de primer orden, cual es que las empresas puedan conformar el plan formativo individual.

Por cierto, que, a este respecto, la nueva regulación parece reflejar una cierta ambivalencia entre “plan” y “programa”, aunque suele preferirse la primera denominación. La regulación reglamentaria deberá aclarar si el “plan” formativo individual forma parte de un “programa” de formación común en el caso del contrato en alternancia. De lo regulado hasta ahora parece deducirse que el “plan” recogerá en ambos contratos los contenidos de la formación práctica, mientras que el “programa”, incluirá en el de alternancia, no solamente el “plan” de formación, sino también los aspectos formativos teóricos. Deslindar estos elementos es crucial, máxime cuando hasta ahora la terminología en el ámbito reglamentario ha sido diferente.

¹⁹ De hecho, el propio precepto relega a un segundo apartado el límite de la edad.

²⁰ En el mismo sentido, ROJO TORRECILLA, E., “Estudio de la reforma laboral de 2021 (III). Los renovados contratos formativos.”, *El Blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2021, fecha de consulta 19 enero 2022, en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_4.html.

²¹ RODRÍGUEZ ROMERO, R. M., “Los contratos formativos a la luz del RDL 32/2021: necesario cambio de modelos con resultados aún inciertos”, *Los Brief de la AEDTSS*, fecha de consulta 17 enero 2022, en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/rosa-rodriguez.pdf>.

Tabla 1. Tabla comparativa de la reforma del contrato en alternancia y el contrato para la formación y el aprendizaje

Reforma 2021	Regulación 2012-2021
Sin límite / 30 años. Sin límite para las personas con discapacidad	25 años / 30 años. Sin límite para las personas con discapacidad
Carencia de título formativo, incluidos los universitarios	Carencia de título formativo, incluidos los universitarios *
Programa de formación común (se eleva a rango legal)	Art. 30 RD 1529/2012 (programa de formación)
Dos tutores (se eleva a rango legal)	Art. 20 RD 1529/2012
Plan formativo individual	Art. 21 (acuerdo para la actividad formativa) y art. 30 RD 1529/2012 (Programa de formación)
Duración: 3 meses / 2 años	Duración: 1 año / 3 años
Reglas antiabuso: <ul style="list-style-type: none"> • Un contrato por título • Varias empresas por mismo título siempre que se trate de actividades distintas y no se superen los dos años • Si se ha desempeñado la actividad anteriormente en la empresa durante tiempo superior a 6 meses 	Reglas antiabuso: <ul style="list-style-type: none"> • Expirada la duración del contrato el trabajador no podrá ser contratado por la misma o distinta empresa, salvo que la formación inherente al nuevo contrato tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional. • Si se ha desempeñado la actividad anteriormente en la empresa durante tiempo superior a 12 meses
Tiempo Trabajo Efectivo: 65%-85%	Tiempo Trabajo Efectivo: 75%-85%
No podrán realizar horas extraordinarias, ni complementarias. Tampoco trabajo nocturno o a turnos, salvo excepciones.	No podrán realizar horas extraordinarias. Tampoco trabajo nocturno o a turnos, salvo excepciones.
No podrá establecerse prueba	Art. 10 RD 1529/2012: Se estará a lo dispuesto en el art. 14 ET. Si al término del contrato la persona trabajadora continuase en la empresa, no podrá concertarse un nuevo período de prueba, computándose la duración del contrato para la formación y el aprendizaje a efectos de antigüedad en la empresa
Retribución: La retribución será la establecida para estos contratos en el convenio colectivo de aplicación. En defecto de previsión convencional, la retribución no podrá ser inferior al 60% el primer año ni al 75% el segundo, respecto de la fijada en convenio para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente. En ningún caso la retribución podrá ser inferior al SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo	Retribución: La retribución del trabajador contratado para la formación y el aprendizaje se fijará en proporción al tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo. En ningún caso, la retribución podrá ser inferior al SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo.
Seguridad Social: Todas las contingencias. Nuevas reglas de cotización	Seguridad Social: Todas las contingencias.

*introducido por la DF 36ª Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 (BOE 31/12/2020, núm. 341).

Tabla 2. Tabla comparativa de la reforma del contrato en prácticas

Reforma 2021	Regulación 2012-2021
Límite obtención título: 3/5 años	25 años / 30 años. Sin límite para las personas con discapacidad
Duración: 6 meses / 1 año	Carencia de título formativo, incluidos los universitarios *
Reglas antiabuso: <ul style="list-style-type: none"> • Misma o distinta empresa por tiempo superior al máximo previsto en virtud de la misma titulación. • Tampoco se podrá estar contratado en formación en la misma empresa para el mismo puesto de trabajo por tiempo superior a los máximos previstos en el apartado anterior, aunque se trate de distinta titulación o distinto certificado. 	Reglas antiabuso: <ul style="list-style-type: none"> • Misma o distinta empresa por tiempo superior a dos años previsto en virtud de la misma titulación. • Tampoco se podrá estar contratado en formación en la misma empresa para el mismo puesto de trabajo por tiempo superior a los máximos previstos en el apartado anterior, aunque se trate de distinta titulación o distinto certificado.
Prueba: en ningún caso podrá exceder de un mes, salvo lo dispuesto en convenio colectivo.	Prueba: el periodo de prueba no podrá ser superior a un mes para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado medio o de certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2, ni a dos meses para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3.
Plan Formativo Individual y tutor: El puesto de trabajo deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación objeto del contrato. La empresa elaborará el plan formativo individual en el que se especifique el contenido de la práctica profesional, y asignará tutor o tutora que cuente con la formación o experiencia adecuadas para el seguimiento del plan y el correcto cumplimiento del objeto del contrato.	Sin previsión, salvo lo previsto para la formación dual en el RDL 1529/2012.
Prohibición horas extra, salvo art. 35.3 ET	Sin previsión
Retribución: La retribución por el tiempo de trabajo efectivo será la fijada en el convenio colectivo aplicable en la empresa para estos contratos o en su defecto la del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente. En ningún caso la retribución podrá ser inferior a la retribución mínima establecida para el contrato para la formación en alternancia ni al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo	Retribución: será la fijada en convenio colectivo para los trabajadores en prácticas, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al 60% o al 75% durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo.
Seguridad Social: Todas las contingencias. Nuevas reglas de cotización	Seguridad Social: Todas las contingencias.

2.3. ¿Será la reforma efectiva?

Como se ha señalado anteriormente, desde la aprobación del ET de 1995, estas modalidades contractuales han sufrido, salvo error, diez reformas o modificaciones legislativas. El motivo, declarado o no, de todas ellas era impulsar la utilización de estas modalidades contractuales como una vía de lucha contra el persistentemente alto desempleo juvenil mediante un instrumento a priori muy eficaz como es la formación. La estrategia empleada ha sido en la práctica totalidad de los casos una continua flexibilización de su regulación que, sin embargo, la ha vuelto bastante más compleja. Baste comparar la evolución del literal del art. 11 ET en las diferentes versiones legislativas para corroborar esta afirmación. Sea como fuere, como en tantos otros ámbitos, el resultado de esa acción flexibilizadora ha sido una degradación de las condiciones de trabajo sin que, paradójicamente, se haya incrementado su uso en términos porcentuales, ni con carácter general, ni para la franja de edad de los más jóvenes. En este trabajo hemos ofrecido el dato más reciente, pero basta consultar la serie histórica²² para comprobar que su escasa utilización es un problema enquistado de nuestro mercado de trabajo ¿Conseguirá la reforma ponerle fin de una vez por todas?

De lo dicho hasta ahora del nuevo art. 11 ET parece difícil extraer una conclusión al respecto. Como hemos tenido ocasión de ver, los elementos de la regulación que han sido reformados, en ocasiones lo han sido para mejorar las condiciones de trabajo de las personas contratadas bajo estas modalidades contractuales, mientras que en otras parece que el resultado beneficiará más el interés empresarial. Con independencia de esto, la experiencia práctica nos ha demostrado que la flexibilización de la regulación, en teoría más favorable a los intereses empresariales –o, al menos, frecuentemente reclamados por las empresas– no ha producido los resultados esperados en lo que hace a situar estas modalidades de contractuales en unos niveles de uso aceptables.

Así las cosas, quizá la clave no se encuentre en el art. 11 ET, sino en la DA 2ª RD 32/2021, que dispone que «el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta norma, convocará a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para, en el ámbito del diálogo social, abordar el Estatuto del Becario que tendrá por objeto la formación práctica tutorizada en empresas u organismos equiparados, así como la actividad formativa desarrollada en el marco de las prácticas curriculares o extracurriculares previstas en los estudios oficiales». El éxito de esta negociación resulta a nuestro juicio clave para determinar la de los contratos formativos.

No debe perderse de vista que las becas y prácticas no remuneradas²³ son sustitutivos de los contratos formativos. En Economía se dice que un bien es sustitutivo perfecto de otro cuando son intercambiables. Esto implica que la subida del precio de uno supone un aumento de la demanda del otro debido a que los consumidores simplemente dejan de utilizar el primero, más caro, para emplear el segundo, más barato y que les reporta la misma utilidad. El adjetivo “perfecto” indica precisamente este último matiz, la utilidad es idéntica, frente a los imperfectos, en los que la sustitución es solo parcial²⁴.

Pues bien, a nuestro juicio, las becas y prácticas no remuneradas son sustitutivos perfectos del contrato en prácticas porque aquellas empresas que deseen formar empleados desde el punto de vista práctico pueden recurrir a estas a un “precio” mucho menor que en el caso de los contratos.

²² EPA, Asalariados por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad, INE, <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4864&L=0>

²³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Las prácticas no laborales y las becas como mecanismos para favorecer la transición de la formación al empleo de los jóvenes: entre la preparación para la inserción laboral y el abuso”, en *Jóvenes y empleo. Una mirada desde el derecho, la sociología y la economía*, Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud. Fundación de Ayuda contra la Drogadicción (FAD), 2016, pp. 61-84, fecha de consulta 23 enero 2022, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6149188>.

²⁴ STIGLITZ, J. E., *Microeconomía*, 2ª Edición inglesa, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 90-93.

En el supuesto del contrato en alternancia se podría hablar de una sustitución imperfecta, pues la beca o práctica no remunerada no garantiza que la persona trabajadora pueda terminar adquiriendo el título, sino que esto depende de su labor paralela en el ámbito formativo. Sea como fuere, aquí también hay sustitución, pues al menos se obtiene la formación práctica de acuerdo con las necesidades de la empresa. En ambos casos, el marco normativo de estas, la flexibilidad con que puedan usarse y la delimitación de su campo de actuación frente a los contratos formativos determinan sin lugar a dudas el grado de utilización de estos. De ahí que pueda argumentarse que no puede articularse una reforma de los contratos formativos que pretenda ser eficaz sin abordar la del conjunto de herramientas que sirven a su mismo fin en el mercado de trabajo²⁵.

En este sentido, pareciera que la reforma opta por una delimitación clara entre ambas figuras, de tal suerte que los contratos formativos se circunscribirían a la formación reglada, mientras que las becas y prácticas no remuneradas a la no reglada. Está por ver si el plan es finalmente este y, de ser así, si podrá ser llevado a la práctica, dada la fuerte oposición que en otras ocasiones ha despertado la regulación de las becas y prácticas no remuneradas²⁶.

3. A modo de conclusiones

A lo largo de estas páginas hemos tenido ocasión de analizar de forma sucinta los cambios introducidos por la reforma laboral 2021 en los contratos formativos. De este análisis hemos podido obtener dos conclusiones principales.

Por un lado, el intento político de simplificar aquí también el panorama contractual ha resultado en la práctica infructuoso, por más que la nueva estructura del art. 11 ET es mucho más coherente que la de redacciones anteriores. Por otro, los cambios introducidos siguen fielmente el espíritu del RDL 32/2021, de suerte que los contratos formativos son buen ejemplo de la “sensatez” con que se ha descrito a esta nueva reforma laboral.

Aun así, no son pocos los interrogantes que la nueva redacción suscita, destacando entre ellos si servirá para impulsar de una vez por todas la utilización entre el tejido empresarial español de unas modalidades contractuales con enorme potencial. Paradójicamente, es probable que la respuesta a esta pregunta no venga dada por esta modificación legislativa, sino por una que está aún por venir, la del Estatuto del becario. Veremos.

²⁵ Aunque también se han señalado otros factores, como «la falta de una política formativa en nuestras empresas, circunstancia favorecida por la escasa dimensión media de sus plantillas». ESTEBAN LEGARRETA, R., “Propuestas para realizar la contratación formativa en el contexto de la reforma del Estatuto de los Trabajadores”, *NET21*, 2021, fecha de consulta 23 enero 2022, en <https://www.net21.org/propuestas-para-realizar-la-contratacion-formativa-en-el-contexto-de-la-reforma-del-estatuto-de-los-trabajadores/>. En el mismo sentido BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo y de la Contratación Temporal (anterior y posterior al RD Ley 32/2021)”, *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*, 2022, fecha de consulta 23 enero 2022, en <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/>.

²⁶ Como ocurrió con la inclusión en la Seguridad Social de las personas que desarrollan programas de formación y prácticas no laborales y académicas por la DA 5ª por el RDL 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo (BOE de 29 de diciembre de 2018, núm. 314).

Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021

The reasons for fixed term employment contracts after the Royal Decree law 32/2021

Francisco Javier Gómez Abelleira
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad Carlos III de Madrid

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6635>

Resumen: El Real Decreto-ley 32/2021 ha modificado las causas de contratación temporal. El lector encontrará una detallada descripción de los cambios y una valoración razonada de su impacto. Sobre la base de la tradición normativa y de la jurisprudencia, el autor propone una interpretación de los nuevos textos.

Palabras clave: Contratos de trabajo de duración determinada, causas de temporalidad, reforma laboral.

Abstract: The Royal Decree-law 32/2021 has modified the reasons for fixed term employment contracts. The reader will find a detailed description of the changes and a reasoned assessment of their impact. Building on the legal tradition and the case law the author proposes a construction of the new legal texts.

Keywords: Fixed term employment contracts, reasons for fixed term contracts, labor reform.

La regulación de los contratos de trabajo de duración determinada ha estado sujeta a un interminable proceso de modificaciones sucesivas desde que en los años 80 del siglo pasado pasaran a ocupar un papel central en los debates teóricos y en la realidad práctica de las relaciones laborales. De esta larga y, hasta cierto punto, lamentable historia he intentado dar cuenta en el libro *Contratos laborales y temporalidad* (2017). El punto álgido de esta historia se alcanza en la crisis económica y de empleo de 2008 en adelante, que da lugar finalmente a la Reforma Laboral de 2012 (RD-ley 3/2012), la cual reconoce sin ambages que el ajuste en el empleo “ha sido especialmente grave para los trabajadores temporales”. Sin embargo, las medidas adoptadas por la Reforma de 2012, en la línea de flexibilizar el empleo indefinido más que penalizar el temporal, apenas redujeron el problema, y la enorme diferencia en costes monetarios y de otro tipo entre realizar un ajuste por la vía de destruir empleo temporal o realizarlo por cualquier otra vía sigue siendo evidente y empíricamente comprobable, como recientemente con ocasión del encierro de marzo de 2020, con una caída intertrimestral (T1 a T2 de 2020) del 16 por 100 en empleo temporal, frente a una caída de menos del 3 por 100 en empleo indefinido, según datos de la EPA.

*fgomez@der-pr.uc3m.es

Al iniciarse la legislatura en curso, los partidos del actual Gobierno prestaron atención al problema de la temporalidad en sus acuerdos programáticos, concretándose en compromisos como las siguientes:

- “explorar las opciones posibles para reducir la dualidad, favoreciendo el uso del contrato fijo discontinuo para actividades cíclicas y estacionales”;
- “simplificar y reordenar el menú de contratos de trabajo. Reforzaremos el principio de causalidad en la contratación temporal y las sanciones aplicables a su uso fraudulento de forma que la contratación indefinida sea la forma ordinaria de acceso al empleo, promoviendo las reformas legislativas necesarias para ello”;
- reforzar el sistema de control y sancionador en relación con “el abuso de la contratación temporal concatenada sobre un mismo trabajador o trabajadora, o un mismo puesto de trabajo”.

Tras muchos meses de un debate tripartito caracterizado por una posición gubernamental plural y divergente (Trabajo, Economía, Seguridad Social), se aprueba un Real Decreto-ley, con escaso fundamento en el artículo 86 CE, que contiene varias modificaciones de la normativa laboral. Entre ellas destacan las dedicadas a la contratación: contratos formativos, contratos de duración determinada y contrato fijo discontinuo. La Reforma Laboral de 2021 es, antes que nada, una reforma de la contratación laboral, e incide tanto en cuestiones de índole general (reglas sobre concatenación de contratos, régimen sancionador, etc.) como en la articulación de las causas específicas de temporalidad. En las páginas que siguen encontrará el lector un análisis exclusivamente de esta última cuestión; remito para las cuestiones generales —que son de gran relieve— al trabajo de la profesora Nieto en este mismo volumen.

La exigencia de causa objetiva de temporalidad en el derecho español

El Acuerdo Marco Europeo sobre el Trabajo de Duración Determinada (Directiva 1999/70/CE) obliga a los Estados a introducir medidas para prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. No obliga a establecer un principio de causalidad en la contratación temporal: el TJUE ha sostenido que “el Acuerdo marco no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos por tiempo indefinido”¹ ni, por tanto, *a contrario sensu*, en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos por tiempo determinado.

Tras la lejana experiencia, finiquitada en 1994, de los contratos temporales de fomento del empleo, tan populares a finales de los 80, el derecho laboral español ha venido exigiendo, salvo excepciones muy señaladas, una causa objetiva para poder concertar un contrato de duración determinada. Desde la eliminación del contrato de lanzamiento de una nueva actividad en 1997, las causas objetivas de temporalidad se han correspondido con tres diferentes modalidades contractuales: obra o servicio determinado, eventual por circunstancias del mercado o acumulación de tareas, e interinidad.

De estos tres supuestos de temporalidad, el de menor problemática en lo relativo a la definición causal ha sido el de interinidad. Su utilización ha estado nítidamente acotada y el espacio para el fraude ha sido siempre escaso aquí, hasta el punto de justificar un distinto tratamiento indemnizatorio respecto de los otros dos: cuando en 2001 se introduce la indemnización por finalización de

¹ STJUE 18-10-2012 (C-302/11, Valenza), ap. 63.

contratos de duración determinada, se deja intencionadamente fuera el de interinidad, seguramente porque se atribuía a la indemnización una función de desincentivo del uso de los contratos temporales, desincentivo que no debía extenderse en ningún caso a contratos de sustitución que justamente debían incentivarse cuando se producía la causa que desencadenaba la posibilidad de la sustitución.

La batalla de la causalidad de la contratación temporal ha estado constantemente, más bien, en los contratos por obra y servicio y eventual. Sería falso decir, sin embargo, que la concepción y la regulación de estas dos modalidades incurrieran en una flexibilidad o apertura exageradas si las situamos en el contexto internacional. En el indicador sintético de flexibilidad-rigidez de la OCDE relativo a la regulación de la contratación temporal, España se halla entre los países más rígidos de la UE (solo superada por Luxemburgo, Italia, Francia y Estonia) y desde luego está muy por encima de la media de dicha Organización: si la media es 1,74, España obtiene un 2,47 (datos de 2019, los más recientes que he visto disponibles) (a puntuación más baja, mayor es la flexibilidad en la contratación temporal).

Lo anterior permite aventurar que quizá el problema no reside tanto en la regulación de las causas objetivas de temporalidad como en su cumplimiento en la realidad o en su interpretación jurisprudencial. Es significativo, a este último respecto, el cambio doctrinal que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo operó en su jurisprudencia acerca del alcance de la obra o servicio determinado en relación con las contrataciones a finales del año 2020 y principios del 21. Como significativo va a ser, en mi opinión, la elevación de la sanción administrativa por incumplimiento de las normas limitativas de la contratación temporal, que sin duda alcanza, tras el RD-ley 32/2021, un carácter plenamente disuasorio.

El principio de causalidad de la contratación temporal se manifiesta ahora de modo aparentemente más rotundo en la nueva redacción del artículo 15.1, que comienza estableciendo que “el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido” y que de modo concreto exige, para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad, “que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista”. Regreso al futuro, así, de nuestro artículo 15, que vuelve al redactado original de 1980 (“El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. No obstante, podrán celebrarse contratos de trabajo de duración determinada: ...”), pero a fin de cuentas se trata en todo caso de la misma regla, una regla invariada en el derecho laboral español de los últimos 40 años si se salva la excepción del contrato de fomento del empleo: la regla es que si el contrato no se ha hecho como contrato de duración determinada con fundamento en una de las causas de temporalidad habilitadas legalmente, el contrato es indefinido. Expresa esta idea con más claridad ahora el nuevo apartado 4 del artículo 15: “Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas”; nótese que se elimina la clásica referencia a los contratos en fraude de ley, que eran los que daban lugar a la presunción de indefinición. No es este, sin embargo, el lugar para extenderme sobre ello, ya que se trata de una cuestión de la que se ocupa otro trabajo en este volumen.

Simplificación de las causas de temporalidad

Una de las finalidades de la reforma es simplificar lo que en ocasiones se llama el “menú de contratos de trabajo”. El único avance simplificador es la eliminación del contrato para obra o servicio determinado. Por lo demás, a la vista del nuevo artículo 15, no cabe hablar de un contrato temporal en singular, sino de varios supuestos de temporalidad que dan lugar a contratos con regímenes jurídicos diferenciados. Aunque aparentemente los supuestos de temporalidad pasan de tres a dos (“El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la

producción o por sustitución de persona trabajadora”, dice el art. 15.1, párr. 2º), el supuesto “circunstancias de la producción” se desdobra en dos causas de temporalidad que dan lugar a contratos que solo se parecen en el nombre.

La supresión del contrato para obra o servicio determinado elimina de raíz cualquier posibilidad de estipular un contrato de duración determinada por tiempo superior a 6 meses, con la excepción del contrato por sustitución (interinidad), de relevo, formativo, de fomento de empleo y otros especiales, y salvo que el convenio colectivo sectorial aplicable permita una duración mayor de hasta 12 meses. La existencia de un proyecto de, por ejemplo, 18 meses perfectamente definido, con inicio y fin nítidamente delimitados, ya no justifica una contratación temporal y aboca a la contratación indefinida, con la eventual adopción de las medidas extintivas, suspensivas o modificativas que procedan a la terminación del proyecto.

La supresión del contrato para obra o servicio determinado se compensa parcialmente, por decirlo de algún modo, con cambios en la contratación fija discontinua, en la utilización de las empresas de trabajo temporal y, solamente para el sector de la construcción, en el nuevo contrato indefinido adscrito a obra con su régimen extintivo particular (de todas estas cuestiones se trata en otros trabajos de este mismo volumen, por lo que simplemente queda aquí apuntado).

En cualquier caso, convendremos en que lo más relevante de la idea de simplificación no es reducir el número de entradas de una lista (simplificación que sería meramente cosmética o aparente), sino que las entradas respondan a parámetros causales bien definidos, que permitan su deslinde con otros supuestos de contratación. Es dudoso que la nueva redacción de los supuestos habilitantes de los contratos por circunstancias de la producción haya logrado este objetivo de simplificación verdadera, no cosmética. Es más que probable, en este sentido, que la nueva redacción vaya a abrir un largo período de debates doctrinales y judiciales, que quizá acaben resolviéndose por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en alguna fecha demasiado lejana para el ritmo de los tiempos que vivimos.

Las entradas del actual elenco de contratos de duración determinada quedan así:

- Contrato por circunstancias de la producción imprevisibles (modalidad A o CCP largo)
- Contrato por circunstancias de la producción previsibles (modalidad B o CCP corto).
- Contrato por sustitución en caso de reserva de puesto de trabajo.
- Contrato para completar una jornada reducida.
- Contrato por cobertura de vacante.

Las dos primeras entradas se regulan conjuntamente en un mismo apartado, el 2 del artículo 15. A ambas corresponde indemnización extintiva de 12 días de salario por año de servicio (art. 49.1 c) ET). Las tres últimas entradas se regulan conjuntamente en el apartado 3 del propio artículo; a ellas no corresponde dicha indemnización extintiva.

La navegación por los cinco densos párrafos del 15.2 es algo incómoda: hubiera sido mejor una separación formal más nítida entre la regulación del CCP largo y del CCP corto. Creo que el esquema formal anterior del artículo 15.1, con la subdivisión en letras a) y b) y c), aportaba mayor claridad a la exposición normativa.

Los contratos del 15.2 se llaman contratos por circunstancias de la producción. Es posible que se haya querido evitar la denominación de “contrato por causa productiva”, que autores influyentes como Lahera y Conde-Ruiz venían proponiendo para las necesidades temporales de trabajo que surgen de “alteraciones transitorias de demanda y producción o proyectos con autonomía y sustantividad propia de naturaleza temporal”². En el esquema de esta razonable propuesta, el con-

² Fedea Policy Papers - 2021/07 - “Contra la Dualidad Laboral”.

trato por causa productiva se dirige a las necesidades temporales que se generan en el entorno de la empresa pero fuera de ella (causas exógenas, si se quiere, como incrementos extraordinarios de la demanda, encargos no habituales, etc.), quedando una segunda modalidad temporal, con el nombre de “contrato por causa organizativa” para la atención de necesidades temporales que se generan dentro de la propia empresa (causas endógenas, si se quiere, que van más allá de las rígidas situaciones del contrato de interinidad). La evitación de estas denominaciones puede tener muchas razones, pero no cabe descartar que no se quiera dar visibilidad legal al estrecho parentesco, desde una perspectiva económico-empresarial, entre las causas productiva y organizativa de temporalidad y las causas productiva y organizativa que contemplan los artículos 40, 41, 47, 51, 52 ET. Ofrecer esta visibilidad sería asomarse demasiado a ese tabú en que se ha convertido la idea del contrato único.

A continuación, sin más preámbulos, el análisis de cada uno de los supuestos de hecho que habilitan la contratación de duración determinada en la nueva ordenación normativa.

Contrato por circunstancias de la producción imprevisibles

El artículo 15.1 ET permite la celebración de contratos de duración determinada “por circunstancias de la producción”, una vieja denominación reglamentaria del contrato eventual que en sí misma no significa nada en concreto. La concreción de lo que sean circunstancias de la producción se lleva a cabo en el apartado 2 del propio artículo, que consta de cinco densos párrafos. De su lectura se desprende que existen unas circunstancias de la producción “imprevisibles” y otras “previsibles”, siendo este concepto de previsibilidad el que traza la línea divisoria entre una modalidad contractual que puede tener una duración máxima de 6 meses (ampliables por otros 6 más por convenio colectivo sectorial) y otra con una duración muchísimo más corta.

El concepto de previsibilidad es en sí mismo altamente problemático, porque casi todo es imprevisible y previsible con solo variar el marco temporal de la estimación: algo que ocurre en marzo de 2022 puede ser imprevisible en diciembre de 2021, pero puede devenir previsible en enero de 2022. Habría que preguntarse, por tanto, cuál es el horizonte temporal de la previsibilidad, sin el cual, insistimos, casi todo puede ser previsible e imprevisible simplemente alterando el período de la estimación. La regulación del que llamaremos contrato por circunstancias de la producción corto (CCP corto) permitiría aventurar que la previsibilidad juega en el horizonte temporal de un año natural: el párrafo 4º del 15.2 establece que “las empresas, en el último trimestre de cada año, deberán trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras una previsión anual de uso de estos contratos”. A la luz de esta consideración, parece que la norma entiende que la previsibilidad se proyecta sobre el año natural y que se formula en los últimos meses o semanas del año inmediatamente anterior. Lo imprevisible sería, en suma, lo que todavía a finales del año no puede razonablemente vislumbrarse para el siguiente.

Las circunstancias de la producción imprevisibles se concretan en “el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere”. Desentrañar este redactado para hallar alguna claridad no es fácil, pues o bien se ha buscado intencionadamente la oscuridad (por el acuerdo social) o bien no se ha dado bien con la tecla. Podemos aventurar algunas interpretaciones:

El elemento sustantivo que justifica la temporalidad en esta modalidad contractual es el desajuste temporal entre el empleo disponible y el que la empresa requiere en función de las circunstancias que concurren en un momento determinado. Es importante anotar aquí que el desajuste debe ser entre el empleo disponible y el que se necesita, pero el precepto dice “entre el empleo *estable*

disponible”, lo cual no tiene mucho sentido: si ya hay temporales en la plantilla con carácter previo a realizar un CCP no tiene sentido no computarlos como empleo disponible.

Este elemento sustantivo (el referido “desajuste”) puede venir provocado por:

- 1º) el incremento ocasional e imprevisible de la actividad.
- 2º) las oscilaciones.

El primer causante del desajuste se nos presenta con unos perfiles comprensibles. El incremento de la actividad (actividad normal o no de la empresa) debe ser irregular a lo largo del tiempo, pues si responde a un patrón regular y cíclico, no es ocasional sino intermitente, lo que nos llevaría al artículo 16 ET. Ocasional significa aquí lo no habitual, lo “que es, sucede o se hace en alguna ocasión, pero no de forma habitual ni por costumbre”³, lo “que solo ocurre o actúa en alguna ocasión”⁴. En suma, incremento de la actividad que no responde a un patrón cíclico regular.

Al segundo causante, en cambio, debe de faltarle algo, se queda incompleto o a medias: ¿oscilaciones de qué? Deberíamos suponer, quizá, que son oscilaciones de la demanda, pero entonces cuesta ver en qué se diferencian de los incrementos ocasionales e imprevisibles de la actividad, salvo que estos sean imprevisibles y las oscilaciones sean previsibles, por buscar alguna diferencia, pero con ello solo conseguimos descalabrarlo todo y que la causa “oscilatoria” no encaje con el mandato que se halla al final del párrafo: “siempre que no respondan a los supuestos incluidos en el artículo 16.1” (es decir a los supuestos de fijeza discontinua). Me parece evidente que las “oscilaciones” previsibles son un supuesto de libro del artículo 16.1, por lo que las oscilaciones del CCP deben ser imprevisibles y deben referirse a incrementos extraordinarios, no cíclicos ni regulares.

Para añadir algo más de confusión a este concepto de “oscilaciones”, el precepto continúa y añade: “Entre las oscilaciones a que se refiere el párrafo anterior se entenderán incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales”. No hace mucho el TS decía esto sobre las vacaciones y los contratos temporales: “El que los trabajadores de la plantilla ejerciten sus derechos al descanso y a las vacaciones es una circunstancia plenamente *previsible* [...]. Tales ausencias al trabajo se producen dentro del normal desarrollo del contrato de trabajo y forman parte de la *previsión* organizativa que corresponde llevar a cabo al empleador, alejándose de la excepcionalidad que el contrato eventual viene a solventar”⁵.

¿Se refiere el precepto a las vacaciones anuales en cualquier circunstancia? ¿También a las que la plantilla disfruta de manera regular y cíclica en fechas más o menos habituales y acostumbradas? ¿Solo se refiere a las vacaciones que se disfrutan fuera de cualquier patrón cíclico? ¿Juega algún papel la previsibilidad del calendario vacacional? Difícil contestar a estas preguntas cuando, en primer lugar, el precepto no hace diferencia alguna ni matiza a qué tipo de disfrute vacacional se refiere, y, en segundo lugar, ni siquiera podemos estar seguros de que las “oscilaciones” no incluyan también las previsibles. Además, parece que una referencia tan particular y explícita a las vacaciones debe interpretarse como el establecimiento de una regla especial para ellas, de modo que la acumulación de tareas o, por decirlo en los términos del nuevo artículo, el desajuste temporal entre el empleo disponible y el necesario surgiría del disfrute vacacional, sea en fechas habituales o no, y sería, en suma, un supuesto concreto de temporalidad específicamente habilitado por la norma.

¿Puede la mención de las vacaciones iluminar el concepto de oscilaciones? ¿En qué sentido el disfrute vacacional constituye una oscilación? Una oscilación implica una curva con picos y valles sucesivos. El disfrute sucesivo de vacaciones por distintas personas de la plantilla produce justa-

³ Definición que figura en el diccionario proporcionado por Oxford Languages a Google.

⁴ Definición del diccionario de la RAE.

⁵ STS 30-10-2019, ECLI:ES:TS:2019:3733.

mente ese movimiento oscilatorio. ¿Podrían entonces las oscilaciones venir referidas a lo que ocurre dentro de la empresa? En tal interpretación, los incrementos de la actividad a los que se refiere el precepto serían elementos exógenos a la organización, mientras que las oscilaciones se entenderían referidas a la faceta interna, serían endógenas, estarían generadas dentro de la propia empresa por hechos como las vacaciones, permisos (especialmente permisos largos, como el de matrimonio), etc.

El contrato por circunstancias de la producción imprevisibles para cubrir la brecha entre la plantilla disponible y la carga de trabajo existente tendrá una duración máxima de 6 meses. Por convenio colectivo de ámbito sectorial se podrá ampliar la duración máxima del contrato hasta un año. Se mantiene la regla tradicional del contrato eventual de una sola prórroga: en caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal (6 meses) o convencionalmente establecida (hasta 12 meses), podrá prorrogarse, mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima legal o convencional.

Dentro de la duración máxima legal o convencional, la duración exacta del contrato la fijan las partes, pero no rige aquí una plena libertad contractual, ya que el artículo 15.1 exige ahora, con mayor precisión que antes, que el contrato especifique no solo la causa habilitante y las circunstancias concretas que conforman esa causa, sino, además, “su conexión con la duración prevista”. Esto quiere decir que el mero hecho de que la causa habilitante exista no significa que pueda hacerse un contrato que agote la duración máxima legal o convencional: es preciso ajustar la duración a la causa, de modo que pueda razonablemente presentarse una relación entre la situación que habilita el contrato, o mejor, entre la duración de dicha situación y la duración del contrato. El desajuste inicial que pueda producirse, si es a la baja, puede corregirse con la prórroga permitida. En cambio, un desajuste al alza, si es exagerado y carente de toda razón, podría determinar la aplicación del ahora más severo artículo 15.4: “Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas”.

Desaparece la regulación anterior respecto del período de referencia de la eventualidad: la duración máxima del contrato es la que es y no existe ningún período de referencia dentro del cual esa duración haya de medirse o ubicarse. Por tanto, cualquier nuevo desajuste imprevisible que surja podrá dar lugar a un nuevo CCP largo, pero ha de ser “nuevo”, es decir, ha de ser una causa distinta de la que justificó un cercano y anterior CCP largo, pues si la causa es la misma no cabe justificar una segunda contratación cuando ya se ha agotado la dinámica temporal del primer contrato. Y todo ello sin perjuicio de la aplicación de las reglas de conversión en indefinido por concatenación de contratos, reglas importantes a las que se dedica atención en otro trabajo de este volumen.

Contratos por circunstancias de la producción previsibles

Mientras que el CCP largo mantiene un evidente parentesco con el viejo contrato eventual por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, el contrato por circunstancias de la producción previsibles es de nueva planta. El artículo 15.2, párrafo 4º, permite la estipulación de CCP “para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada”. La causa de la temporalidad aquí viene definida por los tres siguientes parámetros: ocasionalidad, previsibilidad, duración reducida.

La ocasionalidad vuelve a utilizarse para delimitar la causa de temporalidad del CCP: recuérdese que para el CCP largo ya se utilizó para cualificar el “incremento” que justifica la temporalidad. Ocasional, en el contexto del CCP corto, significa esporádico, no habitual, no corriente, no continuado, en el transcurso del año. Confirma esta interpretación otra característica de la causa, como es su reducidísima duración: no más de 90 días en el año natural, días que, además, no pueden ser continuados.

Pero el hecho de que algo sea ocasional en el sentido anterior no implica que no pueda ser algo que se repite. Esta visión del contrato para ocasiones de duración muy reducida pero que pueden ser repetitivas siempre que no excedan esa duración queda confirmada al conectar con el tercer parámetro definitorio de la causa: la previsibilidad. Al conectar los tres ángulos resulta que se trata de un contrato para la cobertura del trabajo que nace de ocasiones previsibles de duración muy reducida. En realidad, con lo anterior se dice poco, lo que lleva a la impresión de que la causa no es sólida, no es objetiva en realidad: decir que el contrato puede hacerse para duraciones muy cortas no representa ninguna causalización objetiva del contrato (es perfectamente imaginable un contrato temporal acausal por una duración máxima de un mes, o dos o tres, los que se quieran); decir que puede hacerse para períodos muy cortos y previsibles tampoco representa ningún avance objetivo. Lo único que presenta un mínimo perfil objetivo es la ocasionalidad, pero esta en realidad es un trasunto de la duración reducida: se admitirá como ocasional todo aquello que, en el transcurso del año, no exceda de los 90 días, siempre que estos puedan distribuirse en al menos dos segmentos separados.

Si a algo tan gaseoso como lo anterior se le quiere dar algo de solidez deberíamos conectar el CCP corto con el CCP largo e importar de la causa objetiva de este último algo de tanta importancia como el “desajuste” temporal entre el empleo disponible y el necesario para afrontar la carga de trabajo de la empresa. Esta es la definición canónica de la causa objetiva de temporalidad por antonomasia: el desajuste temporal entre los recursos humanos disponibles y los necesarios en un momento dado. Parece que, sin esta exigencia, el CCP corto se presenta como un contrato casi acausal; eso sí, con una severa limitación temporal que puede poner coto a los abusos.

La previsibilidad de las situaciones que justifican un CCP corto no es una mera abstracción, sino que debe concretarse en un plan empresarial. Al finalizar el año natural, la empresa debe concretar las situaciones ocasionales en que, a lo largo del siguiente año, podrá hacer uso de esta modalidad contractual. Esa previsión empresarial ha de comunicarse a la representación de la plantilla. La concreción exigida por la norma es seguramente la de unas fechas en el año en que, en virtud de las situaciones ocasionales de incremento de la actividad, podrán estipularse estos contratos. Tales fechas, sumadas, no podrán exceder de 90. Cabe pensar en la posibilidad de que, con la antelación requerida por la norma, la empresa no esté todavía en condiciones de determinar con exactitud las fechas (especialmente las más alejadas en el tiempo, las que caen en el segundo semestre del año natural); es razonable admitir cierto grado de flexibilidad u holgura aquí también. Al ir aproximándose las situaciones concretas que justifican estas contrataciones, la empresa deberá ir precisando con más exactitud las fechas de utilización de estos contratos, y puede aprovecharse el trámite informativo trimestral previsto en el art. 64.2 c) ET⁶ para ir proporcionando información actualizada más precisa. Lo realmente imperativo es no superar 90 días de utilización de este tipo de contrato en el conjunto del año. Agotados estos días, la empresa se verá imposibilitada de acudir a esta modalidad contractual hasta el siguiente año natural.

El CCP corto debe analizarse desde dos perspectivas distintas y complementarias. Desde una perspectiva colectiva, lo que la norma plantea es un número máximo de días al año en que una empresa puede utilizar esta modalidad de contrato. Cabe discutir si los 90 días son por empresa, por centro de trabajo, o por división o sección funcional. Lo más razonable, en mi opinión, es que cada centro de trabajo pueda tener su propio calendario, de manera que un centro pueda fijar 90 días en el año para estos contratos y otro centro pueda fijar una secuencia distinta de 90 días. Podría resultar, de este modo, que una misma empresa podría exceder el número de 90 días al año para este tipo de contrataciones, pero el límite se impondría para cada uno de sus centros por

⁶ Derecho del comité de empresa a ser informado trimestralmente de las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, con indicación del número de estos y de las modalidades y tipos que serán utilizados.

separado. Esto tiene sentido si se repara en que: (1) un centro de trabajo es una unidad a efectos organizativos, tiene por definición su específica dinámica organizativa (art. 1.5 ET); (2) un centro de trabajo puede tener una actividad diferente de la de otro centro, lo que generaría sus particulares situaciones ocasionales a lo largo del año; (3) un centro de trabajo puede tener un calendario distinto al de otro centro, máxime si se ubican en localidades o regiones diferentes, cada una con sus propios festivos, etc.

En esta misma línea colectiva o empresarial, la utilización de estos contratos por circunstancias de la producción en las fechas previstas no tiene un límite cuantitativo preestablecido; de hecho, la norma confirma esta interpretación al señalar que el número máximo de los 90 días es totalmente independiente del número de personas “necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones”. En días habilitados en el calendario para estas contrataciones, la empresa podrá estipular los contratos que estime necesarios. La limitación no es cuantitativa, sino cualitativa: los contratos necesarios para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, pero no más de los necesarios. Sigue existiendo, por tanto, una conexión causal entre las “concretas situaciones” que justifican estos CCP cortos y el número de ellos que la empresa puede realizar, de tal forma que la empresa ha de estar en condiciones de explicar y justificar la “necesidad” de realizar los que haya realizado en cada momento. Sigue rigiendo aquí también la regla general del 15.1, conforme a la cual deben expresarse en los contratos las circunstancias concretas que los justifican, y estas circunstancias han de guardar proporcionalidad con el número de contratos.

Una perspectiva distinta a la colectiva nos permite centrar el análisis en la duración del contrato. En efecto, desde una perspectiva individual, cada contrato tiene una dinámica temporal que debe encajar en los siguientes dos parámetros. Primero, el número máximo de días al año para este tipo de contratación es de 90, pero ningún contrato en concreto puede alcanzar esa duración máxima sin interrupción, ya que la norma exige que ese período de 90 días sea discontinuo; dice exactamente la norma: “Estos noventa días no podrán ser utilizados de manera continuada”. Habría que dividir los 90 días en, al menos, dos períodos; pueden ser más de dos naturalmente. Segundo, la duración del contrato debe ajustarse en función de las circunstancias concretas que lo justifican: el 15.1 exige que en el contrato se especifique con precisión la conexión de la duración prevista del contrato con dichas circunstancias.

Más allá de estos parámetros surgen numerosas dudas. ¿Cabe un CCP por 90 días con una distribución intermitente de las jornadas de trabajo a lo largo del año? ¿Cabe una prórroga en este contrato? ¿Puede utilizarse un CCP de duración igual o superior a 30 días distribuidos de manera discontinua para evitar el peaje del artículo 151 LGSS? Si se atiende a que el CCP corto no compare casi nada con el CCP largo, es difícil argumentar a favor de extender el régimen de una prórroga que se contempla para este último. Por otro lado, cada circunstancia concreta justificativa de la contratación debe considerarse una causa y, por tanto, un contrato por cada causa, con lo que si hay varias causas a lo largo del año, debe entenderse que son tantos contratos como causas, lo que aboca en muchos casos a abonar la cotización extraordinaria del referido artículo 151 LGSS.

Por otro lado, en cuanto a la extinción, el CCP corto se somete a las mismas reglas de extinción del artículo 49.1 c) ET. Por su duración tan exigua, el CCP corto no requerirá nunca preaviso extintivo, pero sí la indemnización proporcional a 12 días de salario por año de servicio. Es difícil insertar en este CCP corto la regla sobre prórroga automática hasta la duración máxima para contratos concertados por una duración inferior a ella, porque propiamente no hay una duración máxima del contrato, sino que lo que rige es un período máximo de contratación para esta modalidad (90 días al año). Sí parece que debe aplicarse la regla general de conversión en indefinido del contrato cuando, llegada la fecha de extinción, se continuara la prestación laboral, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación.

El supuesto especial de la contratación para trabajos en el marco de contrata

Comentario aparte merece el último párrafo del artículo 15.2 ET. Dice así: “No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontrata o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”.

Para entender el alcance de este párrafo, es necesario recordar que los trabajos adscritos a contrata (entendiendo por contrata el encargo de un tercero para la prestación de determinado servicio, sea o no de la propia actividad de dicho tercero) venían tradicionalmente justificando la utilización de contratos de trabajo de obra o servicio determinado del artículo 15.1 a) (en la redacción anterior al RD-ley 32/2021). De este modo, la contratación externa de servicios entre empresas u organismos o entidades conformaba el soporte causal de la contratación temporal de obra o servicio determinado, con duraciones relativamente largas, incluso de varios años. Este tradicional estado de cosas (que reposaba en la jurisprudencia del Tribunal Supremo) fue alterado por una primera sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 29 diciembre 2020⁷. En ella, la Sala argumenta que el “carácter excepcional” de la actividad a la que el contrato de obra o servicio determinado “busca atender” no casa en absoluto con el hecho de que en muchos casos el objeto de la contrata es “la actividad ordinaria, regular y básica de la empresa”. Añade que “la mayor o menor duración del encargo del cliente no puede seguir vinculándose a la nota de temporalidad de este tipo de contrato de trabajo”. Pero advierte, eso sí, que la duración determinada del contrato laboral podría eventualmente justificarse en la medida en que la obra o servicio “pueda claramente definirse y delimitarse respecto del volumen ordinario o habitual y surgir, precisamente por ello, como un elemento destacado y no permanente respecto del ritmo de la actividad de la empresa”. Esta rectificación jurisprudencial se confirma poco después en la STS 2 febrero 2021⁸, que añade el interesante y lógico matiz de que corresponde a la empresa la carga de probar “la concurrencia de los elementos jurídicos y de hecho que pudieren justificar el recurso a esa clase de contrato temporal, en función de las peculiaridades de tales tareas dentro de las que constituyen el objeto habitual y ordinario de su actividad empresarial”.

El golpe asestado por el Tribunal Supremo al contrato de obra o servicio determinado es, seguramente, una de las razones que han llevado a su eliminación. Políticamente, es la medida más importante, en cuanto que es la que más va a contribuir a la reducción de la tasa de temporalidad en España y al consiguiente acercamiento a una tasa más en línea con la media de los países de la UE. Esto no es poco; aunque no se insiste lo bastante en que por sí sola la tasa de temporalidad es un indicador poco fiable: cuando es muy alta, puede ser síntoma de algún problema, pero cuando es normal o baja, apenas dice nada de la calidad del empleo en un país, de la precariedad laboral de grupos importantes de la población, etc. Reducir la tasa de temporalidad por sí solo no basta si España continúa en todo lo alto del ranking de “inseguridad en el mercado laboral”, según lo mide la OCDE. Este indicador es una medida de seguridad económica, que intenta captar el riesgo de pérdida de empleo así como el coste económico que la pérdida representa para la persona. España es la segunda economía peor parada en esto de toda la OCDE, tras Grecia⁹. Nuestro elevado desempleo contribuye, sin duda, a esta inseguridad, que nada tiene que ver con la protección frente al despido, sino con la probabilidad de encontrar pronto otro empleo.

La salida que se ofrece a miles de empresas cuyo negocio es ser contratadas por otras para la prestación de servicios más o menos continuados es básicamente el contrato fijo discontinuo y la

⁷ ECLI:ES:TS:2020:4383.

⁸ ECLI:ES:TS:2021:406.

⁹ Los datos son de 2016 y pueden verse aquí: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=JOBQ>

posibilidad adicional de recurrir a empresas de trabajo temporal (art. 16 ET), pero siempre en el marco de esta contratación que es formalmente indefinida, aunque ampare lapsos de inactividad (por tanto, desempleo) de cierta relevancia. En otro trabajo de este mismo volumen se aborda la problemática que plantea el nuevo artículo 16 ET, y a él me remito.

Retomando el hilo del último párrafo del artículo 15.2 ET, el precepto se refiere a contrataciones que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa. Una contratación excepcional u extraordinaria de los servicios de la empresa podría, por tanto, configurar la causa de un contrato por circunstancias de la producción, siempre que no sea una contratación previsible, en el sentido de formar parte del negocio normal de la empresa. Confirma esta interpretación la indicación del contrato fijo discontinuo “para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contrataciones mercantiles o administrativas que, siendo *previsibles*, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa” (art. 16.1 ET).

Esta excepcional habilitación del contrato por circunstancias de la producción para cubrir trabajos adscritos a contrataciones es la que se desprende de las palabras finales del artículo 15.2 ET: “sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”. La concurrencia de las circunstancias de la producción requerirá que la contrata sea extraordinaria, ocasional, que suponga un incremento de la actividad de la empresa. En todo caso, como es lógico, la contrata no podrá durar más de 6 meses (o la duración superior prevista en convenio colectivo sectorial hasta el máximo infranqueable de los 12 meses), porque si el trabajo tiene una duración previsible superior a la duración máxima del contrato por circunstancias de la producción, no podrá acudir a esta modalidad contractual y habrá de acudir a contratos ordinarios o a contratos fijos discontinuos.

Los contratos por sustitución

El nuevo artículo 15.3 ET se desprende, sin nostalgia alguna aparente, de la clásica denominación de contrato de interinidad para regular una serie de supuestos de contratación temporal que se agrupan ahora bajo el nombre de contrato de sustitución, o literalmente “contrato por sustitución de persona trabajadora” (art. 15.1 ET). Estos contratos de sustitución habilitan la temporalidad en tres situaciones diferentes:

- 1ª) Sustituir a quien disfruta de derecho a reserva de puesto de trabajo.
- 2ª) Completar una reducción de jornada.
- 3ª) Cubrir una vacante mientras dura el proceso para su cobertura definitiva.

En la primera situación, la sustitución debe ser la de un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo. A diferencia de lo que ocurre en la segunda situación, en la que la reducción debe ampararse en causas legales o convencionales, el derecho de reserva de puesto puede tener una fuente legal, convencional o contractual. Así hay que entenderlo a la vista de que la reserva de puesto puede resultar de un pacto individual conforme al artículo 48.1 ET. Por lo demás, no es necesaria una suspensión del contrato para activar una reserva de puesto: lo relevante no es que haya suspensión, sino que exista un derecho de reserva de puesto, lo que no acontece, salvo pacto, en una excedencia voluntaria, por ejemplo, y sí acontece, también por ejemplo, en el traslado o cambio de centro de trabajo de víctimas de violencia de género o de terrorismo (art. 40.4 ET).

Para esta primera situación, la norma introduce ahora la novedad de regular el posible solapamiento o coincidencia entre la persona sustituida y la sustituta. Sin embargo, la regulación solo

se ocupa de la coincidencia en la entrada o al inicio de la interinidad, pero no de la coincidencia en la salida o al fin de la interinidad (existe una clara identidad de razón, por lo que cabe la analogía aquí): lo que la norma prevé es que “la prestación de servicios podrá iniciarse antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida, coincidiendo en el desarrollo de las funciones el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días”. Sorprende que se mantenga la prohibición de coincidencia en el caso previsto en el art. 11.2 de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo.

En la segunda situación, el contrato puede concertarse para completar la jornada reducida por otra persona. La norma limita expresamente el supuesto habilitante a una reducción de jornada prevista legal o convencionalmente; no por tanto a una posible reducción de jornada acordada individualmente por la razón que sea. Esta limitación es desafortunada, pues desincentiva a las empresas a la hora de atender posibles peticiones de reducción temporal de jornada basadas en múltiples razones que pueden afectar a las personas a lo largo de la vida y que no se contemplan necesariamente en la ley o en el convenio colectivo.

En estas dos situaciones, el contrato debe especificar el nombre de la persona sustituida y el nombre de la sustituta. En cuanto a la duración, tendrá la misma que la causa habilitante: la ausencia con reserva de puesto de trabajo o la reducción de jornada por causa legal o convencional.

Finalmente, en la tercera situación, el contrato puede concertarse “para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo”. Se incorpora así al Estatuto de los Trabajadores una previsión que hasta ahora tenía mero rango reglamentario. Aquí sí se establece una estricta duración máxima del contrato, cifrada en tres meses (plazo que el convenio colectivo puede reducir, pero no ampliar), y se añade la prevención de que no puede celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada la duración máxima referida.

Un comentario final crítico

La reforma de los supuestos de temporalidad del artículo 15 ET podía haberse limitado a la supresión del contrato por obra o servicio determinado y a algunos retoques menores en el de interinidad y eventual. La única reforma verdadera y profundamente necesaria era penalizar la ilegalidad en la utilización de los contratos de duración determinada, porque hasta la fecha esa ilegalidad apenas tenía consecuencias negativas para los incumplidores. Con eso hubiera bastado: una elevación de las cuantías sancionadoras para hacerlas suficientemente disuasorias y castigar la utilización fraudulenta e ilegal de los supuestos de temporalidad.

Pero para que esa elevación de sanciones fuera justa se requería haber dejado el contrato eventual como estaba, porque, con sus virtudes y sus defectos, el contrato había adquirido ya unos perfiles más o menos nítidos y su utilización podía considerarse “segura”, razonablemente. Con los nuevos contratos por circunstancias de la producción ha emergido la niebla y nos dirigimos hacia una travesía tenebrosa, quién sabe por cuánto tiempo, hasta que tengamos unos criterios pacíficos y razonablemente seguros acerca de la utilización de estos contratos. Contratos que son ya, desaparecido el de obra o servicio, los contratos temporales por antonomasia, los únicos a los que se podrá acudir para necesidades temporales de mano de obra derivadas de circunstancias de la empresa o del mercado. Sancionar duramente en el contexto de inseguridad jurídica generada por una redacción nueva repleta de conceptos vagos (ocasional, previsible, oscilación, etc.) podría ser injusto en muchos casos; cabe confiar, como nota positiva, en la profesionalidad y buen juicio de los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La contratación temporal en el RD Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones

Fixed-term employment contracts: new rules in employees' rights, injuries and presumptions

Patricia Nieto Rojas *

*Profesora Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia*

ORCID ID: 0000-0002-7851-4066

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6637>

Resumen: La reforma laboral, en una clara apuesta por mejorar la estabilidad en el empleo, no solo modifica los supuestos en los que cabe acudir a un contrato de duración determinada, sino que establece nuevas reglas para potenciar la contratación indefinida. El presente artículo analizará el alcance de estas novedades, tanto en lo relativo a las modificaciones efectuadas en el art. 15.5 ET respecto al encadenamiento de contratos, pero también las medidas que en el ámbito sancionador se han adoptado para lograr este objetivo. Concretamente, la cotización adicional para los contratos de muy corta duración prevista en el art. 151 Ley General de Seguridad Social, así como las novedades incorporadas en la LISOS.

Palabras clave: contrato temporal, encadenamiento contractual, sanciones, reglas generales.

Abstract: The labor reform tries, one more time, to get that the temporary employment contracts should be the exception. For that, it includes new rules to increase the fixed employment contracts and provides that collective bargaining agreements will be able to establish objective criteria and conversion commitments of fixed-term or temporary contracts into permanent ones, and this paper analyzes the rule including in section 15.4 ET: those temporary contracts subscribed evading the law will be presumed to be indefinite contracts, and the new rules established in section 15.5 ET. Furthermore, section 7 of the Law on Offences and Penalties in the Social Order, qualifies as a serious infraction the breach of the legal regulation regarding temporary.

Keywords: temporary employment contract, infractions, general rules, labor reform

*pnieto@der.uned.es

1. La temporalidad como rasgo definitorio del mercado de trabajo español

El mercado laboral español arrastra desde hace décadas importantes desequilibrios que no solo agravan los ciclos económicos y lastran los aumentos de productividad, sino que aumentan la precariedad y profundizan las brechas sociales, territoriales y de género. El abuso de la temporalidad es una de las razones que está detrás de la baja productividad comparada de nuestro país y de la debilidad estructural de la economía española y, al tiempo, esta inestabilidad supone la cronificación de una situación de extrema precariedad de un importante volumen de trabajadores. El uso desviado de la contratación de duración determinada solo puede explicarse como un instrumento empresarial de provisión de flexibilidad, centrado excesivamente en los márgenes, utilizando la contratación temporal como principio vector de ajuste competitivo de las empresas¹, a pesar de los esfuerzos normativos para incrementar las tasas de empleo indefinido.

El RD Ley 32/2021 es un nuevo intento para conseguir “*que el contrato indefinido sea la regla general y el contrato temporal tenga un origen exclusivamente causal, evitando una utilización abusiva de esta figura y una excesiva rotación de personas trabajadoras*”. Ahora bien, atendiendo al “*fracaso de las intervenciones que se han producido en las dos últimas décadas*”², cabría plantearse si esta reforma, que ha recibido el consenso de patronales y sindicatos en la mesa de diálogo social, será capaz de alterar un *modus operandi* tan asentado en nuestro sistema de relaciones laborales, pues siendo cierto que, en la materia que nos ocupa, rige el principio de causalidad en la contratación temporal³, las estadísticas se encargan de demostrar que el mandato legislativo de hacer la contratación indefinida la regla general y del contrato temporal la excepción es más un desiderátum que una realidad. Los perniciosos efectos de esta excesiva temporalidad⁴ han marcado en buena medida la agenda legislativa de las últimas dos décadas sin que, paradójicamente, se haya conseguido incidir de forma notable en el problema.

Ni las múltiples reformas laborales aprobadas desde mediados de los años 80, ni tampoco el ingente presupuesto destinado a incentivos a la contratación indefinida han conseguido atajar un rasgo estructural de nuestro mercado de trabajo que se ha convertido en un problema social y cultural que ha afectado tan sensiblemente la vida de varias generaciones de trabajadores. Sin embargo, como certeramente recuerda la Directiva 2019/1152, “*deben evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias*”. Del panorama descrito se deduce que son necesarias acciones en todos los ámbitos al tiempo que es preciso también transmitir un mensaje claro y contundente a la sociedad en general y a nuestro tejido productivo en particular: la contratación indefinida ha de ser la regla general⁵. Este es el objetivo del RDL 32/2021, habiéndose entendido que su aprobación “*rompe con una larga tradición en nuestro sistema en la que se ha estabilizado la precariedad en el empleo, comenzando por la forma-tipo de la eventualización a partir de 1977, el contrato temporal para el fomento del empleo, su generalización y asunción plena en la reforma de 1984 y su proyección hasta el ciclo de reformas de 1994-1997, que marca su declive y su sustitución por la desnaturalización de las figuras temporales previstas en el art. 15 ET como vehículo de la precarización continua del empleo durante todo el periodo que comienza en las reformas del 2001 y 2002. Durante este largo periodo de tiempo se ha creado toda una cultura de la temporalidad como gestión de la empresa y como fórmula para*

¹ TOHARIA CORTÉS, L., “El modelo español de contratación temporal”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 64, 2002, p. 118.

² GOERLICH PESET, J. M., “¿Es necesario revisar el marco de la contratación temporal?”, *Documentación Laboral*, vol. 110, 2017, p. 13.

³ ALZAGA RUIZ, I., *Contratación laboral temporal: Un estudio jurisprudencial*, Edersa, Madrid, 2000, p. 53.

⁴ Sobre los efectos de la temporalidad, por todos, PÉREZ DEL PRADO, D., “Los efectos de la temporalidad más allá del mercado de trabajo”, en Gómez Abelleira, F. J. (ed.) *La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 93.

⁵ STS 6.5.2003 (R° 2941/2002).

*reducir el coste de los ajustes de empleo*⁶, habida cuenta de la fortísima volatilidad del empleo temporal, que crece rápidamente en ciclos expansivos, destruyéndose a la misma velocidad en épocas recesivas. Y aunque la temporalidad afecta con mayor intensidad al empleo público (con una media del 27.7% en 2019) que al sector privado (media del 25.9% en 2019), las cifras evidencian no solo que el problema se sitúa en ambos ámbitos en términos de relativa igualdad, sino que *“su solución pasa inexorablemente porque el Derecho se convierta en un instrumento efectivo de ordenación de las relaciones laborales”*⁷, pretendiendo lograr este objetivo mediante dos medidas: la primera, centrada, en las Administraciones Públicas y que se ha materializado en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, y, una segunda, dirigida al sector privado y que, atendiendo a los objetivos declarados por el Ejecutivo en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia⁸, contemplaba la modernización de las relaciones laborales mediante una simplificación de los contratos y una apuesta por la estabilidad en el empleo.

Para la consecución de este propósito, nuevamente se modifica el ET, diseñando una lista cerrada de supuestos en los que cabe la contratación por tiempo cierto, exigencia ineludiblemente conectada con la concurrencia de las circunstancias objetivas en la empresa que justifique la temporalidad del vínculo, pero también mediante la modificación de otras normas que consagran la presunción en favor del carácter indefinido de la relación⁹, siendo el objeto de este artículo conocer estas nuevas reglas en materia de contratación temporal.

2. Presunciones a favor del carácter indefinido de la relación

La apuesta por la indefinición se materializa en dos medidas: la primera, al recuperar la redacción primigenia del texto estatutario, de manera que *“el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido”*. Y, la segunda, mediante la nueva redacción dada al art. 15.4 ET entendiendo que *“las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas. También adquirirán la condición de fijas las personas trabajadoras temporales que no hubieran sido dadas de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba”*. De la literalidad del precepto, se infiere que la empresa no podrá ya desvirtuar la condición de contrato indefinido (y a jornada completa) si, como ocurría en la anterior regulación, *“de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho”* sino que, ahora, cualquier incumplimiento, ya sea relativo a la falta de alta en la Seguridad Social, a la superación de los límites temporales previstos para cada contrato temporal o a la inexistencia de causa de temporalidad determina la automática conversión del contrato, adquiriendo la persona trabajadora la condición de fija en la empresa. Conclusión que se refuerza con lo previsto en el nuevo art. 15.9 ET que señala que *“en los supuestos previstos en los apartados 4 y 5, la empresa deberá facilitar por escrito a la persona trabajadora un documento justificativo sobre su nueva condición de persona trabajadora fija de la empresa”*.

⁶ BAYLOS GRAU, A. La contratación temporal en la reforma laboral de 2021. <https://blogs.publico.es/otrasmiradas/55207/la-contratacion-temporal-en-la-reforma-laboral-de-2021/>

⁷ PASTOR MARTÍNEZ, A. La temporalidad endémica del mercado laboral español y su necesaria reforma legal, NET21, número 27, 2021, p 3

⁸ El documento remitido por el gobierno es accesible en: https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/plan_de_recuperacion.pdf

⁹ Analizando estas reglas en la regulación anterior, ALZAGA RUIZ, I., *Contratación laboral temporal. Un estudio jurisprudencial*, Edersa, Madrid, 2000, p. 53.

Se ha de tener en cuenta el adjetivo utilizado por el legislador en el apartado cuarto del art. 15 ET que hace expresa mención a la condición de “persona trabajadora fija”. Que no se utilice el término “indefinido” ha servido para plantear a la doctrina académica¹⁰ algunas interesantes cuestiones, con especial interés en el marco de los procesos de ingreso en las Administraciones Públicas. Y así, *¿puede entenderse que, a partir del RD Ley 32/2021, la contratación temporal ilícita en el sector público precipita la «fijeza» en los términos del EBEP? Si es así, se trataría sin duda de una novedad de extraordinaria relevancia (al menos, para los contratos temporales que se formalicen a partir de la entrada en vigor del RD Ley 32/2021).*

No se modifica, por el legislador de urgencia, la redacción del art. 8.2 ET, de modo que cabe prueba en contrario en relación al incumplimiento de “la exigencia de forma escrita”. De este modo, el contrato de trabajo se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite “la naturaleza temporal de la causa justificativa de la contratación o el carácter a tiempo parcial de los servicios”.

Refuerza el legislador las exigencias causales, formando parte del control judicial la comprobación de la causalidad, de manera concreta y precisa. El legislador exige, como ya hacía en la regulación precedente, que se justifique la causa propia e intrínseca que exige la temporalidad del vínculo, de manera que, si la misma no concurre, el contrato se presumirá celebrado en fraude de ley y, por tanto, concertado por tiempo indefinido. Por esta razón, la concreción excesivamente genérica de la causa motivadora supone también un incumplimiento de la obligación de consignar “con precisión y claridad la causa o circunstancia que lo justifique”¹¹, exigencia que se erige en verdadero mecanismo de control a la hora de determinar si la necesidad cubierta por el trabajador temporal responde a una actividad de duración cierta¹². La concurrencia de fraude de ley en la contratación temporal desencadena la consideración de indefinido del contrato, sin posibilidad de prueba en contrario, ya que, en realidad, no se trata de una presunción como de la imposición de la norma, cuyo incumplimiento se ha querido eludir. Ahora bien, la responsabilidad en el plano contractual, que debe ser exigida por el trabajador que considera que su contrato no debería ser temporal, sino indefinido, es altamente ineficaz al limitarse “en el mejor de los casos, a reparar meramente el daño infligido al trabajador en términos de indemnización extintiva”¹³, toda vez que la empresa que incumple la normativa sobre utilización de contratos temporales no sufre pérdida patrimonial sino que la indemnización que debiera pagar a la persona trabajadora es la que hubiera pagado por extinguir de manera improcedente el contrato del trabajador de haberlo hecho indefinido, cumpliendo, desde el inicio, con la previsión legal¹⁴. Pero es que, además, si tomamos como fuente la Estadística de Asuntos Judiciales elaborada por el Consejo General del Poder Judicial encontramos que en el año 2019 solo fueron 108.698 los asuntos en materia de despido enjuiciados por nuestros Tribunales y, en este mismo periodo, se suscribieron en España más de veintidós millones de contratos¹⁵, cifras que evidencian que muchos trabajadores temporales no reclaman judicialmente sus derechos a través de esta vía.

En alguno de los documentos de trabajo negociados durante el proceso de reforma se propuso incorporar una nueva causa de nulidad para el despido de las “personas trabajadoras que hayan

¹⁰ BELTRÁN DE HEREDIA, I. *Régimen normativo de la Contratación Temporal (antes y después del RD Ley 32/2021) y el nuevo Contrato Fijo-Discontinuo* <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#321113>

¹¹ Art, 3.2 a) RD 2720/1998,

¹² ALZAGA RUIZ, I., *Contratación laboral temporal: Un estudio jurisprudencial*, cit., p. 84.

¹³ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *Contratos laborales y temporalidad. La política legislativa de contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 113.

¹⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “La contratación laboral temporal: balance y perspectivas”, en Gómez Abelleira, F. J. (ed.) *La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 34.

¹⁵ Accesible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Asuntos-Judiciales-Sociales/>

suscrito un contrato de duración determinada, respecto de aquellos contratos concertados al margen de las razones justificativas previstas en las disposiciones legales, y, en concreto, de las referidas en el artículo 15, cualquiera que sea la causa alegada para la extinción”, si bien dicha modificación no alcanzó el consenso de las partes, de manera que no se incorporó en el texto finalmente aprobado. Y aunque obviamente excede del objetivo de este trabajo plantear si el importe de la indemnización por despido improcedente en contratos de muy corta duración es una compensación suficiente al incumplimiento empresarial, no puede dejar de apuntarse que “la reducción de la indemnización por despido y la desaparición los salarios de tramitación hacen que el diferencial entre el coste extintivo del contrato temporal y el resultante de la calificación del cese como improcedente no resulte suficiente para presionar a la empresa hacia el uso correcto de la contratación de duración determinada. Es más, desincentiva el propio ejercicio de sus derechos por parte del trabajador, por los costes de oportunidad que supone la interposición de una acción judicial.¹⁶”

El RD Ley 32/2021 realiza simples ajustes en redacción a este extremo, exceptuando de la indemnización por finalización del contrato de duración determinada prevista en el art. 49.1 c) ET a los contratos formativos y al contrato de duración determinada por causa de sustitución; por tanto, solo será la extinción por llegada a término de un contrato por circunstancias el que genere el derecho a una indemnización. Esta circunstancia, al igual que ocurría en la regulación precedente, “puede explicarse en cierta medida por tratarse de lo que podemos llamar “contratación temporal de fiar”, pues dada la objetividad y fácil comprobación de los hechos que operan como presupuestos de su celebración, la probabilidad de fraude es ciertamente reducida¹⁷”.

3. Nuevas reglas en materia de encadenamiento de contratos

Cuando en el año 2006¹⁸ se aprobó el art. 15.5 ET se dio una vía de oxígeno a los trabajadores temporales que mantuvieran un vínculo, directo o indirecto, con la misma empresa durante un periodo prolongado de tiempo, toda vez que adquirirían la condición de indefinido quienes hubieran estado contratado durante más de 24 meses en un periodo de 30 meses, con dos o más contratos temporales de obra o servicio o eventual por circunstancias. La referencia a la concatenación, entendida como la acción de unir o enlazar, impedía la adquisición de la condición de indefinido a quien hubiera tenido un único contrato de obra, cuya duración excediese los 24 meses, pues no cumplía el presupuesto legal; se trataba una novación *ex lege*, que se desvinculaba de la necesidad de acreditar el fraude al establecer implícitamente una presunción *iuris et de iure* de que existe una necesidad permanente del trabajador en cuestión si en esos treinta meses, solo seis no ha sido necesario.

3.1. La rebaja en el lapso temporal

El RD Ley 32/2021 mantiene esta vía, aunque con algunas modificaciones de calado, y así el vigente art. 15.5 ET establece que: “Las personas trabajadoras que en un periodo de veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas

¹⁶ GOERLICH PESET, J. M., “¿Es necesario revisar el marco de la contratación temporal?”, cit., p. 15.

¹⁷ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., *El coste del despido: y otras formas de terminación del contrato de trabajo por iniciativa empresarial: un análisis jurídico y económico*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014, p. 356.

¹⁸ Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, «BOE» núm. 141, de 14 de junio de 2006.

de trabajo temporal, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas. Esta previsión también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente. Asimismo, adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal". Dos novedades relevantes en las garantías de estabilidad previstas ante el encadenamiento de contratos temporales.

En primer lugar, la rebaja de los periodos de computo, pasando de 24 en un periodo de 30, a 18 en un periodo de 24 meses, lo que supone que, pese a la celebración formal, y causal, de, al menos, dos contratos por circunstancias de la producción, incluyendo en este periodo las prestaciones de servicio a través de Empresas de Trabajo Temporal, el vínculo laboral va a adquirir carácter de fijo, resultando irrelevante que la conducta empresarial sea, o no, fraudulenta. Como ocurría con la regulación precedente, la duración legalmente prevista a estos efectos puede darse con o sin solución de continuidad entre los contratos que suceden, de modo que quedarán incluidos en la cadena todos los contratos por circunstancias de producción realizados durante este periodo aunque no sean continuados y exista entre ellos un espacio de tiempo sin contrato o un contrato no computable (un contrato de sustitución, por ejemplo), "*siendo, desde luego, en esta materia absolutamente inocua la duración de la solución de continuidad (de más o menos de veinte días) siempre que se cumplan los parámetros temporales previstos*"¹⁹. Lógicamente, y a falta de otra especificación legislativa, la fijeza se alcanzará en el último puesto desarrollado²⁰.

3.2. La adquisición de la fijeza a través del puesto de trabajo

En segundo lugar, la reforma incorpora una garantía objetiva pues también se adquirirá la fijeza si es el puesto de trabajo el que ha estado ocupado, con o sin solución de continuidad, de modo directo o a través de una empresa de trabajo temporal mediante contratos por circunstancias de la producción. Aunque esta novedad tiene un alcance ciertamente limitado, pues únicamente los contratos tenidos en cuenta serán los regulados en el apartado 2 del art. 15 ET, mejora significativamente la anterior regulación, dado que el tratamiento de la rotación contractual de trabajadores temporales para un mismo puesto de trabajo quedaba a expensas de la regulación convencional, y así "*atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal*". La intervención que el legislador delegaba en la negociación colectiva tendría que evitar que la temporalidad se consolidase "*cambiando al trabajador destinado al mismo puesto*"²¹, normalmente para trabajos de escaso valor añadido y escuetas exigencias formativas²².

La tibieza con que la negociación colectiva acogió el mandato para evitar la rotación en el mismo puesto de trabajo ha sido un factor que seguramente ha pesado en la nueva regulación legal,

¹⁹ LÓPEZ TERRADA, E., "Art. 15", en AAVV. (ed.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 3ª, Lex Nova, Valladolid, 2014, p. 233.

²⁰ GOERLICH PESET, J. M., "La contratación temporal en la reforma laboral de 2010", en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (eds.) *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 55.

²¹ STS 25.5.2011 (ECLI: ECLI:ES:TS:2011:4668)

²² GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *Contratos laborales y temporalidad. La política legislativa de contratación laboral*, cit., p. 125.

que merece una valoración positiva por cuanto trata de evitar que la limitación de la concatenación se convierta en un factor que estimule un efecto sustitución de las personas trabajadoras²³.

Aunque será objeto de elevada litigiosidad judicial la noción misma de “puesto de trabajo”, la doctrina judicial ha entendido que el elemento para considerar acreditada su existencia lo determina “*la vertiente locativa por la prestación de servicios en idéntico centro de trabajo y en el aspecto funcional por el desempeño de tareas o funciones iguales o similares propias de la misma categoría profesional*”²⁴. Doctrinalmente se ha defendido una noción más extensiva, entendiendo que “*el puesto es el mismo cuando se desarrollan funciones sustancialmente idénticas en un ámbito geográfico dentro del cual la movilidad funciona no implica un traslado en el sentido del art. 40 ET*”²⁵, con el objetivo de evitar que el *ius variandi* empresarial puede ser utilizado para evitar la aplicación de la norma.

3.3. La aplicación temporal de las nuevas reglas en materia de encadenamiento

Las reglas de derecho transitorio en relación al encadenamiento de los contratos se contienen en la DT 5ª RD Ley 32/2021, que señala que lo “*previsto en la redacción dada por el presente Real Decreto-ley al artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores será de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir de la entrada en vigor del mismo*”, es decir, a los tres meses desde su publicación, tal y como mandata la DF 8ª 2 b) RD Ley 32/2021. Por tanto, a partir del 31 de marzo de 2022, la conversión en indefinido se produce cuando, en un periodo de 24 meses, la persona trabajadora hubiera estado contratada durante un plazo superior a 18 meses mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, frente al plazo de 24 meses en un periodo de 30 que contempla la redacción todavía en vigor del art. 15.5 ET.

Respecto los contratos suscritos con anterioridad, en un evidente esfuerzo para delimitar la aplicabilidad de la nueva disciplina en relación con el tiempo, señala la referida disposición transitoria que, se tomará en consideración sólo el contrato vigente a la entrada en vigor de la norma de urgencia, esto es, el 31 de diciembre de 2021. De la literalidad de esta DT se infiere que es el contrato temporal existente en esa fecha el que operará como primer contrato de los dos que como mínimo exige el art. 15.5 ET para apreciar el encadenamiento de contratos, sin que resulten computables a tales efectos contratos temporales anteriores. Pero dicho contrato, es decir, el que estuviera en vigor a la entrada en vigor en esta fecha “*computará en toda su duración, incluida la que haya transcurrido hasta el 30 de diciembre, incluyéndose también dicho periodo en el cómputo del periodo de referencia de 24 meses a que hace referencia la nueva redacción del art. 15.5 ET*”²⁶. Por tanto, a partir del 30 de marzo de 2022, los contratos que podrán ser computados serán exclusivamente los vigentes el día 31 de diciembre de 2021 y, en lógica coherencia, también deberán ser tomados en cuenta los contratos suscritos al amparo de lo previsto en la DT 4ª RDL 32/2021.

Se mantiene la doble posibilidad prevista en la anterior regulación, y así tanto la empresa como el Servicio Público de Empleo podrán emitir un documento que certifique los contratos de duración determinada o temporales celebrados, a los efectos de poder acreditar la condición de persona trabajadora fija en la empresa. Como novedad del RD Ley 32/2021, el Servicio Público de

²³ PASTOR MARTÍNEZ, A. La temporalidad endémica del mercado laboral español y su necesaria reforma legal, NET21, número 27, 2021, p 4.

²⁴ STSJ Islas Canarias 19.6.2014 (ECLI: ECLI:ES: TSJICAN:2014:2625)

²⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *Contratos laborales y temporalidad. La política legislativa de contratación laboral*, cit., p. 125.

²⁶ PUEBLA PINILLA, A. RDL 32/2021: El fin de los contratos temporales que conocíamos. Régimen transitorio hasta su definitiva desaparición, AEDTSS, p. 5. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/Contratos-temporales.-Regimen-transitorio-ana.pdf>

Empleo pondrá en conocimiento de “la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si advirtiera que se han sobrepasado los límites máximos temporales establecidos”, con el ánimo evidente de poder iniciar una actuación inspectora derivada de este incumplimiento.

4. Igualdad de derechos entre trabajadores temporales e indefinidos

Ya en la Cláusula 4ª de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, se estableció que “los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas”, habiendo sido la interpretación de esta previsión objeto de numerosos pronunciamientos del TJUE, significadamente en el ámbito del sector público²⁷. Más recientemente el principio número 5 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, proclamado en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017, dispone que, con independencia del tipo y la duración de la relación laboral, los trabajadores tienen derecho a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo, así como al acceso a la protección social y a la formación, y que debe fomentarse la transición hacia formas de empleo por tiempo indefinido. La transposición de estas previsiones en el ordenamiento jurídico español se contiene en el apartado sexto del artículo 15 ET. Y así, “*las personas con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que las personas con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado. Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad de la persona trabajadora, esta deberá computarse según los mismos criterios para todas las personas trabajadoras, cualquiera que sea su modalidad de contratación*”.

A este respecto, cabe efectuar dos precisiones: la primera relativa al cómputo de la antigüedad, teniendo presente que la doctrina consolidada del Tribunal Supremo que ha señalado que existe “*solución de continuidad, y por tanto debe computarse a efectos de cómputo de antigüedad cuando la relación se declare indefinida, no sólo el último contrato, sino también todos aquellos anteriores en los que no exista solución de continuidad, entendiéndose primero que esta ruptura se producía por el paso de 20 días –plazo de caducidad de la acción por despido– y posteriormente atendiendo a la “unidad del vínculo”, considerando que no se pierde por interrupciones coincidentes con el periodo vacacional o por interrupciones no significativas*”²⁸. Y aunque no necesariamente la unidad del vínculo está ligada a la existencia de fraude de ley, “*pues parece innegable que pudiera apreciarse a aquélla en la sucesión de contratos temporales perfectamente ajustados a derecho, no es menos cierto que la concurrencia de fraude parece que haya de comportar –razonablemente– que sigamos un criterio más relajado –con mayor amplitud temporal– en la valoración del plazo que deba entenderse “significativo” como rupturista de la unidad contractual, habida cuenta de que la posición contraria facilitaría precisamente el éxito de la conducta defraudadora*”²⁹.

²⁷ Extensamente BELTRÁN DE HEREDIA, I. Discriminación y abuso en la temporalidad. Accesible en: <https://ignasibeltran.com/guia-jurisprudencial-sobre-discriminacion-y-abuso-en-la-temporalidad/>

²⁸ Por todas, STS 8.3.2007 (Rº 175/2004).

²⁹ STS 7.6.2017 (Rº 113/2015).

La segunda, es que esta interpretación jurisprudencial puede favorecer “*la formulación de demandas de trabajadores con sucesivos contratos temporales, al permitir la toma en consideración de periodos de servicio más largos y dar lugar, por ello, a indemnizaciones más elevadas, por las que sí vale la pena demandar*”³⁰ lo que parece especialmente relevante si tenemos cuenta los elocuentes datos que arroja la estadística elaborada por el Ministerio de Trabajo sobre el coste del despido³¹: la indemnización media recibida por los trabajadores indefinidos en las extinciones producidas en el año 2018 se situó en 16.977€ de media, y se reduce hasta 1.134€ para los trabajadores con contrato de duración determinada, y solo 474,1€ para los contratados a tiempo parcial.

Años (1)	Trabajadores afectados	Empresas implicadas	Cantidad media indemnizada (2)					
			Total	Indefinido tiempo completo	Indefinido tiempo parcial	Fijos discontinuos	Temporal tiempo completo	Temporal tiempo parcial
2018	421.327	198.521	9.306,4	16.977,0	3.375,7	4.815,0	1.131,5	474,1

5. La llamada a la negociación colectiva para mejorar la calidad del empleo

El RD Ley 32/2021 nuevamente hace una llamada a la negociación colectiva para que en esta se establezcan “*planes de reducción de la temporalidad, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa, criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, así como fijar porcentajes máximos de temporalidad y las consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos. Asimismo, los convenios colectivos podrán establecer criterios de preferencia entre las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidas las personas puestas a disposición. Los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estas personas trabajadoras a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales*”. A pesar de que es poco frecuente que la negociación incorpore cláusulas de empleo (en las estadísticas de la negociación colectiva del año 2019³², solo el 10.96% de los convenios registrados incorpora alguna cláusula relativa a la conversión), sí que es habitual que los textos paccionados incorporen manifestaciones genéricas sobre la conveniencia de apostar por la estabilidad en el empleo.

Cláusulas sobre contratación	772	44,75	2.243.966	74,16
Conversión de contratos temporales en indefinidos	189	10,96	904.841	29,90
Límite al número máximo de contratos temporales	154	8,93	695.301	22,98
Prevención encadenamiento de contratos	108	6,26	654.793	21,64

También es habitual que los convenios establezcan un porcentaje mínimo de contratación indefinida³³ durante su ámbito temporal, de modo que todas las empresas “*tendrán un mínimo de*

³⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *Contratos laborales y temporalidad. La política legislativa de contratación laboral*, cit., p. 114.

³¹ https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/dec/index.htm

³² Anuario de Estadísticas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Datos a 2019.

³³ CC para las empresas de mediación de seguros privados para el periodo 2019-2022. «BOE» núm. 6, de 7 de enero de 2020. También establecen un porcentaje de contratación indefinida, CC Empresas enseñanza privada sostenida con fondos públicos («BOE» núm.231, de 27 de septiembre de 2021). CC Sanidad Privada de la provincia de Valladolid (BOP Valladolid num 185 página 3 el 27 de septiembre de 2021).

las plantillas contratadas indefinidamente del 75% redondeando la fracción por exceso³⁴. En otros³⁵, *“las partes conscientes de la necesidad a nivel sectorial no sólo de mantener sino también de incrementar el trabajo estable, acuerdan establecer para todas las empresas afectadas por el presente Convenio y que tengan una plantilla superior a diez trabajadores la obligatoriedad de tener un 75 por 100 de trabajadores con contrato indefinido. A fin de clarificar el compromiso adquirido en el párrafo anterior para establecer el porcentaje de contratos indefinidos sobre el total de plantilla no se incluirán en el cómputo de los trabajadores temporales los contratos de interinidad, los de relevo ni los concertados para centros de nueva apertura durante el primer año desde éste”*. Excepcionalmente algún convenio establece la consecuencia del incumplimiento, y así la empresa acreditará esta obligatoriedad ante los representantes de los trabajadores, tomando con fecha de referencia para este cumplimiento el 31 de diciembre de cada año y de no acreditarse este porcentaje, el propio convenio prevé que *“adquirirán la condición de indefinidos aquellos contratos de los trabajadores cuya relación contractual no sea la de indefinidos, en orden de antigüedad de estos, hasta alcanzar el porcentaje establecido”*.³⁶

Este tipo de cláusulas materializan un compromiso concreto en materia de empleo, atendiendo a las recomendaciones previstas en el III AENC³⁷, pero que lamentablemente no se reiteran en el vigente AENC³⁸, aunque todavía hoy, en nuestro mercado de trabajo *“se sigue manteniendo una elevada utilización de contratos temporales que es preciso corregir para evitar que la recuperación se canalice a través de la temporalidad”*. Este compromiso, ahora asumido en el RD Ley 32/2021, exige un a las empresas el uso adecuado de las modalidades contractuales, pero también exige a los negociadores sociales reforzar la causalidad que justifica la utilización de estos contratos.

Se pretende que la representación legal tenga un papel activo en la prevención del fraude en la contratación temporal y para ello, el nuevo art. 15.7 ET reconoce un nuevo derecho informativo, toda vez que las empresas habrán de notificar a las instancias colectivas *“los contratos realizados de acuerdo con las modalidades de contratación por tiempo determinado, cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos”*. Esta previsión tiene especial interés para los contratos muy breves, en lo que legalmente no existe la obligación de formalizarlos por escrito, a tenor de lo dispuesto en el art. 8.2 ET, que recuerda que *“deberán constar por escrito los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas”*.

6. Medidas correctoras: cotización adicional y nuevo régimen sancionador

Además de las medidas de fomento de la contratación indefinida, cuya competencia se encomienda a la negociación colectiva, se adoptan otra serie de acciones en el ámbito sancionador y en la cotización de los contratos muy de corta duración con el doble objetivo de que solo se efectúen contrataciones de duración determinada si existe causa lícita y penalizar económicamente los contratos muy breves con una aportación adicional a la Seguridad Social. Veamos el alcance de estas modificaciones.

La primera se efectúa en el art. 151 LGSS, estableciendo una cotización adicional para los contratos de muy corta de duración (entendiendo como tales, a aquellos que tengan una duración inferior a 30 días). Dicha cotización se calculará multiplicando por tres la cuota resultante de aplicar

³⁴ CC Establecimientos Sanitarios de Hospitalización y Asistencia Privada de Aragón (Boletín Oficial de Aragón núm. 70 de 10/04/2019”.

³⁵ CC Comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE» núm. 192, de 12 de agosto de 2017).

³⁶ CC Servicios de Ayuda a Domicilio y afines del Principado de Asturias (BOPA núm. 42 de 20 de febrero de 2018).

³⁷ Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 (BOE 2 de junio de 2015).

³⁸ Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE 18 de julio de 2018).

a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para contingencias comunes, el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de las contingencias comunes.

De esta forma se sustituye la penalización anterior (que se materializaba en una cotización adicional de un 40% para los contratos de menos de 6 días) por una que es creciente con la frecuencia del contrato, es decir, los contratos más cortos están más penalizados. Y así, *todos los contratos de trabajo de duración inferior a 30 días que hayan finalizado a partir del día 31-12-2021, y con independencia de que el contrato se hubiese formalizado antes de dicha fecha, les resulta de aplicación la cotización adicional establecida en la actual redacción del artículo 151 de la LGSS, es decir, 26,57 euros –con los importes actuales de la base de cotización mínima del grupo 8 de cotización del Régimen General de la Seguridad Social para contingencias comunes–*³⁹. Esta cotización adicional no se aplicará a los contratos de duración determinada cuando sean celebrados con trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, en el Sistema Especial para Empleados de Hogar o en el Régimen Especial para la Minería del Carbón; ni a los contratos por sustitución.

Los últimos datos disponibles relativos al año 2019 evidencian la necesidad de esta medida. En dicho año, se produjeron 27 millones de bajas en la Seguridad Social, siendo especialmente preocupante los contratos temporales de muy corta duración, ya que 1 de cada 5 tienen una duración de 1 día, más de 1/3 solo duran 5 días o menos (es frecuente dar de baja al trabajador el fin de semana), y 3 de cada 5 relaciones laborales tienen una duración de 1 mes o incluso una duración inferior.

Esta cotización adicional es independiente de la mayor cuota correspondiente a desempleo de los contratos de duración determinada, debiendo plantearse no solo la razonabilidad de que la temporalidad encarezca no solo la cuota patronal por desempleo, sino también la cuota correspondiente de la persona trabajadora (aunque sea en un 0,05%) y, de otro, si la diferencia de 1,20 puntos entre el tipo de cotización por desempleo de los contratos indefinidos y de los temporales representa un efectivo mecanismo de disuasión de la utilización de contratos de duración determinada⁴⁰. Pues bien, parece que este mayor gasto, tanto en relación a la cuota de desempleo como en la modificación efectuada en el art. 151 LGSS, no ha sido capaz, al menos, hasta ahora de modificar un comportamiento inveterado de muchas empresas y que se materializa en una política de contratación de muy corta duración, con un elevado índice de rotación de trabajadores.

Quizá por ello tenga mayor interés el segundo vector de actuación para reducir la temporalidad materializado no solo en una nueva tipificación de las sanciones tanto en el apartado 2 del artículo 7 LISOS, que queda redactado del modo siguiente: «*La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva. A estos efectos se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas*» como la modificación de la letra b) del artículo 19.2, para tipificar como infracción grave la relativa a «*b) Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el apartado 2 del artículo 6 de la Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. A estos efectos, se considerará una infracción por cada persona trabajadora afectado*» sino también por el incremento de la cuantía de las sanciones. Y así, conforme establece el art. 40.1 c bis) LISOS: «*las infracciones graves señaladas en los artículos 7.2, 7.14, 18.2.c), 19.2.b), 19.2.e), 19 bis.1.b), 19 ter.2.b) y 19 ter.2.e) se sancionarán con la multa siguiente: en su grado mínimo, de*

³⁹ Sobre esta cotización, puede consultarse el Boletín de Noticias RED del Instituto Nacional de Seguridad Social accesible en <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/d3af6feb-9b8c-4c2a-b35b-042b9ee805d9/BNR+01-2022.pdf?MOD=AJPERES>

⁴⁰ ARAGÓN GÓMEZ, C., «Incidencia de la precarización del mercado de trabajo en la seguridad social», en Gómez Abelleira, F. J. (ed.) *La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 188.

1.000 a 2.000 euros; en su grado medio, de 2.001 a 5.000 euros y, en su grado máximo, de 5.001 a 10.000 euros

Con esta modificación legal se materializa una demanda del cuerpo de inspectores de trabajo que, ya en su memoria anual del año 2009⁴¹, señalaba que *“aumentaría la eficacia de la actuación inspectora la consideración de la existencia de una infracción por cada uno de los contratos temporales que los inspectores de trabajo hayan constatado que se han formalizado en fraude de ley”*; objetivo reiterado en la Memoria de 2011, en la que se vuelve a insistir en la necesidad de *“modificar la tipificación de la sanción por transgredir la normativa sobre modalidades contractuales, considerando una infracción por cada uno de los trabajadores afectados lo que incrementaría la eficacia disuasoria”*; y se añade algo que es sumamente significativo: *“los programas de actuación desarrollados por la ITSS en esta materia en años precedentes han revelado que la reducida cuantía de las sanciones supone un factor que resta eficacia a la actuación inspectora”*⁴². Afirmación que se constata con los elocuentes datos publicados en la última memoria disponible que recuerdan que en el año 2020 *“se produjo la transformación en indefinidos de 83.853 contratos”*, y prosigue la citada memoria señalando que se efectuaron *“42.041 actuaciones relativas a la transgresión de la normativa de contratos de trabajo, se formularon 18.155 requerimientos, habiéndose detectado la comisión de 5.354 infracciones”*⁴³. Si tenemos en cuenta que el en este mismo año se superaron los veintidós millones y medio de contratos en el ámbito estatal, y que en los tres últimos años se obtiene la media más alta en el número de contratos por trabajador contratado (índice de rotación)⁴⁴, convendremos que la actuación inspectora, siempre loable, no puede asumir sin un incremento notable de sus medios materiales y humanos la hercúlea tarea de efectuar el control sobre la contratación temporal. Veremos si las reformas introducidas en el RD Ley 32/2021 son suficientes para cambiar esta dinámica empresarial. En todo caso, la evaluación de estas medidas será efectuada, pues conforme establece la DA 24ª RD Ley 32/2021, el Gobierno efectuará un análisis de los resultados en enero del año 2025, procediendo a la publicación oficial, a estos efectos, de la tasa de temporalidad general y por sectores. Esta evaluación deberá repetirse cada dos años. En el caso de que los resultados demuestren que no se avanza en la reducción de la tasa de temporalidad, ya sea en la general o en la de los diferentes sectores, el Gobierno elevará a la mesa de diálogo social una propuesta de medidas adicionales que permitan la consecución de dicho objetivo, general o sectorial, para su discusión y eventual acuerdo con los interlocutores sociales.

⁴¹ El importe total de las sanciones ascendió a 4.627.141 euros Accesible en https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2009.pdf (p. 88)

⁴² Accesible en https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2011.pdf (p. 104)

⁴³ Accesible en https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2020.pdf, p. 98

⁴⁴ Servicio Público Empleo Estatal. *Informe del Mercado de Trabajo Estatal, Datos 2019*, p. 42.

Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos

The impact of the reform in the construction sector.
A merely aesthetic change for statistical purposes

Cristina Aragón Gómez

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

ORCID ID: 0000-0001-6177-8287

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6638>

Resumen: El Real Decreto Ley 32/2021 deroga, con efectos del día 30-3-2022, el contrato por obra o servicio determinado. Y esta decisión legislativa tiene un claro impacto en el sector de la construcción, en el que el contrato por obra es la modalidad contractual más empleada. Los datos así lo corroboran: según las estadísticas del SEPE correspondientes a 2021, del 100% de los contratos que se suscribieron a lo largo del año, cerca del 75% revestía esta concreta modalidad. Pero la posibilidad de acudir a este tipo de contrato desaparece con motivo de la reforma. En contrapartida, el legislador prevé un régimen particularizado de extinción contractual aplicable a aquellos trabajadores indefinidos que se encuentren adscritos a obra. El objeto del presente artículo se centra, precisamente, en analizar el régimen jurídico de este contrato indefinido adscrito a obra. Pero, para entender el alcance de la reforma y su concreto impacto en el sector de la construcción, resulta necesario entender el punto del que partimos. Y de ahí que, con carácter previo, nos detengamos en el estudio del contrato fijo de obra, en sus orígenes y en su regulación convencional.

Palabras clave: Real Decreto Ley 32/2021, contrato por obra o servicio determinado, temporalidad, sector de la construcción, contrato indefinido adscrito a obra.

Abstract: Royal Decree Law 32/2021 repeals, with effect from 30-3-2022, the contract for a specific work or service. And this legislative decision has a clear impact on the construction sector, in which the contract by work is the most used contractual modality. The data corroborates this: according to the SEPE statistics corresponding to 2021, of 100% of the contracts that were signed throughout the year, about 75% had this specific modality. But the possibility of resorting to this type of contract disappears due to the reform. On the other hand, the legislator provides for a particular regime of contractual termination applicable to those permanent workers who are assigned to work. The purpose of this article focuses precisely on analyzing the legal regime of this indefinite contract assigned to work. But, to understand the scope of the reform and its concrete impact on the construction sector, it is necessary to understand the starting

*cristina.aragon@der.uned.es

point. And hence, previously, we stop at the study of the fixed work contract, its origins and its conventional regulation.

Keywords: Labor reform, Royal Decree Law 32/2021, contract for specific work or service, temporality, construction sector.

I. Introducción

El Real Decreto Ley 32/2021¹ deroga, con efectos del día 30-3-2022, el contrato por obra o servicio determinado. Y es evidente que esta decisión legislativa tiene un claro impacto en determinados sectores, como es el sector de la construcción. Como sabemos, el contrato por obra o servicio era el que se concertaba para la realización de una obra o la prestación de un servicio determinado, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, era en principio de duración incierta. De acuerdo a lo expuesto, constituía una modalidad contractual que se caracterizaba por esa doble delimitación tanto espacial, como temporal. El objeto del contrato para obra o servicio determinado se encontraba acotado en el espacio, en la medida en que suponía una tarea individualizable, separable de la actividad de la empresa². Por otro lado, constituía una actividad también limitada en el tiempo, pues se consumía con su total ejecución³; era una actividad llamada a ser concluida, que se definía por tener un principio y por tener un término. Además, la obra o el servicio no tenían por qué ser actividades excepcionales de la empresa, sino que podían suponer actividades normales de la misma⁴, pues esa normalidad, en palabras del propio Tribunal Supremo, no alteraba el carácter temporal de la necesidad de trabajo⁵.

Precisamente por ello, se entendió que estábamos ante el contrato típico del sector de la construcción: cada una de las obras que ejecutaba la empresa era distinta y autónoma de las demás (por lo que cumplía el primer requisito de delimitación espacial) y estaba llamada a ser concluida (por lo que reunía también el segundo requisito de acotación en el tiempo). De hecho, el contrato por obra fue definido por la doctrina como la modalidad contractual natural del sector, como la modalidad contractual propia de la construcción. Y los datos lo corroboran: Durante el año 2021, la tasa de temporalidad en el sector ha sido próxima al 35%⁶. Y según las estadísticas del SEPE, del 100% de los contratos que se suscribieron a lo largo del año, el 73,49% revestía esta concreta modalidad⁷.

La DA3ª ET y la DA 3ª Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción⁸ (en adelante, LSC) otorgaban a la negociación colectiva la facultad de adaptar al sector de la construcción el contrato de obra o servicio determinado, regulado con carácter general del art. 15 ET. Y, a tal efecto, el convenio colectivo sectorial de ámbito estatal regulaba -sigue regulando- el contrato fijo de obra, que no es sino una concreción del contrato por obra o servicio determinado. El contrato fijo de obra constituye una modalidad contractual

¹ Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE 30-12-2021, núm. 313).

² STSJ Cantabria 8-08-2001, Rº 698/2001.

³ GARCÍA NINET, José Ignacio; VICENTE PALACIO, Mª. Arántzazu. *Contrato temporal para obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 41; ALZAGA RUÍZ, Iciar. *Contratación laboral temporal: Un estudio jurisprudencial*. Madrid: Edersa, 2000, p. 21.

⁴ Ídem.

⁵ STS 6-10-2006, Rº 4243/2005.

⁶ INE. Encuesta de Población Activa. "Ocupados por tipo de contrato o relación laboral de los asalariados, sexo y sector económico". Media de los cuatro trimestres del año 2021.

⁷ SEPE. Estadísticas de contratos. "Contratos de trabajo según tipo de contrato por sector, sección y división de actividad económica". Datos acumulados a diciembre de 2021.

⁸ BOE 19-10-2006, núm. 250.

que encuentra su origen en la Orden de 28-8-1970 por la que se aprobó la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica⁹ y que representa -en palabras del Tribunal Supremo- una antigua y pacífica práctica contractual¹⁰, que se ha mantenido (aunque con cambios muy significativos, como veremos) en la regulación convencional hasta la actualidad. En definitiva, “*el contrato para obra o servicio determinado del Estatuto de los Trabajadores, es el contrato fijo de obra del convenio colectivo de la construcción*”¹¹.

Pues bien, la posibilidad de acudir a este contrato fijo de obra desaparece con motivo de la reforma de 2021. En contrapartida, el legislador prevé un régimen particularizado de extinción contractual aplicable a aquellos trabajadores indefinidos que se encuentren adscritos a obra. El objeto del presente artículo se centra, precisamente, en analizar el régimen jurídico de este contrato indefinido adscrito a obra. Pero, para entender el alcance de la reforma y su concreto impacto en el sector de la construcción, resulta necesario entender el punto del que partimos. De ahí que, con carácter previo, nos detengamos en el estudio del contrato fijo de obra, en sus orígenes y en su regulación convencional.

II. El punto de partida: El contrato fijo de obra en el sector de la construcción

2.1. Los orígenes del contrato fijo de obra

La antigua Ordenanza de Trabajo del sector de la construcción ya definía el contrato para trabajo fijo en obra en su art. 42, como un contrato exclusivo de este concreto sector de actividad. En el capítulo IV, dedicado a las modalidades contractuales, la Ordenanza distinguía cuatro tipos de contrato de trabajo diferentes: a) el contrato eventual, que era aquel que se concertaba para la prestación de servicios o para la ejecución de obras por una duración máxima de 120 días¹²; b) el contrato de interinidad, que tenía por objeto la sustitución de trabajadores de plantilla durante sus ausencias obligadas; c) el contrato para el personal fijo o de plantilla, que estaba previsto para dos supuestos diferentes: 1º) cuando el objeto del contrato fuese la realización de la actividad normal de la empresa, cuya duración no se encontrase condicionada por la duración de la obra en la que el trabajador prestara servicios [art. 43 a), b) y c)]; 2º) cuando el contrato de trabajo, habiendo nacido temporal, se hubiese prolongado por un determinado período de tiempo [art. 43 d) y e)]; y, finalmente, d) el contrato para el personal fijo en obra determinada, que se definía como aquel que tenía por objeto la realización de una obra o servicio determinado y que se había prolongado por un lapso de tiempo superior a 120 días (pues, en caso contrario, si no alcanzaba este período de duración, era calificado como contrato eventual, tal y como ya hemos visto).

Pues bien, dentro de esta última modalidad contractual, la Ordenanza distinguía dos supuestos: a) el personal fijo en obra que prestaba servicios en distintos centros de trabajo de la empresa; y b) el personal fijo en obra que trabajaba en una única obra de larga duración. Y es importante realizar esta distinción por cuanto el régimen jurídico previsto difería en uno y otro caso.

- a) En el primer supuesto –cuando el trabajador había prestado servicios en diferentes centros de trabajo–, el contrato se convertía en indefinido por el mero transcurso de un concreto período de tiempo. Según lo previsto en el art. 43.e) de la Ordenanza, adquiriría la condi-

⁹ BOE 7-9-1970, núm. 214.

¹⁰ STS 30-6-2005, Rº 2426/2004.

¹¹ STSJ Madrid 31-3-2003, Rº 685/2003.

¹² Duración que se redujo poco tiempo después a 15 días, con motivo de la reforma llevada a cabo por la Orden 27-07-1973 (BOE 31-07-1973, núm. 182).

ción de personal de plantilla, el trabajador fijo en obra que hubiese prestado servicios para la empresa durante dos años consecutivos.

- b) En el segundo supuesto –cuando el trabajador había prestado servicios en un único centro de trabajo– el empleado no adquiriría la condición de fijo por el cumplimiento del plazo mencionado; si bien, transcurrido el mismo, pasaba a disfrutar de los beneficios económicos de los fijos de plantilla. En este caso, el contrato no se convertía en indefinido sino cuando concurrían dos condiciones adicionales: que finalizara la obra de larga duración a la que se encontraba adscrito el trabajador y que éste otorgara su conformidad. Así es, finalizada la obra de larga duración, los trabajadores con más de dos años al servicio de la empresa en dicho centro tenían la posibilidad de optar entre incorporarse definitivamente a la plantilla (adquiriendo, por tanto, la condición de fijo) o cesar en la misma, en cuyo caso tenían derecho a la indemnización expresamente prevista en el art. 44.c) Ordenanza y que suponía un 4,5% sobre el salario devengado en jornada ordinaria durante el tiempo de prestación de servicios. Ahora bien, este derecho de opción se encontraba condicionado a que la empresa tuviera otras obras en las que reubicar al trabajador (con independencia de cuál fuera la localidad en la que se encontraran) y a que tuviese plaza vacante en las mismas.

2.2. La regulación convencional del contrato fijo de obra y su evolución

2.2.1. El contrato fijo de obra. Una denominación que lleva a equívocos

El VI Convenio General del Sector de la Construcción (en adelante, CGSC) diferencia entre el contrato fijo de plantilla y el contrato fijo de obra. El primero se define por su carácter indefinido. El segundo, a pesar de su nombre, tiene carácter temporal¹³, pues concluye cuando finalice la obra; más concretamente, cuando finalizan los trabajos del oficio del empleado en dicha obra. Es más, la regulación convencional prevé la posibilidad de que el cese de los trabajadores, miembros de una misma unidad de obra, se vaya produciendo de forma paulatina conforme vaya disminuyendo el volumen de actividad (art. 24.6 VI CGSC). De esta manera se ha considerado ajustado a derecho que la empresa vaya extinguiendo los contratos de trabajo a medida que la obra vaya concluyendo y las necesidades de personal igualmente decrezcan¹⁴. Y ello con independencia de cuál sea el tiempo por el que esta obra se haya prolongado.

Ahora bien, el convenio no solo denomina fijo a un contrato temporal, sino que también denomina contrato de obra (en singular) a lo que puede convertirse en un contrato de obras (en plural), por cuanto el mismo empleado puede ser destinado a diferentes centros de trabajo de la misma empresa. Y nos enfrentamos, en ello, a una segunda contradicción. Según el artículo 24.3, el personal fijo de obra puede prestar servicios a una misma empresa y en distintos centros de trabajo de una misma provincia siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un período máximo de tres años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término. Por lo expuesto, la posible adscripción del trabajador a varias obras no tiene carácter ilimitado, sino que se condiciona al cumplimiento de determinados requisitos: a) que la sucesión de obras no se prolongue de forma

¹³ Ver en este sentido las reflexiones de LAHERA FORTEZA, Jesús. El papel del convenio colectivo en el contrato de obra. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1999, núm. 24, p. 72.

¹⁴ STSJ Cataluña 4-11- 2005, Rº 3954/2004; STSJ Madrid 5-2-2007, Rº 9/2007 y STSJ Islas Canarias 27-2-2007, Rº 1534/2007.

indefinida; b) que el cambio de centro no derive de la voluntad unilateral del empresario, pues es necesario que exista el acuerdo expreso de ambas partes para la adscripción del trabajador a cada uno de los distintos centros sucesivos; y c) que los distintos centros de trabajo se encuentren en una misma provincia.

Pues bien, ¿por cuánto tiempo se puede prolongar esta concatenación de obras? Dependerá de la duración de la última obra, es decir, de la que se estuviese ejecutando en el momento de traspasar el umbral temporal mencionado, pues este período de tres años ya no opera como máximo¹⁵ y tiene un alcance limitado, en la medida en que constituye un requisito necesario pero, en ningún caso, suficiente.

De otro lado, la regulación convencional prevé una indemnización por cese que asciende al 7%, calculada sobre los conceptos salariales devengados durante la vigencia del contrato. Si traducimos esta fórmula a los términos a los que estamos acostumbrados los laboristas, supondría abonar 25,55 días de salario por año de servicio.

2.2.2. Particularidades del contrato fijo de obra en la regulación convencional

De acuerdo a la regulación del contrato fijo de obra que preveía la antigua Ordenanza de la construcción, el empresario podía encomendar al trabajador, finalizada una obra, funciones en una nueva sin que por ello el contrato se prorrogara necesariamente de forma indefinida. Ahora bien, transcurrido un período de dos años, el trabajador que hubiese prestado servicios para una misma empresa y en diferentes centros de trabajo, adquiriría automáticamente la condición de fijo de plantilla.

La posterior regulación convencional amplió el lapso de tiempo que había de transcurrir para que el trabajador se convirtiera en indefinido. Según lo previsto en el art. 29 CGSC para los años 1992-1996¹⁶, el trabajador podía prestar servicios en distintos centros de trabajo de una misma provincia durante un período máximo de tres años. Cumplido dicho período, si no había mediado comunicación escrita del cese, el trabajador adquiriría la condición de fijo de plantilla.

Pero el CGSC 2002-2006¹⁷ introdujo una importante salvedad (que se ha mantenido en idénticos términos hasta la actualidad). En su virtud, el personal fijo de obra podía prestar servicios en distintos centros de trabajo durante un período máximo de tres años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolongaran más allá de dicho término. El alcance de esta advertencia es obvio. En aplicación de la regulación originaria, transcurridos los tres años, el trabajador adquiriría la condición de fijo de plantilla sin más condicionamientos. En base al régimen actual, es necesario que concurra un requisito adicional para que se produzca esa conversión del contrato. En definitiva, han de concurrir las siguientes condiciones: Primera, que el trabajador lleve prestando servicios en la empresa por un período de, al menos, tres años. Segunda, que finalizada la obra que se estaba ejecutando cuando se traspasó este umbral de los tres años, la empresa no denuncie el contrato de trabajo y encomiende al empleado funciones en una obra diferente. Sólo entonces el trabajador adquiriría la condición de fijo.

Además, es importante destacar que este período de tiempo no opera, ni siquiera, como mínimo. A diferencia de la regulación establecida en la antigua ordenanza de la construcción, el CGSC no impone al empresario la obligación de reubicar al trabajador en otro centro de trabajo, aun cuando existan nuevas obras y haya vacante en las mismas. El límite previsto en el convenio

¹⁵ DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, Rubén. El contrato fijo de obra en el sector de la construcción. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2005, núm. 9, p. 5.

¹⁶ BOE 20-5-1992, núm. 121.

¹⁷ BOE 10-8-2002, núm. 191.

colectivo, no supone en ningún caso que tales contratos deban necesariamente prorrogarse hasta agotar el período los tres años¹⁸.

2.2.3. La huida de los negociadores para impedir la aplicación de la regulación legal

Con el objeto de fomentar el empleo estable, la Ley 43/2006¹⁹ limitó la concatenación de contratos temporales, aun cuando estos fueran plenamente lícitos. Concretamente, exigió cuatro requisitos para que operara la conversión del contrato en indefinido con motivo de la concatenación: Primero, que se produjera una sucesión de contratos temporales (“*dos o más contratos temporales*”). Segundo, que esa sucesión tuviera lugar entre un mismo trabajador y una misma empresa, con independencia de que la contratación fuese directa o indirecta, a través de una empresa de trabajo temporal. Tercero, que fuera para cubrir un mismo puesto de trabajo. Y cuarto y último, que la acumulación de los diferentes períodos contratados superara un determinado plazo (veinticuatro meses en un período de treinta).

Pues bien, el IV CGSC²⁰, el correspondiente a los años 2007-2011 (acordado con posterioridad a la Ley 43/2006) introdujo en la regulación del contrato fijo de obra un matiz que perseguía un propósito claro: eludir la aplicación del 15.5 ET. Conforme a la redacción del convenio, el trabajador podía prestar servicios en diferentes centros de trabajo, pero en todo caso se mantendría “*el carácter de un único contrato*”. De esta forma, si estábamos ante un único contrato, la regla prevista en el art. 15.5 ET devenía inoperante, pues la reforma de 2006 no estableció un plazo máximo de contratación temporal, sino un plazo máximo de contratación sucesiva temporal²¹.

No obstante, la afirmación del convenio resultaba controvertida, pues en puridad no estábamos ante un único contrato cuyo objeto se iba novando para amparar la ejecución de varias obras, sino ante varios contratos de trabajo por obra que se tramitaban como uno solo, añadiendo un anexo por cada cambio. Así lo entendió tanto la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en relación a si había que cotizar o no por las dietas)²², como la Dirección General de Tributos (con respecto a la tributación de los gastos de desplazamiento y manutención)²³ o como el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 30-6-2005, Rº 2426/2004, de acuerdo a la cual la regulación del contrato fijo de obra lo que trataba era de evitar las cargas burocráticas que supondría la formalización de sucesivos contratos con un mismo trabajador, por lo que bastaba con añadir el anexo en el que se variara su objeto. En opinión de la doctrina más solvente, si estábamos ante un único contrato y no ante una

¹⁸ STSJ Extremadura 14-07-1993; STSJ Madrid 22-03-2002, Rº 711/2002.

¹⁹ Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE 30-12-2006, núm. 312).

²⁰ BOE 17-8-2007, núm. 197.

²¹ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. La reforma laboral 2006 y la contratación temporal: la lucha contra el abuso en la contratación temporal. Un análisis de urgencia. *Actualidad Laboral*, 2006, núm. 17. VALVERDE ASENSIO, Antonio J. La reforma del RDL 5/2006: el nuevo art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores y la limitación a la sucesión de contratos temporales. *Iuslabor*, 2006, núm. 3, p. 3.

²² En el criterio técnico de la Inspección de Trabajo 40/2005, de 18-1-2005, sobre cotización por dietas y gastos de desplazamiento en el sector de la construcción de los trabajadores fijos de obra, la propia Inspección de Trabajo consideró que estábamos ante diferentes contratos, cada uno de ellos adscrito a un centro de trabajo diferente. Precisamente por ello, entendió que la adscripción del trabajador a una nueva obra no suponía un desplazamiento (al no producirse un cambio con respecto al lugar habitual de trabajo, sino que el centro habitual era precisamente aquel para el que el trabajador haya sido contratado). En consecuencia, las dietas abonadas por la empresa, conforme a lo previsto en el convenio colectivo, debían computarse en la base de cotización a la Seguridad Social.

²³ En efecto, en las Consultas Vinculantes de 13-8-2007, núm. V1777-07, 22-12-2008, núm. V2468-08 y 13-9-2018, núm. V2493-18, la Dirección General de Tributos entiende que el destino del trabajador en el centro de trabajo donde en concreto se ubica la obra o el servicio, invalida la aplicación del régimen de dietas, por cuanto se consideraría que las cantidades que se abonasen lo serían para compensar los desplazamientos desde el domicilio particular a los centros de trabajo a los que esté destinado el trabajador, lo cual conllevaría a que estuvieran sometidos a tributación en su totalidad.

sucesión de contratos que se tramitaban como uno solo, el contrato fijo de obra podría estar rompiendo de forma implícita el principio de causalidad en la contratación temporal²⁴.

Además, el IV CGSC se preocupó por definir qué se entendía por “puesto de trabajo” en el sector de la construcción. Conforme a esta nueva definición, el concepto puesto de trabajo venía determinado por la conjunción de diferentes factores: a) las funciones que desempeñaba el trabajador; b) su categoría profesional; y c) el centro de trabajo donde prestaba servicios (art. 18). Y mediante esta delimitación convencional igualmente se trataba de impedir la aplicación del art. 15.5 ET, pues la mera adscripción del trabajador a una nueva obra suponía prestar servicios en un nuevo centro de trabajo y, en consecuencia, se ocupaba un nuevo puesto, por lo que no se cumplía otra de las exigencias previstas en el precepto estatutario.

Es cierto que según la DA. 3ª LSC, la negociación colectiva de ámbito estatal podía adaptar al sector de la construcción la modalidad del contrato por obra o servicio determinado prevista con carácter general, “en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación”. Y podía entenderse que esta disposición adicional estaba legalizando el contrato fijo de obra²⁵. Pero no podemos perder de vista cuál era el objetivo de esa habilitación legal: esta adaptación debía realizarse con el fin de mejorar la calidad en el empleo y de favorecer la estabilidad laboral. En efecto, uno de los objetivos de la LSC y de su reglamento de desarrollo²⁶, era favorecer la calidad en el empleo en este concreto sector de actividad. Y con tal propósito el legislador introdujo determinadas medidas: En primer lugar, el legislador impuso a las empresas cuya actividad consistía en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción, la obligación de contar con un determinado porcentaje de trabajadores indefinidos (art. 4.4 LSC). En segundo lugar, instó a los agentes sociales a que adaptaran la modalidad contractual del contrato por obra o servicio determinado prevista con carácter general, mediante fórmulas que garantizaran una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción (DA 3ª LSC). Y difícilmente podía cumplirse semejante propósito permitiendo que la regulación especial para el sector de la construcción fuese más regresiva que la regulación general.

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo admitió sin ambages la regulación convencional del contrato fijo de obra. En palabras de la sentencia de 25-5-2011, Rº 1907/2010: “Ha sido el legislador el que ha confiado a la negociación colectiva, atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, el establecimiento de los requisitos necesarios. Esa misma negociación colectiva es la que ha completado la noción de puesto de trabajo a los efectos de lo que se entiende por cambio del mismo”. Y no se trata, además, de una resolución aislada, pues este mismo criterio se mantuvo en varias sentencias dictadas con posterioridad²⁷, aunque es importante advertir que

²⁴ CRUZ VILLALÓN, Jesús. La nueva regulación de la subcontratación en el sector de la construcción. *Boletín Informativo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, 2006, núm. 6.

²⁵ Para LUJÁN ALCARÁZ, José. “El contrato fijo de obra del sector de la construcción en la reforma de 2010”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2010, núm. 12, la DA 3ª LSC venía a admitir la regulación convencional [aun cuando ésta contrariaba lo dispuesto en el Estatuto]; si bien, la concreción técnica de la voluntad legislativa dejaba mucho que desear. Y, en este mismo sentido, se pronuncia RODRIGO SANBARTOLOMÉ, Francisco Agustín. “El contrato fijo de obra, el artículo 15.5 del ET y las reformas laborales”. *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, 2015, núm. 382, p. 113. Para este autor, el legislador habría legalizado expresamente la regulación convencional, por lo que no existiría colisión entre ésta y el art. 15 ET, dado que la DA. 3ª LSC se encuentra contenida en una norma especial para el sector de la construcción, también con rango de ley, y de fecha posterior a la norma que introdujo inicialmente tal limitación en el art. 15.5 ET.

²⁶ Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción (BOE 25-8-2007, núm. 204).

²⁷ SSTS 15-6-2011, Rº 2005/2010, 19-7-2011, Rº 1961/2010 y 30-4-2013, Rº 1442/2012, de acuerdo a las cuales, la concatenación no se habría producido en la medida en que el cambio de centro de trabajo impide entender que estemos ante un mismo puesto de trabajo, a la luz de la definición efectuada por el convenio colectivo (tanto el estatal, como el provincial).

no todos los magistrados sostenían el mismo parecer (y varias de esas resoluciones contaron con un voto particular en contra)²⁸.

Posteriormente, con la reforma llevada a cabo por la Ley 35/2010²⁹, el legislador trató de reducir la dualidad de nuestro mercado laboral, impulsando la creación de empleo estable y de calidad. Y, a tal efecto, introdujo varios cambios en materia de contratación temporal³⁰. De un lado, el art. 1.Uno Ley 35/2010 modificó el art. 15.1.a) ET y, en virtud de este cambio, el contrato por obra o servicio determinado no podía tener una duración superior a tres años. Un período que podía ampliarse hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. De forma que, transcurrido este período de tiempo, el trabajador adquiriría la condición de fijo de la empresa.

De otro lado, y sin modificar sustancialmente la regulación anterior, la reforma mejoró algunos aspectos del art. 15.5 ET. Así, permitió que la limitación al encadenamiento de contratos temporales se aplicara no solo cuando los contratos se sucediesen en los mismos puestos de trabajo y en la misma empresa (regulación anterior), sino también en puestos de trabajo diferentes y en el mismo grupo de empresas. Además, declaró expresamente que este mecanismo también se aplicaría en supuestos de subrogación empresarial.

Y ante este cambio legislativo, el V CGSC³¹ (correspondiente a los años 2012-2016) incorpora nuevos mecanismos de huida para impedir la aplicación del Estatuto. En primer lugar, el convenio aclara que el contrato fijo de obra se extinguirá cuando concluyan los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra, con independencia de cuál sea su duración, por lo que *“no será de aplicación lo establecido en el párrafo primero del art. 15.1.a) del ET”*. Y, además, añade: *“la contratación, con o sin solución de continuidad, para diferente puesto de trabajo mediante dos o más contratos fijos de obra con la misma empresa o grupo de empresas en el período y durante el plazo establecido en el art. 15.5 ET, no comportará la adquisición de la condición establecida en dicho precepto”*.

Y esta exclusión ha sido admitida, sin objeciones, por parte de la doctrina judicial³². Y es que ciertamente, la DA 1ª Ley 35/2010 -alejándose de forma sustancial de la previsión originalmente contenida en la DA 1ª RD Ley 10/2010³³ y como resultado de la asunción de la enmienda 287 pre-

²⁸ En efecto, frente a la STS 25-5-2011, Rº 1907/2010, Doña María Lourdes Arastey Sahún formuló voto particular en contra. Para esta magistrada, las remisiones del legislador a la negociación colectiva se ceñían a dos aspectos concretos: a) la identificación de trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que pueden cubrirse con contratos de esta naturaleza; y b) la exigencia de determinados requisitos para prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad. Por lo tanto, en opinión de la magistrada -que comparto- *“no es la definición de puesto de trabajo lo que puede servir para delimitar el campo de la contratación temporal más allá de lo que han fijado las disposiciones de rango legal”*. Por su parte, frente a la STS 15-6-2011, Rº 2005/2010, el magistrado Don Luis Fernando de Castro Fernández formuló un interesante voto particular en contra, en el que defendió que la habilitación concedida a la negociación colectiva por el legislador no era para excepcionar o limitar la aplicación del art. 15.5 ET, sino muy contrariamente para adoptar las previsiones que fueran necesarias en orden a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal. En su opinión, el convenio colectivo se estaría extralimitando y vulneraría claramente la finalidad de la Ley 43/2006, pues impediría aplicar la ley en el sector de la construcción.

²⁹ Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 18-9-2010, núm. 227).

³⁰ *In extenso*: GOERLICH PESET, José María. “La reforma de la contratación temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010”. En: GARCÍA-PERROTE ESTARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R. (dirs). *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*. Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 45 a 57.

³¹ BOE 15-3-2012, núm. 64.

³² STSJ Madrid 7-6-2019, Rº 105/2019.

³³ Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 17-6-2010, núm. 147). De acuerdo con su redacción originaria, la DA 1ª establecía: *“1. Lo dispuesto en el artículo 15, apartado 1.a), del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada al mismo por este real decreto-ley, se entiende sin perjuicio de lo establecido actualmente en la negociación colectiva de ámbito estatal para adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores.*

2. Igualmente se entiende sin perjuicio de lo que se establezca en la negociación colectiva de conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”.

sentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso³⁴- advirtió que lo dispuesto en el art. 15 ET, apartados 1.a) y 5, y en el art. 49.1.c) ET se entendía sin perjuicio de lo que se establecía o pudiera establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra en la negociación colectiva de conformidad con la DA 3ª LSC³⁵; una redacción que parecía dar plena cobertura legal a la regulación convencional³⁶ y que fue finalmente incorporada en la DA 3ª del propio Estatuto.

2.3. *El contrato fijo de obra en el sector de la construcción, ¿Un mecanismo de estabilidad en el empleo?*

Originariamente, el contrato fijo de obra representaba un importante mecanismo de estabilidad en el empleo en el sector de la construcción. En primer lugar, porque el personal que había prestado servicios en diferentes centros de trabajo adquiría la condición de indefinido por el mero transcurso del tiempo, sin más condicionamientos. En segundo lugar, porque el personal que había trabajado en una única obra de larga duración debía ser reubicado –al término de ésta- en otra de las obras que estuviera ejecutando la empresa, siempre y cuando, obviamente, existiese vacante en la misma.

La regulación convencional inicial, supuso un retroceso importante, hasta el punto de que la doctrina llegó a afirmar que lo único que quedaba de semejanza con la ordenanza era el nombre del contrato³⁷. Se amplió a tres años el período de tiempo que debía transcurrir para que el trabajador adquiriera la condición de fijo de plantilla y se suprimió tanto la obligación de la empresa de reubicar al trabajador en una nueva obra, como la de notificar el cese a los representantes de los trabajadores. No obstante, el contrato fijo de obra seguía favoreciendo la estabilidad en el empleo, en la medida en que ponía un límite a la concatenación de contratos temporales.

Ahora bien, tras la modificación del art. 15 ET por las leyes 43/2006 y 35/2010, la limitación de la contratación temporal se hizo extensiva a todos los sectores de actividad, por lo que la regulación convencional perdió su carácter privilegiado. Es más, la regulación convencional posterior a estas reformas ha situado a los trabajadores del sector de la construcción en peor situación que el resto, en la medida en que ha pretendido impedir la aplicación de las garantías previstas en el precepto estatutario.

Precisamente por ello, parte de la doctrina laboralista ya advirtió que los agentes sociales no estaban favoreciendo la estabilidad en el empleo en el sector de la construcción³⁸. Y de hecho, en la sentencia de 24-6-2021, el Tribunal de la Unión Europea alertó que, sin perjuicio de las comprobaciones que correspondiese efectuar al magistrado español, el art. 24 del convenio colectivo sectorial entraña un riesgo real de provocar una utilización abusiva de este tipo de contratos.

³⁴ BOCG 27-7-2010, núm. 81-8.

³⁵ Como informa LUJÁN ALCARÁZ, José. “El contrato fijo de obra del sector de la construcción en la reforma de 2010”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2010, núm. 12, “la promulgación del RD Ley 10/2010 fue muy contestada por la patronal del sector de la construcción al entenderse que en la práctica limitaba severamente las posibilidades de utilización futura del contrato”.

³⁶ Según GOERLICH PESET, José María. “La reforma de la contratación temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010”. En: GARCÍA-PERROTE ESTARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R. (dirs). *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 49, la DA 1ª RD Ley 10/2010 “parece ser una pantalla legislativa establecida para proteger este contrato por si acaso... Y con vocación de permanencia”.

³⁷ BARREIRO GONZÁLEZ, Germán; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. “Contratación”. En: Valdés Dal-Ré, Fernando (dir.). *Comentarios al convenio general de la construcción*. Madrid: Fundación Anastasio de Gracia, 1993, p. 142.

³⁸ ARAGÓN GÓMEZ, Cristina. “El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción. ¿Un mecanismo de estabilidad en el empleo?” *Relaciones Laborales*, 2008, núm. 2, pp. 21 a 48. GOERLICH PESET, José María. “La reforma de la contratación temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010”. En: GARCÍA-PERROTE ESTARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R. (dirs). *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 47 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. “Sostenibilidad laboral en el sector de la construcción: la estabilidad en el empleo como premisa”. *Temas Laborales*, 2020, núm. 152, p. 36.

III. El punto de llegada: El contrato indefinido adscrito a obra

En respuesta a la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁹, el RD Ley 32/2021 modifica la DA. 3ª LSC (que, como hemos visto, permitía la intervención de la negociación colectiva para adaptar el contrato por obra o servicio mediante fórmulas que garantizaran mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores). En virtud de la nueva redacción del precepto, el contrato de un trabajador del sector de la construcción adscrito a una obra sería, en principio, indefinido. Y, ante la finalización de la obra, la empresa tendría la obligación de ofrecer al trabajador una propuesta de recolocación, aunque eso supusiese el desarrollo de un previo proceso de formación.

Antes de ahondar en el régimen jurídico de este contrato, conviene clarificar cuál es su concreto alcance. Desde un punto de vista objetivo, únicamente se aplica a las empresas del sector de la construcción “*teniendo en cuenta las actividades establecidas en el ámbito funcional del convenio general*” correspondiente al sector⁴⁰. De otro lado, desde un punto de vista subjetivo, esta modalidad contractual solo alcanza a los trabajadores “adscritos a obra” es decir, “*aquellos que tengan por objeto tareas o servicios cuya finalidad y resultado estén vinculados a obras de la construcción*”. De esta forma, quedarían al margen los trabajadores del sector de la construcción que formen parte del personal de estructura.

Concretado el ámbito de aplicación del precepto, podemos abordar su contenido. Como ya adelantamos, el legislador impone a la empresa la obligación de realizar al trabajador una propuesta de recolocación. Pues bien, este deber se activa ante la finalización de la obra, entendiendo por tal: a) “*la terminación real, verificable y efectiva de los trabajos desarrollados*” por la persona trabajadora; b) la disminución real del volumen de obra por la realización paulatina de las correspondientes unidades de ejecución debidamente acreditada; y c) una paralización, definitiva o temporal, de entidad suficiente de una obra por causa imprevisible para la empresa y ajena a su voluntad. De esta forma se incorporan al tenor de la DA. 3ª LSC, como causas justificativas de novación contractual, las previas causas de extinción del contrato fijo de obra que relacionaba el convenio colectivo⁴¹.

La finalización de la obra debe ser puesta en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras, si la hubiere, así como de la comisión paritaria del convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, de los sindicatos representativos del sector, con cinco días de antelación a su efectividad.

De concurrir alguna de las anteriores causas, la empresa debe ofrecer al trabajador afectado una propuesta de recolocación. Esta propuesta se debe realizar con 15 días de antelación a la finalización de su trabajo en la obra de origen y se debe formalizar por escrito mediante una cláusula que se anexa al contrato de trabajo. En ella se ha de precisar la ubicación de la nueva obra, la fecha de incorporación a la misma y las acciones formativas exigibles para ocupar el nuevo puesto.

A este respecto, conviene aclarar que el proceso de formación correrá siempre por cuenta de la empresa y podrá realizarse con antelación a la finalización de la obra. Por lo tanto, es posible que el tiempo de trabajo efectivo se simultanee con un tiempo de formación. Pues bien, en caso de que eso ocurra, debemos tener presente que el tiempo dedicado a “*las acciones formativas exigibles para ocupar el nuevo puesto*” debe computarse dentro de la jornada laboral⁴², por lo que la empresa

³⁹ Aunque no se haga ninguna referencia a esta sentencia en la Exposición de Motivos.

⁴⁰ Según el art. 3 del VI CGSC, se consideran actividades propias del sector de la construcción: a) Las dedicadas a la construcción y obras públicas; b) La conservación y mantenimiento de infraestructuras; c) Canteras, areneras, graveras y la explotación de tierras industriales; d) Embarcaciones, artefactos flotantes y ferrocarriles auxiliares de obras y puertos; y e) El comercio de la construcción mayoritario y exclusivista. Además, el propio convenio relaciona en su anexo I las actividades que integran el campo de aplicación del convenio; si bien, aclara que lo hace “*a título enunciativo y no exhaustivo*”.

⁴¹ Como con acierto advierte NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. “En búsqueda de la estabilidad perdida: la reforma de los fijos discontinuos y del contrato “fijo” de obra en el sector de la construcción”. *Almacén de Derecho*, 10-1-2022, <https://almacenederecho.org>.

⁴² SSTs 11-12-2017, Rº 265/2016 y STS 29-4-2021, Rº 2688/2018, entre otras.

deberá implantar las adaptaciones que sean precisas para garantizar al trabajador el debido tiempo de descanso⁴³.

De otro lado, la DA. 3ª LSC advierte que el proceso de formación se puede impartir directamente por la empresa o desarrollarse a través de una entidad especializada, siendo preferente la formación que imparta la Fundación Laboral de la Construcción con cargo a las cuotas empresariales. Lo que no aclara el legislador en el alcance de este concreto deber de formación. A tal efecto, se remite a la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción que será la que determine *“los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuadas, según las cualificaciones requeridas para cada puesto, nivel, función y grupo profesional”*.

Pues bien, la principal particularidad de este contrato *“indefinido adscrito a obra”* es que puede extinguirse (además de por las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores) por lo que el legislador denomina *“motivos inherentes a la persona trabajadora”*, entendiendo por tales las siguientes:

- Que el trabajador expresamente rechace la propuesta de recolocación en el plazo de siete días desde que tenga conocimiento de la comunicación empresarial o que no conteste dentro de ese período, pues se entiende que la falta de contestación equivale a un rechazo de la propuesta.
- Que la cualificación del trabajador no resulte adecuada a la necesidad de la empresa en las nuevas obras, *“incluso tras un proceso de formación o recualificación”*. La verdad es que no queda muy claro a qué supuesto se está refiriendo el legislador: ¿a qué la recualificación en la práctica no sea viable? ¿a que el trabajador no haya superado satisfactoriamente el curso de formación? Porque si la causa de la falta de adecuación entre la cualificación del profesional y las necesidades de la empresa radica en las carencias del proceso formativo, difícilmente se puede sostener que estamos ante motivos inherentes a la persona trabajadora.
- Que exista un exceso de personas con esa concreta cualificación y que ello impida la integración del trabajador en las nuevas obras. Y, a tal efecto, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector deberá precisar cuáles son los criterios de prioridad o permanencia que deben operar en caso de concurrir este motivo en varias personas trabajadoras de forma simultánea en relación con la misma obra.
- Y, por último, que no exista una nueva obra en esa misma provincia acorde a la cualificación profesional del trabajador o acorde a su posible recualificación.

Salvo en el primer supuesto, la empresa deberá notificar la extinción del contrato al trabajador afectado, preavisándole con quince días. Y, en todo caso, deberá hacer partícipe a la representación legal de esta decisión extintiva con una antelación de siete días a su efectividad.

Según prevé la reforma, la extinción del contrato indefinido por cualquiera de estos cuatro motivos tiene dos consecuencias: En primer lugar, el trabajador tiene derecho a una indemnización del 7% de los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio colectivo que resulte de aplicación y que hayan sido devengados durante la vigencia del contrato *“o la superior establecida por el Convenio General del Sector de la Construcción”* (DA 3ª.6 LSC). En segundo lugar, el trabajador se considera en situación legal de desempleo y tiene, en el caso de cumplir los restantes requisitos, derecho al paro. A tal efecto, el art. 3.Tres RD Ley 32/2021 modifica el art. 267 LGSS y, en virtud de su nueva redacción, se encuentran en situación legal de desempleo los trabajadores cuyo contrato de trabajo se extinga *“por motivos inherentes a la persona trabajadora regulada en la*

⁴³ STJUE 28-10-2021 (C-909/19).

disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción”.

IV. Conclusión

En definitiva, el previo contrato fijo de obra se extinguía ante la ausencia de una nueva obra en la misma provincia. Y el nuevo contrato indefinido adscrito a obra también y con la misma indemnización. El previo contrato fijo de obra se resolvía si el trabajador no estaba conforme con el nuevo destino. Y el nuevo contrato indefinido adscrito a obra también y con los mismos efectos. Tras la extinción del contrato fijo de obra, el trabajador tenía derecho a desempleo. Y tras la extinción del nuevo contrato indefinido adscrito a obra también y en iguales términos. ¿Qué ha cambiado entonces? Nada, salvo el nombre. En síntesis, como con acierto afirma la profesora Vicente Palacio, el calificativo “indefinido” es meramente estético o decorativo⁴⁴.

No obstante, es verdad que, en la práctica, sí se constatan dos mejoras con respecto a la regulación anterior. La primera mejora se va a concretar en un incremento del neto de la nómina de aquellos trabajadores que se vean afectados por un desplazamiento a un municipio distinto del lugar habitual de trabajo. El convenio colectivo del sector de la construcción prevé la compensación de los gastos de alojamiento y de manutención, así como de los gastos de locomoción ante situaciones de desplazamiento con motivo de un cambio de obra. Pues bien, cuando dicho cambio de centro afectaba a un trabajador “fijo de obra”, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁴⁵ y la Dirección General de Tributos⁴⁶ entendían que estos importes debían computarse en la base de cotización y en la base de retención por IRPF, por cuanto estábamos ante diferentes contratos (aunque se tramitaran como uno solo) y cada uno de ellos estaba adscrito a un centro de trabajo diferente. No había un centro de trabajo de origen y un centro de trabajo de destino, por lo que la adscripción del trabajador a una nueva obra no suponía un desplazamiento. Y de ahí que las “dietas” no tuvieran naturaleza extrasalarial (si no hay desplazamiento, no hay gastos que compensar) y debieran computarse íntegramente.

Sin embargo, si estos mismos gastos se abonan a un trabajador “indefinido adscrito a obra” y no superan el importe legalmente establecido⁴⁷, sí quedarían exentos de tributación y de cotización en virtud de lo dispuesto en los arts. 17.1.d) Ley 35/2006⁴⁸ y 23.2.A) RD 2064/1995⁴⁹, respectivamente, pues al tratarse de un único contrato sí se constataría un centro de trabajo origen y un centro de destino, o dicho en otros términos, sí existiría un desplazamiento y las dietas no perderían su naturaleza de suplido. A este respecto, la Dirección General de Tributos consideró exentas de gravamen las dietas por manutención por causa de desplazamiento del trabajador fijo de plantilla a un municipio distinto de su lugar de trabajo habitual y del que constituya su residencia,

⁴⁴ VICENTE PALACIO, Arántzazu. Contrato para obra o servicio determinado: Descanse en paz. ¡Viva el contrato fijo discontinuo! Disponible en Internet: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/OBITUARIO-ARANTCHA.pdf>

⁴⁵ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Criterio técnico 40/2015 sobre cotización por dietas y gastos de desplazamiento en el sector de la construcción de los trabajadores fijos de obra.

⁴⁶ Consultas Vinculantes de 13-8-2007, núm. V1777-07, 22-12-2008, núm. V2468-08 y 13-9-2018, núm. V2493-18.

⁴⁷ En el art. 9 Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero (BOE 31-3-2007, núm. 78).

⁴⁸ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE 29-11-2006, núm. 285).

⁴⁹ Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (BOE 25-1-1996, núm. 22).

siempre que cumplieran los requisitos formales y cuantitativos establecidos por la ley y su concreto desarrollo reglamentario⁵⁰.

La segunda mejora con respecto a la regulación convencional radica en que se impone a la empresa la obligación de ofrecer al trabajador una recolocación en el caso de que tenga una nueva obra en la provincia para la cual se requieran trabajadores de su cualificación real o de su cualificación posible. ¿Pero estamos ante una mejora significativa? Si estuviéramos ante un trabajador indefinido ordinario, ¿esta propuesta de recolocación no se desprendería naturalmente del derecho básico a la ocupación efectiva?

Como se aprecia de lo anteriormente expuesto, no estamos ante cambios especialmente importantes. Y lo más preocupante es que el legislador, con la reforma, introduce en el ordenamiento jurídico algunas diferencias de trato que tienen difícil justificación.

En primer lugar, el legislador califica de motivos de extinción “*inherentes a la persona del trabajador*” causas claramente organizativas o productivas (como es el exceso de operarios con una determinada cualificación o como es la falta de una nueva obra en la misma provincia). Sin embargo, prevé un régimen de extinción particularizado para estos supuestos, al margen del establecido en el Estatuto de los Trabajadores, lo que plantea interrogantes importantes. Está claro que, a efectos indemnizatorios, el contrato indefinido adscrito a obra prevé una compensación superior a la establecida en el precepto estatutario (pues ya hemos visto que un 7% de las retribuciones devengadas durante la vigencia del contrato equivale a pagar unos 25 días de salario por año de servicio; una indemnización superior por tanto a los 20 días que prevé el Estatuto). ¿Pero qué ocurre con el resto de las garantías de los arts. 51 y 52 ET? Si la indemnización no se entrega de forma simultánea a la comunicación de la extinción, ¿conllevaría la improcedencia del cese? ¿Los trabajadores que estén ejerciendo derechos de conciliación de la vida laboral y familiar tendrían una tutela reforzada frente a la decisión extintiva de la empresa?⁵¹ ¿Se computan estas extinciones a efectos de los umbrales del despido colectivo? ¿Es necesario un previo período de consultas con la representación legal? Parece que la respuesta a todas estas preguntas es negativa, pues no estamos -en palabras del legislador- ante causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sino ante causas “*inherentes a la persona del trabajador*”, lo que en algunos supuestos -como hemos visto- es más que discutible. Es más, por si quedara algún resquicio de duda, el propio legislador advierte que este régimen extintivo particular resulta aplicable “*con independencia del número de personas trabajadoras afectadas*”.

Es cierto que la DA 3ª LSC, en su nueva redacción, impone a la empresa la obligación de preavisar al trabajador afectado con 15 días de antelación, así como de notificar a la representación legal de las personas trabajadoras la extinción del contrato con una antelación de siete días a su efectividad. Y además se habilita a la negociación colectiva para fijar los criterios de permanencia en la empresa. Pero, tales medidas, “*están lejos de las obligaciones de información y consulta exigidas por la Directiva 98/59*”⁵².

En definitiva, con la reforma, se genera una diferencia de trato entre los trabajadores indefinidos ordinarios y los trabajadores indefinidos adscritos a obra, cuya justificación no parece ser otra

⁵⁰ Consultas Vinculantes de la DGT de 13-8-2007, núm. V1777-07, 22-12-2008, núm. V2468-08 y 13-9-2018, núm. V2493-18.

⁵¹ Y no hago expresa alusión a las mujeres embarazadas por cuanto será difícil encontrar una mujer en situación de gravidez “adscrita a obra”, teniendo en cuenta que estamos ante un sector de actividad claramente masculinizado. Según los datos de la Encuesta de Población Activa, correspondientes al cuarto trimestre del año 2021, un 89,87% de los profesionales ocupados en el sector de la construcción son hombres (INE. Encuesta de Población Activa. Ocupados por sexo y rama de actividad. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo. 2021T4).

⁵² Como con acierto advierte BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi. “RD Ley 32/2021 y el contrato indefinido adscrito a obra (Ley 32/2006): dudas de constitucionalidad y motivos para una (eventual) cuestión prejudicial”. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 24-1-2022. <https://ignasibeltran.com>

que lograr la aquiescencia de la patronal y de los sindicatos con el fin de “rebautizar” el contrato para que, siendo lo mismo que era, no compute a efectos estadísticos.

En segundo lugar, resulta igualmente un contrasentido que se reconozca la prestación por desempleo al trabajador adscrito a obra que desestima la propuesta de recolocación de la empresa. Como bien sabemos, la prestación por desempleo se dirige a proteger a quienes “*puediendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo*” (art. 267 LGSS). Y este elemento delimitador de la situación protegida se concreta en la necesidad de que la pérdida del trabajo no haya sido a consecuencia de una decisión libremente adoptada por el trabajador. Es más, esta voluntad de trabajar no sólo ha de darse en el momento del cese, sino también durante todo el período de percepción del subsidio. Y de ahí que se exija la inscripción formal del beneficiario como demandante de empleo en el servicio público competente [arts. 266.e) y 268 LGSS] y de que se obligue al beneficiario a suscribir el compromiso de actividad [arts. 266.c) y 300 LGSS]. En definitiva, es preciso que el cese no haya sido debido a actos imputables al trabajador (involuntariedad originaria) y que el beneficiario muestre una voluntad o disposición para incorporarse de nuevo al mercado de trabajo a lo largo del tiempo que dura la prestación (involuntariedad sucesiva).

Precisamente por ello, la extinción de un contrato formativo o de un contrato de duración determinada por la expiración del tiempo convenido no se considera situación legal de desempleo cuando la resolución obedezca a la denuncia del propio trabajador [art. 267.1.a).6º LGSS]. Y, con base en esta misma lógica, tampoco encuentra cabida en este concepto la resolución del contrato durante el período de prueba a instancia del empleado [art. 267.1.a).7º LGSS]. De ahí que no tenga sentido que se incluya dentro del ámbito de protección de la prestación por desempleo al trabajador indefinido adscrito a obra que rechaza una propuesta recolocación de su empresario, sin exigir ningún tipo de causa.

Es cierto que el legislador considera situación legal de desempleo varios supuestos de resolución voluntaria del contrato de trabajo. Pero se trata de las causas de extinción previstas en los arts. 40.1, 41.3 y 50 ET. Y no podemos olvidar que, aun tratándose de situaciones en las que concurre la voluntad extintiva de la persona trabajadora, la misma se encuentra provocada por una previa decisión empresarial que ha ocasionado un daño. Estamos así ante un cambio de centro de trabajo que conlleva un correlativo cambio de residencia⁵³, ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que causa un perjuicio al trabajador que puede ser probado (art. 41.3 ET)⁵⁴ o que menoscaba su dignidad [art. 50.1.a) ET] o ante un incumplimiento grave de las obligaciones del empresario, incluyendo entre ellas la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario pactado [art. 50.1, apartados b) y c) ET]. Sin embargo, el trabajador indefinido adscrito a obra que renuncia a una propuesta de recolocación tiene derecho al desempleo en todo caso, sin necesidad de sufrir ningún perjuicio. No tiene que alegar causa alguna. De hecho, ni siquiera tiene por qué contestar a la propuesta de recolocación empresarial, pues ya hemos visto que la ausencia de contestación se equipara a un rechazo.

⁵³ Como nos recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 15-6-2021, Rº 3696/2018, un cambio de centro de trabajo sin incidencia en la residencia constituye una modificación accidental de las condiciones de trabajo que se encuadra dentro de la potestad organizativa del empresario. Por ello, tales cambios quedan amparados por el ordinario poder de dirección del empresario y no se hallan sujetos a procedimiento o justificación algunos. Y tampoco se otorga al trabajador afectado el derecho extintivo que sí se atribuye en el art. 40 ET.

⁵⁴ Si en los traslados forzosos se sobreentiende el perjuicio, en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo el perjuicio no se presume, sino que debe ser probado por el propio trabajador afectado. Es más, el Tribunal Supremo entiende que el perjuicio debe ser relevante, pues no sería razonable, ni proporcional, sancionar con la rescisión contractual indemnizada cualquier modificación que ocasionara un perjuicio mínimo, al ser ello contrario al espíritu de la norma que persigue la supervivencia de la empresa en dificultades, que se agravaría si todos los afectados rescindiesen sus contratos. En opinión de la Sala 4ª, no se puede admitir la resolución indemnizada de forma automática, pues si el legislador hubiera querido que toda modificación sustancial comportara el derecho a que las personas afectadas pudieran extinguir su contrato de trabajo con derecho al percibo de la indemnización y acceder a la situación legal de desempleo, debiera haber redactado el art. 41.3 ET en otros términos (STS 23-7-2020, Rº 822/2018).

No parece que tenga mucha lógica considerar en situación legal de desempleo a quien rechaza una oferta de recolocación de su empresa, cuando, precisamente, uno de los requisitos de acceso y mantenimiento de la prestación es la suscripción del compromiso de actividad mediante el cual el beneficiario se obliga a buscar activamente empleo, a participar en acciones de formación o reconversión profesional, y a aceptar una colocación adecuada. Y esta adecuación se perfila a través de tres perspectivas o criterios de delimitación distintos: a) el criterio funcional; b) el criterio territorial o topográfico; y c) el criterio económico o retributivo⁵⁵. Pues bien, ateniéndonos al primero de ellos, se entiende que una oferta es adecuada cuando se refiera a la profesión demandada por el trabajador y también aquella que se corresponda con su profesional habitual o que se ajuste a sus aptitudes físicas o formativas. No obstante, el art. 301 LGSS aclara a continuación: *“En todo caso, se entenderá por colocación adecuada la coincidente con la última actividad laboral desempeñada siempre que su duración hubiese sido igual o superior a tres meses”*. Además, transcurrido un año de percepción ininterrumpida de la prestación también podrán ser consideradas adecuadas otras colocaciones que a juicio del servicio público de empleo puedan ser ejercidas por el trabajador. Partiendo de lo expuesto, me pregunto si tiene sentido permitir la resolución de un contrato con motivo de un cambio de obra e incluir dicha situación en el ámbito de protección de la prestación por desempleo, para luego exigir al trabajador que acepte un nuevo puesto de trabajo en el sector de la construcción. Quizá sería necesario partir de una visión más integral y coordinar la regulación sustantiva y la de Seguridad Social, de forma que únicamente se tenga derecho a la prestación por desempleo en los supuestos en los que la propuesta de recolocación no se considere adecuada, con base en los criterios relacionados en el art. 301 LGSS.

V. Régimen transitorio

De conformidad con la DT 3ª RD Ley 32/2021, los contratos fijos de obra suscritos antes del 31-12-2021 se mantienen vigentes tras la reforma y se regirán por los términos recogidos en el art. 24 del VI Convenio estatal del sector de la construcción (DT 3ª).

Por su parte, los contratos para obra y servicio determinado (y el contrato fijo de obra lo es) celebrados entre el 31-12-2021 y el 30-3-2022, se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se han concertado, pero su duración no podrá ser superior a seis meses (DT 4ª)].

⁵⁵ DESDENTADO BONETE, Aurelio y MERCADER UGUINA, Jesús R. *El desempleo como situación protegida (un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)*. Madrid: Civitas, 1996, pp. 43 a 49.

Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías

Permanent-discontinuous contract: extension of cases and improvement of its guarantees

José María Goerlich Peset

*Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universitat de València (Estudi General)*

ORCID ID: 0000-0002-2910-2153

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6639>

Resumen: El RDL 32/2021 ha ampliado el ámbito del contrato fijo-discontinuo. Por un lado, ha incluido en él los anteriores contratos fijos-periódicos. Por otro lado, da cabida en él otras necesidades que difícilmente encajan en su función tradicional como son las relacionadas con la descentralización. Esto se concretará probablemente en un elevado uso de estos contratos en el futuro inmediato. Por lo que se refiere a las modificaciones del régimen jurídico, aunque siguen abiertos algunos problemas tradicionales, se detecta ciertas mejoras en la protección de los trabajadores. No obstante, corresponderá a la negociación colectiva culminar el proceso.

Palabras clave: Reforma laboral en el RDL 32/2021; contrato fijo discontinuo

Abstract: RDL 32/2021 has expanded the scope of the permanent-discontinuous contract. On the one hand, it has included in it the previous fixed-periodic contracts. On the other hand, it includes other needs that hardly fit in its traditional function, such as those related to outsourcing. This will probably result in a high use of these contracts in the immediate future. As regards changes in the legal regime, although some traditional problems remain open, certain improvements in the protection of workers have been detected. However, it will be up to collective bargaining to complete the process.

Keywords: labor reform in RDL 32/2021; permanent-discontinuous contract.

1. El nuevo contrato fijo-discontinuo: aspectos generales

1.1. El papel del trabajo fijo-discontinuo en la lucha contra la precariedad

Los contenidos que ha terminado teniendo el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, distan mucho de las expectativas iniciales del Gobierno y de la parte

*jose.m.goerlich@uv.es

sindical; y seguramente aun queda trecho por recorrer para alcanzar las pretendidas “garantía de la estabilidad en el empleo” y “transformación del mercado de trabajo”. Sin embargo, no puede negarse que el procedimiento seguido, agotando hasta el límite las posibilidades de consenso en el diálogo social, y las nuevas normas aprobadas pueden colocarnos en el camino adecuado.

Es fácil concordar en que, como afirma el primer párrafo de la Exposición de Motivos, desempleo y temporalidad son “graves problemas de nuestro mercado de trabajo”. Por eso es igualmente fácil estar de acuerdo en que nuestro mercado de trabajo venía necesitando un impulso jurídico dirigido a reducir el exceso de temporalidad. No es extraño, por ello, que se haya oído hablar con anterioridad de medidas similares a las que contempla el Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en su reforma 4: “Simplificación de contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad y simplificación de la contratación temporal”. Y ello con la idea, de la que también hemos oído hablar con anterioridad, de “promover la estabilidad en el empleo, asegurando que los contratos temporales responden a la naturaleza del trabajo y con un marco adecuado para la formación”, como afirma el citado plan en el apartado de Reformas (2.5.2), Mercado de trabajo (G). Sin embargo, en anteriores episodios de reformas laborales las actuaciones contra la temporalidad habían sido limitadas. Frente a ello, el RDL 32/2021 “pretende corregir de forma decidida esta temporalidad excesiva, evitando esa rutina tan perniciosa que provoca que en cada crisis se destruya sistemáticamente el empleo”. En estas coordenadas, se introduce una extensa reforma en materia de contratación temporal, que afecta también a varias de las denominadas modalidades contractuales. En las consideraciones que siguen se analizará las reformas que el art. 1º.4 RDL 32/2021 introduce en la regulación del contrato fijo-discontinuo (art. 16 ET).

Antes de comenzar el análisis, es oportuno poner de relieve un segundo aspecto general que condiciona el alcance de las reformas. No hace falta insistir, en este sentido, en el papel que ha tenido en la reforma la negociación a tres bandas, entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. El preámbulo se ocupa de resaltar el aval del diálogo social a los cambios normativos, que tendría un alcance histórico al tratarse de “la primera reforma laboral de gran calado de la Democracia que cuenta con (su) respaldo”. Ello tiene aspectos positivos, que se explicitan también en la Exposición de Motivos. El consenso en el diálogo social “permite concebir una mayor esperanza en su estabilidad y en la consecución de los efectos pretendidos” por la reforma. Sin embargo, podría tener también aspectos discutibles si se ha logrado a costa de la desnaturalización de las instituciones o de oscurecer o introducir ambigüedad en las reglas que las regulan.

En este marco de reflexión, el relanzamiento del contrato fijo-discontinuo que pretende el RDL 32/2021 podría tener un doble componente, aunque nada se diga al respecto en su preámbulo. De un lado, como contrato indefinido que era antes de la reforma y sigue siendo después, su uso permite orillar buena parte de los efectos perversos que derivan de la temporalidad. Aunque no sea equivalente a la contratación indefinida ordinaria a tiempo completo, el contrato fijo-discontinuo tiene mayor estabilidad que los contratos temporales en los que podría descomponerse su ejecución. Con ello es previsible que presente menos rotación que sus alternativas precarias y que posibilite una inversión superior en empleabilidad. Además, la regulación previa era susceptible de mejoras que pueden hacer más acogedora esta modalidad contractual. De otro lado, la nueva regulación permite dar salida a determinadas necesidades de flexibilidad en la entrada que existen en la empresa y que hasta ahora se cubrían mediante contratos más precarios. El nuevo art. 16 ET es, en este segundo sentido, una suerte de «válvula de escape» que compensa algunas de los márgenes de flexibilidad empresarial que la reforma ha sacrificado.

Ambas ideas se advierten en el precepto reformado. En primer lugar, en un intento de atender razonablemente la flexibilidad empresarial, se procede a una ampliación del ámbito del contrato fijo-discontinuo: además de la unificación en un solo contrato de los trabajos fijos-periódicos y

fijos-discontinuos, se abre su posible utilización más allá del ámbito tradicional de los contratos periódicos; además, en sentido diferente al que se había consolidado en la interpretación jurisprudencial, se permite que las empresas de trabajo temporal recurran a la celebración de contratos fijos-discontinuos. En segundo lugar, en la línea de incrementar la posición de las personas que trabajan a través de esta modalidad, se establece un nuevo marco de garantías, reformando algunas reglas existentes con anterioridad y añadiendo otras nuevas que mejoran su protección.

Estas dos líneas de tendencia son las que vertebrarán la exposición que sigue, en la que primero abordaré el nuevo ámbito de la contratación fija-discontinua y, después, las modificaciones en el régimen jurídico de la relación laboral fija-discontinua. Antes, sin embargo, considero necesario hacer dos reflexiones de alcance general relacionadas, la primera, con la articulación de normas legales y convencionales en relación con este contrato; y, la segunda, con las cuestiones de derecho intertemporal.

1.2. Ley y negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo fijo-discontinuo

El nuevo art. 16 ET abre bastante espacio regulador a la negociación colectiva. No es estrictamente una novedad puesto que ya lo hacía en su versión anterior. Es verdad que alguno de los aspectos que hasta ahora se remitían a los convenios colectivos ha desaparecido en la nueva redacción. Es el caso de la regla que habilitaba para establecer “los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos-discontinuos” (anterior art. 16.4 ET), que no se ha mantenido con las posibles consecuencias a las que me referiré después. Pero otros permanecen, aunque en algún caso aparecen, como veremos, algunas diferencias en la literalidad. Tal es el caso de la regulación del orden y la forma del llamamiento (antes, art. 16.2 ET; ahora, art. 16.3) o de la habilitación para permitir que el contrato se celebre a tiempo parcial (art. 16.4 ET, en su redacción anterior; actualmente art. 16.5, 2º párrafo, ET).

Aparte lo anterior, en el RDL 32/2021 se amplían las posibilidades de los convenios colectivos; o, si se prefieren las palabras de la Exposición de Motivos, se otorga “un papel fundamental a la negociación colectiva”. En efecto, aparte la facultad de concretar la duración máxima del período de inactividad en los casos en los que el contrato se relacione con la celebración de contratos o concesiones, el nuevo art. 16.5 ET les invita a establecer una bolsa sectorial de empleo. Igualmente les abre la posibilidad de establecer un período mínimo de llamamiento anual, así como una cuantía por fin de llamamiento. En fin, el nuevo art. 16.7 ET invita a la negociación a fijar procedimientos en relación con la formulación de solicitudes para la conversión de fijos-discontinuos en fijos ordinarios.

Probablemente la amplitud de las materias que se reenvían es un sesgo típico de las normas legales negociadas. Y, como hemos visto en otros casos, presenta ventajas e inconvenientes. En el primer sentido, es claro que abre la posibilidad de adaptabilidad del contrato fijo-discontinuo a múltiples situaciones, con base en el diálogo social y, por tanto, con las necesarias garantías colectivas. Pero, en el segundo, no deja de plantear problemas en los casos en que los convenios colectivos no dicen suficiente de las diferentes materias. Acaso por ello se detecta una sustancial diferencia con respecto a la redacción anterior del art. 16 ET. En el aspecto clave para el funcionamiento del trabajo fijo-discontinuo, la determinación de “los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas”, se han ampliado las posibilidades: ya no solo se alude al convenio colectivo sino que se admite que el tema sea regulado, “en su defecto”, por acuerdo de empresa.

En todo caso, la mayor parte de las remisiones que se han introducido *ex novo* por el RDL 32/2021 se refieren solo a los convenios sectoriales. A veces ello parece razonable –como ocurre tradicionalmente con la posibilidad de permitir la contratación a tiempo parcial (cfr. nuevo art.

16.5, 2º párrafo, ET) o, entre los nuevos contenidos, con la de desplazar el plazo legal máximo de inactividad entre subcontratas (nuevo art. 16.4, 2º párrafo, ET) o, por razones obvias, con la posibilidad de constituir bolsas sectoriales de empleo (nuevo art. 16.5, 1º párrafo, ET)–. Pero en otros casos no lo es tanto. No acabo de ver, por ejemplo, por qué un convenio de empresa, o incluso un acuerdo informal en este ámbito, no puede “establecer un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento a satisfacer por las empresas a las personas trabajadoras” (nuevo art. 16.5, 1º párrafo, ET). Después de todo, son derechos legalmente inexistentes y, a falta de regulación sectorial, su establecimiento bien puede venir amparado por el principio de norma mínima.

1.3. Cuestiones de derecho intertemporal

Por lo que se refiere a los aspectos de derecho intertemporal, hay que tener en cuenta, por un lado, la disp. final 8ª RDL 32/2021 que difiere la entrada en vigor del nuevo art. 16 ET tres meses, a contar desde su publicación en el BOE. Por tanto, las nuevas reglas no estarán en vigor hasta el próximo 30 de marzo.

Por otro, conviene advertir que en las disp. trans. 1ª a 5ª no existe regla específica respecto de los contratos que se hayan celebrado antes de su entrada en vigor. En principio, ello debería conducir, con base en las supletorias disposiciones transitorias del Código Civil, a entender que los contratos anteriores a la entrada en vigor continúan rigiéndose por las normas anteriores (arg. ex disp. trans. 2ª CC). Mas no parece ser esta la voluntad del legislador, si no más bien la contraria: el hecho de que las citadas transitorias del RDL 32/2021 hayan establecido reglas específicas para los restantes contratos –y otros aspectos incluidos en la reforma– y no lo hayan hecho para la regulación de los fijos discontinuos apuntaría a la idea de que se ha querido que el nuevo régimen se proyecte sobre todos los contratos de esta naturaleza, con independencia del momento de su constitución. Eso sí, este efecto solo se producirá el próximo 30 de marzo.

2. El ámbito de aplicación de la contratación fija-discontinua

2.1. La desaparición de los trabajadores fijos-periódicos

El RDL 32/2021 supone la desaparición de los trabajadores fijos-periódicos. El art. 12.3 ET, que regulaba esta figura, es expresamente derogado por su disp. der. única, apartado 2. Y no queda traza de ellos en el nuevo art. 16 ET, dedicado a los fijos-discontinuos. Antes bien, la extraordinaria amplitud de los supuestos en los que procede la contratación fija-discontinua implica, como veremos un poco más abajo, que el supuesto que motivaba su existencia ha sido absorbido por ella. En paralelo, la nueva redacción del art. 267 LGSS, en el que se regula la situación legal de desempleo, elimina las dos referencias que se contenían en el apartado 1.d) a este tipo contractual.

Es más, la Exposición de Motivos hace una muy negativa valoración de su previa existencia. Se hace referencia de forma enfática –al “por fin” que se utiliza parecen faltarle los signos de exclamación– a la desaparición de la “artificial distinción de régimen jurídico entre contratos fijos periódicos y fijos discontinuos”. Y es que, se afirma algo más abajo, “no resulta justificado distinguir ni a efectos legales ni conceptuales el fijo discontinuo del fijo periódico”; lo más adecuado es incluirlos “en una categoría y régimen común que subraya el carácter indefinido de la relación laboral y recoge un catálogo de derechos de las personas trabajadoras que, sin perjuicio de las especialidades asociadas a esta modalidad contractual, garantiza el principio de no discriminación e igualdad de trato”.

Seguramente, la valoración que se hace en el RDL sobre el extinto trabajo fijo-periódico es excesiva. Las afirmaciones de la Exposición de Motivos parecen dar a entender que su consideración separada del trabajo fijo-discontinuo carecía de fundamento y, además, dificultaba que las prestaciones periódicas que regulaba tuvieran cabida en el ámbito de la contratación indefinida, con las garantías necesarias. Ni una cosa ni otra. Precisamente el sentido del derogado art. 12.3 ET era reconducir las prestaciones fijas-periódicas directamente al terreno del contrato indefinido, sin que fuera necesaria la mediación del convenio para deslindar la contratación fija-discontinua de la eventual como permitía el art. 16.4 ET. Por otro lado, ubicada en el ámbito de la contratación a tiempo parcial, esta modalidad contractual se encontraba amparada por el principio de igualdad de trato (art. 12.4.d] ET).

En cuanto a la diferencia conceptual, es verdad que el criterio utilizado por el legislador para deslindar las dos modalidades –que las prestaciones se repitieran o no “en fechas ciertas” (versión anterior del art. 16.1 ET)– era poco práctico puesto que reducía desproporcionadamente el ámbito del trabajo fijo-periódico. Pero este problema podría haberse resuelto si, como se propuso cuando se introdujo la distinción, se hubiera interpretado que los fijos-periódicos son “aquellos cuya actividad se encontrara garantizada, en cuanto a su existencia y duración, con independencia de que las fechas inicial y final quedarán sujetas a cierto margen de indeterminación” (Goerlich, 2001, p. 131).

Otra cosa es que, al basarse la línea interpretativa mayoritaria en la literalidad del precepto, la relevancia real del trabajo fijo-periódico haya sido prácticamente nula. Se ha optado por tratar de forma unitaria todas las prestaciones de carácter periódico, con independencia de sus características. El propio legislador ha sucumbido a este proceso: la inicial separación del tratamiento en materia de protección social, fundamentalmente en relación con el desempleo, ha desaparecido a raíz de la reforma de 2006 (RDL 5/2006, 9 junio). En este contexto, en una reforma que, como he indicado, se asigna una finalidad simplificadora de la tipología de contratos deviene inevitable la unificación de las dos modalidades en una sola; novedad que ha sido bien acogida por algunos de los primeros comentaristas (García Ortega, 2022). Otra cosa es que, como veremos a continuación, no deje de plantear algunos problemas sistemáticos importantes.

2.2. La nueva delimitación del objeto del contrato

En la legislación anterior, la noción de los dos contratos que se refunden era en exceso simple. El derogado art. 12.3 ET se refería a “trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa”; por su parte, la anterior redacción del art. 16.1 ET se refería a los trabajos que tuvieran “el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa”. Frente a ello, el primer párrafo del art. 16.1 ET fija como objeto del contrato fijo-discontinuo “la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”.

Tan amplia dicción da cabida tanto a los tradicionales fijos-discontinuos como a los desaparecidos fijos-periódicos, puesto que, dentro de las actividades de “naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada” caben tanto las que tuvieran fecha cierta como las que no. Pero da la impresión de que se añaden más supuestos puesto que se contemplan además los que no tengan esta “naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada” pero que sean de prestación intermitente.

Es probable que esta novedad sea más aparente que real. Después de todo, tampoco en la redacción anterior –ni en las más lejanas– existía una conexión cerrada entre la modalidad con-

tractual y este tipo de actividades estacionales o de temporada. Lo decisivo era la periodicidad de la prestación, tuviera o no fecha cierta. Y eso parece seguir siendo exigible puesto que es preciso que la prestación sea “intermitente” y que sus períodos de ejecución sean ciertos en el sentido de que es seguro que se producirán (DLE, acepción 1), con independencia de que puedan ser determinados –esto es, señalados “con claridad o exactitud”: DLE, determinar, acepción 4– o indeterminados –en el sentido de no concretos o definidos: DLE, acepción 2–.

Se ha criticado por confusa la extensión del contrato más allá de las necesidades estacionales, reclamando una concreción reglamentaria (García Ortega, 2022). Lo cierto es, sin embargo, que la buscada desconexión entre estacionalidad o temporada e intermitencia abre la configuración de cada contrato fijo-discontinuo a la autonomía de la voluntad de las partes que dispondrán de margen para configurarlo. Dicho de otro modo, la planificación de la actividad de cada empresa puede ser relevante para determinar los momentos en los que se presta, más allá de las razones vinculadas a aquellas (Beltrán de Heredia, 2022, § 1.1.1). Entiendo, sin embargo, que ese margen es limitado. No es posible entender que el contrato fijo-discontinuo pueda dar cabida al trabajo a llamada ni a vinculaciones de tipo “cero horas”, a salvo lo que se verá en relación con su utilización para atender contratos de obras o servicios. La determinación de la intermitencia no puede quedar al arbitrio de una de las partes. A falta de una declaración expresa del legislador laboral en tal sentido, esto resultaría contrario a las reglas generales del derecho de contratos (cfr. art. 1115 CC); y, sobre todo, se desprende del análisis gramatical del precepto. De entrada, es preciso notar que, si bien “intermitente” como adjetivo (DLE: acepción 1) no implica determinado ritmo o cadencia, en sus dos restantes acepciones, como sustantivo, sí que presupone “periodicidad”. Debe, por tanto, existir algún tipo de razón objetiva, al margen de la voluntad empresarial, que justifique la alternancia entre períodos de actividad e inactividad. Por otro lado, como ya he indicado, los períodos de ejecución han de ser “ciertos”. Por último, el nuevo art. 16.2 ET, en relación con la forma del contrato, presupone la existencia de un fundamento para la discontinuidad diferente de la sola voluntad del empresario. En efecto, entre otros extremos, la forma debe incluir “la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria, si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento”.

Por otro lado, sigue siendo posible articular el contrato de trabajo a tiempo parcial sobre base anual (cfr. art. 12.1 ET) lo que abre un delicado problema de deslinde entre modalidades contractuales. La Seguridad Social, en su boletín *Noticias RED* de 14 de enero de 2022, parece resolverlo de un plumazo reconduciendo el tiempo parcial sobre base anual al terreno fijo-discontinuo (p.2). No tengo tan claro que esta solución ase haya de alcanzar de forma automática, aunque confieso mis límites para dar una solución segura a la cuestión –que, por lo demás, comparten otros comentaristas (Nogueira; 2022)–. Acaso pudiéramos pensar en diferenciar los casos en los que la prestación esté perfectamente delimitada de aquellos en los que no lo estuviera tanto. Los primeros estarían en el terreno del contrato a tiempo parcial; los segundos serían fijos-discontinuos. Pero ello contrasta con la voluntad explicitada de extraer este tipo de prestaciones de aquel ámbito. Por otro lado, si se sigue admitiendo la posibilidad de fijar contratos a tiempo parcial sobre base anual, la libertad contractual permite su combinación con prestaciones reducidas en términos semanales o diarios (Beltrán de Heredia, 2022, § 1.1.7). Sin embargo, ello no es fácil de cohonestar con la permanencia de la regla que exige que el convenio sectorial autorice la prestación a tiempo parcial en el contrato fijo-discontinuo. Aparece, en definitiva, un espacio de intersección entre las dos modalidades de perfiles bien confusos, aunque a mi juicio la permanencia del art. 12.1 ET ha de conducir a pensar que sigue siendo posible suscribir contratos a tiempo parcial sobre base anual.

2.3. *La forzada inclusión de la atención de contratas de obras o servicios*

Al margen este problema de deslinde, lo verdaderamente novedoso en el objeto del contrato fijo-discontinuo es la inclusión de la atención de contratas de obras o servicios. En este sentido, el segundo párrafo del nuevo art. 16.1. ET abre la posibilidad de que se concierte “para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa”.

No hace falta ser un lince para advertir que la inclusión en el marco del contrato fijo-discontinuo de la variabilidad de la demanda para las empresas cuyo objeto principal es la prestación de servicios a otras empresas se relaciona con el cierre por acción de la STS 1137/2020, 29 diciembre, de la vía de flexibilidad de ingreso que se había venido utilizando con anterioridad: el contrato temporal de obra o servicio determinado. De hecho se trata de un lugar común entre los comentaristas (Nogueira, 2022; Vicente-Palacio, 2022). Otra cosa es la valoración que ello haya de suscitar. Desde luego, a corto plazo, cuando las normas de la reforma entren en vigor, producirá efectos espectaculares. Aunque no sea fácil saber cuantos de los contratos de obra vigentes se relacionan con este supuesto, cabe prever que sean muchos. De este modo, los resultados estadísticos de la reforma pueden ser extraordinarios. Sin embargo, la nueva previsión también implica consagrar que este tipo de necesidades de personal mantenga un tratamiento separado: aunque con disfraz de indefinido, sigue pensándose que son contratos especiales cuando, en rigor, la actividad que se atiende es precisamente la normal de la empresa.

Por otro lado, y adentrándonos ya en el análisis técnico de la nueva solución, creo que la inclusión de la atención de contratas en el terreno del contrato fijo-discontinuo es bastante forzada y ello produce ciertas anomalías en el conjunto del sistema. De entrada, resulta difícil saber dónde está el carácter “intermitente” en muchas de las actividades en las que se va a usar el contrato. Por ello, el nuevo art. 16.1.II ET sustituye este adjetivo por otro bien distinto, “previsible”. Pero entonces la nueva regla tiene un carácter constitutivo en relación con la del primer párrafo del precepto y, si se me apura, con la tradición previa ya que lo decisivo es que la ejecución de las contratas se enmarque en “la actividad ordinaria de la empresa” pues es entonces cuando aquellas resultan previsibles en el sentido que asigna el Diccionario a este término (“que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales”). Se excluye seguramente la atención de un encargo extraordinario, que deberá atenderse, si es posible, mediante las figuras temporales establecidas en el art. 15 ET; y, si no lo es, a través de contratos indefinidos ordinarios.

Es interesante observar que no se establece una caracterización de las contratas desde la perspectiva de su duración. En muchas actividades en los que se ha utilizado el contrato de obra, las contratas que justificaban la contratación temporal tenían cierta duración. Y seguramente el legislador tiene ese modelo en la cabeza habida cuenta la regulación del plazo de espera de recolocación al que me referiré a continuación. Sin embargo, es posible concebir supuestos de microsubcontratación en los que también sería utilizable este tipo de contratación fijo-discontinua. Mi impresión es, en este sentido, que podría utilizarse en el marco del trabajo en plataformas como sucedáneo del todavía inexistente trabajo a llamada, a condición de que los encargos sean imputables a empresas y no a consumidores finales y puedan, por tanto, ser reconducidos a la noción de contrata.

En todo caso, el carácter “constitutivo” que corresponde a este supuesto de contrato fijo-discontinuo implica también que se establezca un régimen especial en relación con los supuestos de inactividad. De acuerdo con el nuevo art. 16.4 ET, “cuando la contratación fija-discontinua se justifique por la celebración de contratas, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas en los términos de este artículo, los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones”. El plazo máximo de inactividad entre subcontratas

puede ser determinado por los convenios colectivos sectoriales, aunque “en defecto de previsión convencional, será de tres meses”. A su vencimiento, “la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma”.

Obviamente, las “medidas” a las que se refiere el último inciso son bien regulaciones temporales de empleo, las “coyunturales”, o despidos objetivos o colectivo, las “definitivas”. Que se ofrezcan las dos parece razonable a la vista de los objetivos proclamados por la reforma. No parece fácil, sin embargo, que las primeras lleguen a concretarse en la práctica: es difícil pensar que una empresa pase de una situación de coste 0 a otra en la que tenga que abonar una parte de las cotizaciones, siquiera con las bonificaciones establecidas para los ERTE. Salvo en casos excepcionales, la salida natural a las dificultades de recolocación en una nueva contrata será el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por vía individual (art. 52.c] ET) o colectiva. Aunque se trata de una solución que encaja con los criterios interpretativos consolidados (cfr. STS 1021/2020, 18 noviembre, con cita de otras anteriores), no deja de contrastar con la que se ha arbitrado para el ahora llamado contrato indefinido adscrito a obra del sector de la construcción (disp. adic. 3ª Ley 32/2006, en su nueva redacción debida al art. 2 RDL 32/2021). Y ello tanto por lo que se refiere a los derechos de los trabajadores como a las obligaciones procedimentales y formativas de las empresas. Obviamente, una parte de la anomalía podría solventarse mediante la negociación colectiva sectorial. Habrá que estar atentos.

Por último, cabe la posibilidad de que la pérdida de contratas o concesiones esté contemplada en la negociación colectiva como supuesto de subrogación convencional. Desde mi punto de vista, la pérdida de sustantividad de sus efectos en relación con la subrogación legal lleva a pensar que, si está establecida, la relación fija-discontinua que pueda haberse establecido con la contratista saliente continuará en las mismas condiciones con la entrante. En este contexto, las reglas en materia de inactividad solo jugarán en caso de que no esté prevista o no se cumplan los requisitos establecidos en el convenio. Sin embargo, existen voces ya que han sostenido que en estos casos se abrirá al trabajador la opción de seguir en su contrato, a la espera de la recolocación, o pasar a la nueva contratista (García Ortega, 2022).

2.4. Contrato fijo-discontinuo y empresas de trabajo temporal

En una de las correcciones que el RDL contiene a la interpretación jurisprudencial de las reglas anteriores, el nuevo 16.1 ET, en su tercer párrafo, admite la posibilidad de que las ETT formalicen contratos de este carácter para la posterior cesión de las personas contratadas a las empresas usuarias. Aunque la STS 728/2020, de 30 julio, dictada en Sala General, había excluido que las ETT hicieran este tipo de contratos, ahora el legislador lo admite en los términos del art. 10.3 LETT.

Por su parte, este precepto queda modificado por la disp. final 1ª RDL 32/2021 que le añade un párrafo que es el que regula esta nueva posibilidad. En el nuevo art. 10.3 LETT el recurso al contrato fijo-discontinuo aparece únicamente como una técnica posible de organización de los recursos humanos por parte de la empresa de trabajo temporal, sin que se alteren las reglas que permiten a las empresas usuarias la utilización de ETT. Dicho llanamente, ninguno de los dos preceptos que se están comentando permite que las necesidades fijas-discontinuas existentes en una empresa puedan ser atendidas mediante la cesión por una ETT de un trabajador en misión. Que esto es así se desprende, de entrada, de que no se hayan modificado las reglas generales sobre “supuestos de utilización” (art. 6.2 LETT). Pero, sobre todo, del propio tenor literal del nuevo art. 10.3, 2º párrafo, LETT que delimita las “necesidades temporales” que puedan atenderse a través del contrato fijo discontinuo, por remisión a las reglas del art. 15 ET. Por eso, el nuevo precepto las vincula a “diversas empresas usuarias”.

Desde la perspectiva de la ETT, el contrato fijo-discontinuo parece funcionar de manera similar al que celebra una empresa para atender necesidades de contrataciones o concesiones. No hace falta, pues, que exista un programa previo para la prestación del trabajador contratado: el art. 10.3 ETT no exige siquiera que las necesidades temporales de diversas empresas usuarias sean previsibles. Entre encargo y encargo de puesta a disposición por parte de sus empresas clientes, aparecen períodos de no prestación. En palabras del art. 10.3, 2º párrafo, LETT, si se recurre a esta modalidad coinciden “los periodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos”. Mas, si esto es así, sorprende que no se haya establecido un plazo máximo para la interrupción de la actividad en la línea del previsto en el nuevo art. 16.4 ET. Quizá podamos entender que resulta aplicable por analogía. En todo caso, en este contexto, cabe pensar que la modalidad contractual tenga amplio éxito entre las ETT por las importantes ventajas en materia de coste –desaparición de la indemnización por fin de puesta a disposición y de las penalizaciones en la cotización–.

Por lo demás, llama la atención la regla del último inciso, en cuya virtud, “las referencias efectuadas en el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores a la negociación colectiva se entenderán efectuadas a los convenios colectivos sectoriales o de empresa de las empresas de trabajo temporal” que, asimismo, podrán “fijar una garantía de empleo para las personas contratadas bajo esta modalidad”. Esta remisión a la negociación en el ámbito de las empresas de trabajo temporal podría sorprender a la vista de las previsiones del art. 11.1 LETT. Pero probablemente sea razonable pues solo la negociación en este marco puede comprender las necesidades organizativas de las ETT y atender las correspondientes especialidades.

3. La relación laboral fija-discontinua y su régimen jurídico

3.1. La constitución del contrato fijo-discontinuo: aspectos problemáticos

Entrando ya en el régimen jurídico de la relación laboral fija-discontinua, hay que considerar ante todo su constitución. En términos formales, el nuevo art. 16.2 ET no se limita a imponer la forma escrita sino que, como se ha indicado de pasada, establece un contenido mínimo de la obligación documental puesto que “deberá reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral, entre otros, la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria, si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento”.

La remisión a la regla del art. 8.2 ET permite concluir que se trata de una exigencia declarativa. De este modo, la falta de documentación del contrato no impide que pueda válidamente nacer al derecho conforme a las reglas. Lógicamente, la aplicación literal de este precepto conduce sin más a considerarlo indefinido y a jornada completa. Cabrá la prueba del carácter discontinuo, pero le corresponderá al empleador interesado en ella; y, dependiendo de la actividad de que se trate, puede no ser fácil: cabrá aceptarla en los casos de necesidades empresariales vinculadas a estaciones o temporadas, pero será mucho más complejo hacerlo cuando el carácter fijo-discontinuo se relacione con otras circunstancias de la planificación empresarial menos objetivables.

Por otro lado, se ha mantenido la regla tradicional en cuya virtud los convenios colectivos de ámbito sectorial “podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos” (nuevo art. 16.5, segundo párrafo). Se conserva incluso la literalidad de la previsión contenida antes de la reforma en el primer inciso del art. 16.4 ET. Acaso no se ha tenido en cuenta suficientemente la sustancial ampliación del ámbito de operaciones del contrato y, con ello, puede haberse creado un factor de rigidez poco práctico. Hasta la fecha, esta restricción podía ser razonable al quedar reservada al trabajo fijo-

discontinuo tradicional que seguramente se prestaba en jornadas diarias completas, por su vinculación directa con la estacionalidad en el sector primario. La razonabilidad de proyectarla sobre los trabajadores fijos-periódicos es mucho menor; y desaparece completamente cuando el contrato fijo-discontinuo se utiliza para atender contrataciones, en las que puede ser necesaria la prestación a tiempo parcial –incluso como consecuencia de las subrogaciones convencionales de esta naturaleza que se permiten en muchos sectores–.

En otro orden de consideraciones, no es seguro que la nueva regulación del contrato permita cerrar la polémica sobre si los contratos fijos-discontinuos nacen o se hacen como consecuencia de la reiteración de la prestación (Sala, López Terrada, Todolí, 2015, p. 127). Desde luego, varias de las novedades que introduce el RDL 32/2021 en el Estatuto se mueven en la primera dirección. Me refiero, por un lado, a la previsión del último inciso del art. 15.2, primer párrafo, ET. Al excluir que “los supuestos incluidos en el artículo 16.1” puedan justificar el contrato de duración determinada por circunstancias de la producción, se apunta hacia la necesidad de que, frente a las necesidades que tienen cabida en el contrato fijo-discontinuo, solo pueda utilizarse esta modalidad. Por otro, es también muy significativa la desaparición de la regla del anterior art. 16.4 ET que permitía a los convenios colectivos de ámbito sectorial acordar, entre otras cosas, “los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos-discontinuos”. La idea de que los contratos temporales eran aplicables respecto de las actividades estacionales venía confirmada igualmente por el anterior art. 15.1.b) ET, en la medida en que permitía modificar “la duración máxima de estos contratos y el periodo dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir”. El TS había relativizado el alcance de la primera (sentencias 908/2016, 26 octubre, y 135/2018, 13 febrero); y ahora, desaparecen las dos. Ello permitiría quizá entender que la contratación para una actividad en la que puedan reconocerse los supuestos de utilización del contrato fijo-discontinuo ha de ser considerada como tal, sin necesidad de que se produzca la reiteración en un segundo momento.

Sin embargo, no estoy completamente seguro de esta conclusión. Aparte de que resultará complicado aplicarla en el nuevo horizonte en el que el contrato se extiende más allá de las actividades de temporada, continúan existiendo necesidades que tienen claramente esta naturaleza para las que se abre la puerta de la temporalidad: me refiero a la atención de las vacaciones de la plantilla, que sorprendentemente viene considerada de forma expresa, en contra de la interpretación jurisprudencial que se había consolidado antes de la reforma (cfr., entre otras, SSTs 745/2019, 30 octubre, y 983/2020, 10 noviembre), entre “las oscilaciones que generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere” (nuevo art. 15.2 segundo párrafo, ET); y lo mismo cabe decir de los 90 días en los que se pueden hacer contratos cortos por circunstancias de la producción en situaciones previsibles (cuarto párrafo).

3.2. La regulación del llamamiento

El llamamiento es, por supuesto, un elemento central de la regulación de la relación fija-discontinua. Aunque probablemente no sea necesario en todos los casos, no se establece ninguna excepción a la necesidad de realizarlo en razón a las características de la vinculación.

En todo caso, dentro de la intención declarada en el preámbulo de asegurar “la estabilidad, la transparencia y la previsibilidad del contrato a través de una mejora de la información sobre la jornada y los períodos de actividad en el contrato de trabajo”, el nuevo art. 16.3 ET establece específicos requisitos formales para su realización. Si, con anterioridad, el ET remitía la “forma” del llamamiento a lo establecido en el contrato de acuerdo con las previsiones del convenio aplicable,

ahora se establece un régimen mínimo legal puesto que “deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada”. De todos modos, es bien aconsejable que los convenios desarrollen estas para evitar los problemas que pueden derivar de la integración de los conceptos indeterminados que utiliza el precepto. No es de menor importancia, en este sentido, saber qué se ha de entender por “antelación adecuada”, no siendo fácil integrar el concepto por analogía. Podríamos desde luego pensar en la extensión de la regla del art. 12.5.d) ET (preaviso de tres días establecido para las horas complementarias). Pero ello puede ser adecuado en ciertos casos y no en otros en función de la duración de los tiempos de actividad e inactividad en cada contrato. No se resuelve, por otro lado, qué pasa si no se respetan las reglas en materia de forma del llamamiento. No existe un tratamiento específico en la LISOS por lo que habrá que pensar que se ha de resolver en el terreno estrictamente contractual, acaso mediante la extensión analógica del art. 12.5.f) ET.

En los casos en los que la reiteración de períodos de actividad tiene componentes aleatorios en cuanto a la cantidad de trabajo o a su duración, los criterios de ordenación del llamamiento son esenciales para ordenar las expectativas de quienes integran el colectivo fijo-discontinuo. Pese a este carácter clave, el nuevo art. 16.3 ET continúa sin establecer criterios de carácter supletorio. Ello no obstante, contiene algunas importantes novedades sobre la redacción anterior. De entrada, ya no son solo los convenios colectivos los encargados de fijarlos; es posible también que, en su defecto, sean fijados también por acuerdo de empresa. Por supuesto, a falta de uno u otro, habrá que pensar en la aplicación de la costumbre –que estará muy presente en algunos ámbitos más tradicionales de trabajo fijo-discontinuo–. Mas si esto es así, habrá que pensar igualmente en la posibilidad de que los contratos individuales fijen pactos respecto al funcionamiento al llamamiento, incluso diferentes a los que resulten de la costumbre (arg. *ex art.* 3.4 ET). En todo caso, incluso en este supuesto, el intento de incrementar la transparencia en el funcionamiento de la modalidad contractual hace que resulten de aplicación determinados límites puesto que los criterios de llamamiento deben ser “objetivos y formales”. Conviene, en fin, advertir que el nuevo segundo párrafo del art. 16.3 ET prevé que la empresa traslade anualmente a la representación legal “un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan”.

Por otro lado, como he apuntado más arriba, el nuevo art. 16.3 ET abre espacios a la negociación colectiva sectorial que podrá “establecer un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento a satisfacer por las empresas a las personas trabajadoras, cuando este coincida con la terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento”. En línea con lo que he indicado, diría que esta remisión no puede interpretarse como una reserva absoluta de contenidos para la negociación sectorial pues ello contravendría la lógica de la norma mínima. Habrá que pensar, por tanto, que, a falta de estipulaciones en el convenio sectorial, convenios o acuerdos de empresa podrán afrontar estas cuestiones que miran a mejorar la situación de los fijos-discontinuos. Otra cosa es que, existiendo una regulación sectorial, las posibilidades del convenio de empresa queden limitadas en los términos del art. 84.2.d) ET.

El precepto afronta, por último, los efectos del incumplimiento del llamamiento. La nueva redacción del tercer párrafo del art. 16.3 ET presenta, de entrada, dos diferencias en relación con la norma precedente, el art. 16.2 ET. De una parte, frente a la redacción anterior que reenviaba directamente al “procedimiento de despido”, la nueva alude, en plural, al ejercicio por las personas fijas-discontinuas de “las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento”. Seguramente, esta diferencia debe interpretarse en el sentido de que en torno al correcto desarrollo del llamamiento es posible ejercer acciones diferentes a la de despido. En este sen-

tido, por ejemplo, STS 25/2019, 15 enero, ya había reenviado al proceso ordinario la reclamación de cantidad derivada de no haberse prestado suficientes horas en un contexto en el que el convenio las garantizaba. Cabe pensar, igualmente, en el ejercicio de acciones colectivas en relación con otros aspectos. Lo que no parece es que implique una corrección de la doctrina jurisprudencial que excluye la posibilidad de reaccionar mediante la acción resolutoria del art. 50 ET por falta de ocupación efectiva, en lugar de a través del procedimiento de despido (STS 691/2018, 28 junio). De otra, si en la redacción anterior el *dies a quo* para el cómputo de prescripción o caducidad era “el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria”, en la introducida por el RDL 32/2021 se abre una alternativa “desde el momento de la falta de este (el llamamiento) o desde el momento en que la conociesen”. Ello se relaciona seguramente con las diferentes situaciones de trabajo-discontinuo que derivan de la ampliación del ámbito del contrato que ya ha sido examinada.

Lo que sigue sin resolverse expresamente es la tradicional cuestión del tratamiento procedimental de la falta de llamamiento, si se precisa en definitiva recurrir a los procedimientos de regulación temporal de empleo en caso de que un determinado período de actividad no pueda comenzar o, en atención a las circunstancias, no permita dar ocupación a la totalidad del colectivo. Seguramente se ha considerado que no hacía falta intervenir en este punto, aunque, tratándose de cuestión de tanta importancia, no es seguro que los criterios que resultan de la aplicación judicial sean lo suficientemente claros. En efecto, existe varios pronunciamientos que presuponen que la falta de llamamiento, cuando se debe al normal desarrollo de las previsiones del contrato, no requiere una formalización especial. En este sentido, las STS 23 y 24 abril 2012, recs. 3106/2011 y 3340/2011, han excluido que la falta de llamamiento por no haber suficiente trabajo constituya despido ni que, por tanto, deba hacerse formalmente mediante el oportuno procedimiento. Del mismo modo, el llamamiento paulatino, siempre que sea conforme a derecho, tampoco lo es (arg. ex STS 997/2017, 13 diciembre); y lo mismo cabe decir con el cese por finalización de la temporada (SSTS 942/2018, 31 octubre, y 974/2018, 22 noviembre). Pero, junto a estos pronunciamientos, existen sentencias que se mueven en la línea de entender que la falta de llamamiento, cuando está relacionada con causas empresariales, puede dar lugar a despido colectivo (entre otras, STS 296/2019, 9 abril, 214/2020, 10 marzo).

Desde mi punto de vista, aparte la lógica del sistema, en la reforma existe algún dato que abona la idea de que, cuando la falta de llamamiento –o circunstancias similares como la anticipación del cese de actividad– responda al normal desenvolvimiento del contrato fijo-discontinuo, no se precisa formalidad alguna. Obsérvese en este sentido en la regulación del período de actividad en la modalidad relacionada con la atención de contratadas o subcontratadas: en tanto se produce la recolocación, los fijos-discontinuos pasan a situación de inactividad, sin más trámite, y solo si pasa el plazo establecido, es preciso formalizar la situación.

3.3. Garantías del trabajo fijo-discontinuo

La Exposición de Motivos evoca la mejora de las condiciones de los fijos-discontinuos en un doble sentido. El primero de ellos se relaciona con el establecimiento de “un catálogo de derechos de las personas trabajadoras que, sin perjuicio de las especialidades asociadas a esta modalidad contractual, garantiza el principio de no discriminación e igualdad de trato”. En cuanto al segundo, se alude a que la “nueva regulación asegura, además, la estabilidad, la transparencia y la previsibilidad del contrato a través de una mejora de la información sobre la jornada y los períodos de actividad en el contrato de trabajo, otorgando un papel fundamental a la negociación colectiva, entre otros, en relación con régimen de llamamiento o la formación y mejora de empleabilidad de las personas fijas discontinuas durante los periodos de inactividad”.

3.3.1. Principio de igualdad de trato

La primera de estas ideas se concreta en el nuevo art. 16.6 ET que contiene dos reglas diferentes, aunque inspiradas en la misma lógica. La primera mira a garantizar la identidad de tratamiento en relación con “el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o los convenios colectivos”.

El establecimiento de esta regla es interesante en la medida en que por su carácter de indefinidos –y, ahora, por su exclusión del ámbito del contrato a tiempo parcial– podrían no estar cubiertos por las establecidas en las Directivas. Ello no obstante, su potencial innovador parece limitado. Por lo que he podido ver, nuestros Tribunales se han movido en esta línea con anterioridad. En este sentido, cabe traer a colación la STS 669/2016, 14 julio –necesidad de dar de alta y cotizar, aunque el trabajador se encuentre en IT cuando corresponde el llamamiento–; y más recientemente la STS 936/2020, 22 octubre, sobre días complementarios de vacaciones en los casos en que, por necesidades del servicio, estas no pueden disfrutarse en el período veraniego por las dificultades de conciliación familiar –sin perjuicio de aplicar el criterio de proporcionalidad–.

Más novedosa parece la previsión del segundo párrafo que podría suscitar alguna duda en relación con la doctrina del TS. Se establecen criterios sobre el cálculo de la antigüedad, fijando una regla y su excepción: “las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia”.

Por lo que se refiere al cálculo de los complementos salariales por antigüedad, la doctrina inicial del TS había indicado que para el devengo de trienios solo se consideraban períodos de actividad (cfr. STS 29/2018, 18 enero, seguida, entre otras, por SSTS 241/2018, 1 de marzo, o 164/2019, 5 marzo). Sin embargo, con posterioridad, el ATJUE 15 octubre 2019, C-439/18 y C-472/18, forzó un cambio interpretativo por imperativo del principio de igualdad, con base tanto en el Acuerdo Marco sobre Trabajo a Tiempo Parcial (Directiva 97/81/CE) como en la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Las sentencias más recientes (cfr. SSTS 210/2021, 1 febrero, 471/2021, 4 mayo, o 1002/2021, 13 octubre). Sin embargo, en relación con el cálculo de la indemnización por despido, el TS ha sostenido, incluso después de la intervención del TJUE, una solución diferente. En este sentido, la STS 730/2020, de 30 julio, seguramente para evitar la desproporción que se produciría de computar la totalidad de la relación si ello se proyecta sobre el salario del último mes trabajado, como se ha venido haciendo, ha decidido continuar considerando únicamente los períodos de actividad.

La incidencia de la nueva regla sobre este último aspecto es dudosa. Cabría, en una primera aproximación, entender que que la regla introducida por el RDL 32/2021 obliga a cambiar el sistema de cálculo de la indemnización, tomando en consideración la totalidad de la duración de la relación y no solo los períodos efectivamente trabajados. La necesaria proporción de la indemnización se mantendría en esta primera hipótesis considerando como base para el cálculo, no el salario del último mes trabajado sino el promedio mensual de las retribuciones del último año. Sin embargo, lo más probable es que estemos ante una de las excepciones que requieren un tratamiento distinto como los que autoriza el precepto “en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia”. Este es el criterio que han expresados varios de los comentarios del nuevo precepto (Beltrán de Heredia, 2022 § 1.18; García Ortega, 2022; Nogueira, 2022). Pero también es posible sostener que la regla introducida por el RDL 32/2021 obliga

a cambiar el sistema de cálculo de la indemnización, tomando en consideración la totalidad de la duración de la relación y no solo los períodos efectivamente trabajados. La necesaria proporción de la indemnización se mantendría en esta segunda hipótesis considerando como base para el cálculo, no el salario del último mes trabajado sino el promedio mensual de las retribuciones del último año. Es claro, en fin, que, en todo caso, los salarios de trámite, de existir, solo llegarán hasta el momento en que hubiera acabado la actividad (entre otras, SSTS 4 abril 2011, rec. 2175/2010, 24 septiembre 2012, rec. 2821/2011, y 2 julio 2013, rec. 2597/2012).

3.3.2. Mejora de la empleabilidad

Por lo que se refiere a la mejora de la empleabilidad de los trabajadores fijos-discontinuos, hay que llamar la atención, en primer lugar, sobre el derecho a la información sobre vacantes de carácter fijo ordinario establecido en el nuevo art. 16.7 ET. Este precepto, en paralelo con los derechos similares existentes en ET para trabajadores a tiempo parcial [art. 12.4.d) ET] y temporales (art. 15.7 ET), previene que “la empresa deberá informar a las personas fijas-discontinuas y a la representación legal de las personas trabajadoras sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes de carácter fijo ordinario, de manera que aquellas puedan formular solicitudes de conversión voluntaria, de conformidad con los procedimientos que establezca el convenio colectivo sectorial o, en su defecto, el acuerdo de empresa”. En esta misma línea se modifica el art. 6.5 LISOS para añadir el art. 16.7 ET en la infracción leve que se tipifica en aquel.

Por otro lado, el RDL 32/2021 aspira a que los períodos de inactividad se aprovechen para mejorar la situación laboral de las personas contratadas a través de esta modalidad. De entrada, conforme al nuevo art. 16.8 ET, “tendrán la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral durante los periodos de inactividad”. Dado que la posibilidad de participación de este colectivo en la formación programada por las empresas ya estaba prevista (art. 9.1 Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral; art. 5.1.a) RD 694/2017 3 julio, que la desarrolla), el énfasis en ella al ser considerado “prioritario” es una llamada de atención a los organizadores de las diferentes modalidades de formación.

Esta idea se reitera, por lo demás, en la regulación de la “bolsa sectorial de empleo” que los convenios sectoriales pueden constituir “con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua” durante los períodos de inactividad. Se trata de favorecer el agotamiento de las posibilidades existentes en el sector para mantener la ocupación del colectivo fijo-discontinuo. Pero habrá que ver cómo funciona habida cuenta las restricciones de la contratación temporal y, sobre todo, la evolución interpretativa que ha cerrado la puerta a la posibilidad, anteriormente admitida, de realizar varias campañas diferentes para una misma empresa (SSTS 29 junio y 15 julio 2010, recs. 3839/2009 y 2207/2009, y más recientemente 951/2020, 28 octubre).

3.4. Posibles correcciones de la protección social de los trabajadores fijos-discontinuos

Conviene notar, por último, que la revisión de las normas aplicables como consecuencia de la reforma laboral afecta también a la protección social de las personas trabajadoras fijas-discontinuas. A este tema se dedica la disp. final 6ª RDL 32/2021 que encomienda al Gobierno la regulación “en el marco de la reforma del nivel asistencial por desempleo, las modificaciones necesarias para

mejorar la protección del colectivo de fijos-discontinuos, permitiéndoles el acceso a los subsidios por desempleo, en las mismas condiciones y con los mismos derechos que se aplican al resto de personas trabajadoras por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social protegidos por la contingencia de desempleo”.

Dado que, conforme al art. 277.4 LGSS, pueden acceder con normalidad a los subsidios por desempleo tanto en los casos de agotamiento de prestación contributiva [art. 274.1, letras a) y b), LGSS] como si no accedieron a ella por defectos en la cotización (art. 274.3 LGSS), la equiparación de los fijos-discontinuos que se prevé en el nuevo precepto se refiere bien a la limitación de la cotización que se considera a efectos de calcular la duración del subsidio –que es “equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud”– y a la exclusión del acceso al subsidio para mayores de 52 años “mientras mantengan dicha condición”.

Diría, en todo caso, que las cuestiones en materia de protección social de este tipo de trabajadores no se agotan en relación con los subsidios del nivel asistencial del desempleo. Hemos visto recientemente como, en función del sistema de cotización que la empresa aplique, pueden referirse también al acceso al nivel contributivo. Si a pesar de la reiteración, la empresa ha aplicado las reglas de cotización del art. 65.3 del Reglamento General de Cotización, una trabajadora que presta servicios todos los años desde el 1 o el 2 de junio hasta completar las horas pactadas, incluyendo las complementarias, no puede acceder a las prestaciones contributivas (cfr. STS 646/2021, 23 junio). A la vista del incremento de los problemas de superposición entre contratación fija-discontinua y a tiempo parcial a los que me he referido más arriba, creo que no estaría de más clarificar este tipo de cuestiones en una norma de rango adecuado –y no en el boletín de *Noticias RED*–.

Referencias bibliográficas

- BELTRÁN DE HEREDIA, I., “El contrato fijo-discontinuo y los contratos temporales”, <https://ignasilbeltran.com/los-contratos-temporales-laborales/#%C3%ADndice> (acceso 24 enero 2022).
- GARCÍA ORTEGA, J., “El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”, en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf> (acceso 17.01.2022)
- GOERLICH PESET, J.M., “Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga conclusión?”, *Temas Laborales* 61/2001, pp. 125 ss.
- NOGUEIRA, M., “En búsqueda de la estabilidad perdida: la reforma de los fijos discontinuos y del contrato “fijo” de obra en el sector de la construcción”, *Almacén de Derecho*, 10 enero 2022.
- SALA, T., LÓPEZ TERRADA, E. y TODOLÍ, A., *Jurisprudencia social a debate*, València (Tirant), 2015.
- VICENTE-PALACIO, A., “Obituario. Contrato para obra o servicio determinado: descanse en paz. ¡Viva el contrato fijo-discontinuo!, en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/obituario-arantcha.pdf> (acceso 17.01.2022).

La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre

Section 42 ET Amendment

Luis Enrique Nores Torres*

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universitat de València*

ORCID ID: 0000-0001-6128-8552

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6640>

Resumen: El Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, ha modificado distintos preceptos del *Estatuto de los Trabajadores*, entre ellos, el art. 42, que impone sobre el empresario que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios pertenecientes a su propia actividad una responsabilidad solidaria sobre ciertas obligaciones contraídas por el contratista y el subcontratista con sus trabajadores, siempre que hayan nacido durante la vigencia de la contrata. El objeto de este trabajo es dar cuenta de los cambios introducidos por la reforma en esta institución.

Palabras clave: externalización, descentralización productiva, contratas de propia actividad, responsabilidad solidaria, reforma legislativa.

Abstract: Real Decreto Ley 32/2021, December 28 th, has modified different parts of the *Estatuto de los Trabajadores*, among them, section 42. That section sets up over the employer who outsource his production a joint and several liability on certain obligations contracted by the contractor and the subcontractor with their workers, but just in case that these obligations were born within the term of the outsourcing. The purpose of this paper is to outline the contour and content of the legislative reform on section 42 ET.

Keywords: outsourcing; core business; jointly and several liability; legislative reform.

1. Introducción

1. La reforma del régimen de la contratación y subcontratación de obras y servicios, contenido en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), era algo “esperado” desde hacía algún tiempo, tanto en el sentido de “creencia” como en el de “esperanza” según los significados que asigna el diccionario de la RAE al término entrecomillado en sus dos primeras acepciones¹.

*lenores@uv.es

¹ Esperar, del latín *sperare*: 1. Tr. Tener esperanza de conseguir lo que se desea. 2. Tr. Creer que ha de suceder algo, especialmente si es favorable.

1.1. En efecto, debe tenerse en cuenta que el precepto indicado ha tenido una cierta estabilidad normativa a lo largo de su vigencia, sin que los rasgos esenciales del mismo hayan experimentado grandes alteraciones desde el ET de 1980 hasta nuestros días. En este sentido, las previsiones contenidas en dicho cuerpo normativo, procedentes de normas previas, pasaron sin alteraciones al texto refundido de 1995. Con posterioridad, las reformas que incidieron en el artículo señalado, llevadas a cabo en los años 2001, 2006 y 2012², ni modificaron su presupuesto aplicativo (la existencia de una contrata perteneciente a la propia actividad), ni su consecuencia jurídica esencial (el establecimiento de una responsabilidad solidaria del comitente respecto las obligaciones salariales y de seguridad social contraídas por el contratista durante la vigencia de la contrata), sino que tuvieron un alcance mucho más limitado, afectando tan sólo a ciertas cuestiones de carácter técnico-gramatical, al límite “material” de la responsabilidad del principal (supresión de la referencia al límite de “*lo que le correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo*”), a los derechos de información, consulta y participación ligados a estos fenómenos y al plazo de exigibilidad de la responsabilidad en materia de Seguridad Social.

1.2. La mencionada estabilidad normativa, desde luego, ha repercutido en que la reforma del marco regulador de la subcontratación se apreciase como algo necesario. Y es que, junto a las habituales dudas aplicativas e interpretativas que genera todo precepto, el tiempo transcurrido desde sus orígenes había ido provocando un profundo distanciamiento entre la norma y la realidad normada, de manera que resultaba preciso ajustarlo, por un lado, al actual panorama productivo, con una descentralización muy distinta a la que había servido de referente al legislador tanto en términos cuantitativos como cualitativos; por otro, a las necesidades derivadas de ese nuevo marco, singularmente, tratando de superar la visión de la norma como un mecanismo protector frente eventuales situaciones de insolvencia o inconsistencia económica, dotándola de medidas que permitieran atajar la precariedad del sector.

2. Esta necesidad de una reforma sistemática del precepto había calado en algunos partidos políticos y en los interlocutores sociales, manifestándose en diferentes propuestas que, con diverso alcance, se habían ido produciendo a lo largo de los últimos años; por supuesto, tampoco el debate doctrinal sobre la materia ha permanecido al margen, sino que, bien al contrario, ha sido muy vivo.

2.1. En todo caso, si nos centramos en el primer terreno³, el repaso a las propuestas más significativas habidas desde la última modificación del precepto en el año 2012 debe tomar como punto de partida la proposición de ley presentada por el PSOE en abril de 2016, durante la XI Legislatura, con

² RDL 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad, y posterior Ley 12/2001, de 9 de julio; RDL 6/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, y posterior Ley 43/2006, de 29 de diciembre; Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

³ Las aportaciones doctrinales sobre la materia son muy abundantes por lo que su cita detallada se presenta como algo complejo, con el riesgo de incurrir en lamentables olvidos; no obstante, a mi juicio, los términos del debate se pueden reconstruir con tres grandes aportaciones: por un lado, con las ponencias y comunicaciones presentadas en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la AEDTSS, celebradas en Santiago de Compostela en 2018, publicadas en el volumen coordinado por la AEDTSS bajo el título *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid, CINCA, 2018; asimismo, por su alcance específicamente propositivo, SALA FRANCO, Tomás; NORES TORRES, Luis Enrique; CALVO RODRÍGUEZ, Esteban, “La subcontratación”, en: SALA FRANCO, Tomás, *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Madrid, Ediciones Francis y Taylor, 2018, pp. 177-186; en fin, por su contenido y carácter reciente, resulta ineludible la cita a DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “Marco laboral de la descentralización productiva. Problemas y propuestas de reforma”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 444, 2020, pp. 125-156.

la que se perseguía redefinir el ámbito de aplicación del precepto, dotando de un significado algo más preciso a la expresión contrata de propia actividad, así como avanzar en la equiparación de condiciones de los trabajadores de la contratista con las aplicadas a los trabajadores de la empresa principal⁴. La iniciativa caducó con la disolución de las Cortes y se volvió a presentar en idénticos términos en septiembre de 2016, durante la XII Legislatura⁵. Esta “segunda” iniciativa, al margen de una tramitación “compleja”⁶, tuvo una serie de enmiendas que proponían, además de una redacción diversa y una delimitación más precisa del supuesto, la adopción de cambios mucho más profundos no solo en materia de responsabilidades (ya no limitadas a la materia salarial) y de condiciones aplicables en los supuestos de descentralización vía contrata (equiparación a los trabajadores de la empresa principal si eran de propia actividad; al convenio de sector de la actividad contratada en caso contrario), sino también a otros aspectos relacionados con la subcontratación, como desvincular la contratación temporal de las contrataciones o la interacción con el art. 44 ET en los casos de sucesión⁷. La reforma del art. 42 ET reaparece en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 2018, donde se insta al Gobierno para la modificación del precepto de manera que no se incentive la competencia desleal entre empresas, ni la degradación de las condiciones de empleo, resultando imprescindible la garantía de las condiciones laborales⁸ y desde ahí se retoma en el Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social de octubre de 2018.

No obstante, la legislatura se cerró sin ningún avance en la materia y hay que esperar a los acuerdos alcanzados tras las elecciones generales de noviembre de 2019 para encontrar nuevos movimientos en este terreno. Así, en el Acuerdo “Coalición Progresista. Un nuevo acuerdo para España”, suscrito entre Unidas Podemos y el PSOE el 30 de diciembre de 2020 para conformar las bases del gobierno de coalición, está presente la referencia al propósito de modificar el art. 42 ET “*a efectos de limitar la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa*”, es decir, en unos términos mucho más parcos de lo que se había discutido hasta ese momento y a la vez con una orientación un tanto diversa, asumiendo un tono restrictivo en el uso de la figura. En fin, la reforma del régimen de subcontratación está presente también en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, adoptado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2021 y aprobado por las instituciones europeas el 13 de julio de 2021, en concreto, se trata de una de las reformas identificadas en el Componente 23 sobre “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”.

2.2. La lectura de estos materiales, así como de las distintas elaboraciones doctrinales, permite identificar los principales puntos en los que se centraba el debate de la reforma de la institución. El contenido de tales propuestas podría ordenarse sistemáticamente en tres grandes aspectos.

- a) Un primer foco de atención era el relativo a la propia admisibilidad o no del recurso a la descentralización y las eventuales restricciones, más o menos intensas, al empleo de estos

⁴ Proposición de Ley 122/000020, presentada por el Grupo Socialista, sobre modificación del art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados, BOCG de 1 de abril de 2016, núm. 27-1.

⁵ Proposición de Ley 122/000015, presentada por el Grupo Socialista, sobre *modificación del art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados*, BOCG de 9 septiembre de 2016, núm. 25-1.

⁶ Al respecto, debe recordarse el veto del Partido Popular a su tramitación sobre la base de la alteración de su política presupuestaria, el rechazo de la Mesa del Congreso al veto y el conflicto constitucional promovido por el Gobierno que desembocaría en la STC 44/2018, de 26 de abril.

⁷ Enmiendas a la proposición 122/000015 (reforma del art. 42 ET), presentadas por el Grupo Confederal Unidos-Podemos -En Comú Podem-En Marea, BOCG 3 de mayo de 2017, núm. 25-4.

⁸ Resolución de 17 de julio de 2018 de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el texto del IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, BOE 18 de julio de 2018.

- modelos organizativos. En efecto, alguna de las propuestas había pretendido limitarlo a servicios muy específicos y, en todo caso, negarlo en ciertas actividades consideradas como peligrosas.
- b) Una segunda cuestión de gran relevancia ha sido la relacionada con la delimitación del supuesto de hecho, en concreto, la determinación del significado atribuible al término “contrata” y a la expresión “propia actividad”. Aquí, las propuestas barajadas han oscilado desde los intentos definitorios con pretendidas dosis de mayor precisión, más o menos afortunados, hasta el cambio de criterio determinante de la aplicación del precepto o, incluso, la extensión de las previsiones a todo fenómeno de subcontratación.
 - c) En fin, el tercer gran eje era el atinente a la determinación de las consecuencias jurídicas vinculadas al fenómeno. Los términos del debate en este caso parten de la delimitación de la responsabilidad solidaria existente en materia salarial y de seguridad social y la eventual modificación de su naturaleza, alcance y extensión (¿solidaridad o fianza solidaria?; ¿solidaridad o subsidiariedad?; ¿salariales o laborales?), pero también plantean la imposición de una eventual equiparación de las condiciones laborales aplicables a los trabajadores de la contratista con las que se aplican a los trabajadores de la empresa principal, o la garantía de la aplicación del convenio sectorial, bien de la empresa principal, bien de la actividad contratada.

2. La reforma del art. 42 ET: el apartado sexto tras el RDL 32/2021

3. En este contexto, la reforma introducida por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, tiene un alcance mucho menos ambicioso (o, si se prefiere, más limitado) de lo que apuntaban las propuestas previas, incluso, los antecedentes inmediatos.

3.1. De entrada, hay un conjunto de modificaciones en el lenguaje empleado por el precepto que, en gran medida, responden al objetivo de ajustarlo para tratar de superar el uso sexista y no inclusivo del mismo. En este sentido, el término “trabajador/-es” se sustituye por “persona/-s trabajadora/-s”; las expresiones “representantes legales de los trabajadores” o “representación legal de los trabajadores” por “representación de las personas trabajadoras” o “representación de personas trabajadoras”⁹; o, más significativo, la frase relativa a las obras contratadas por “un cabeza de familia” se sustituye por la de las obras contratadas “por una persona” respecto su vivienda, con independencia del género, pero también del tipo de hogar. Igualmente, a este objetivo responde el reemplazo del vocablo “empresario” por “empresa” o, en la misma línea, la de la referencia al (empresario) contratista o subcontratista por “la empresa contratista o subcontratista” (eso sí, con algún olvido, como en el art. 42.2.I ET, donde se mantiene una referencia a las obligaciones contraídas por “los” contratistas y subcontratistas) u otras similares, como la de “aquellos” (empresarios) por “aquellas” (empresas) o “dichos” (empresarios) por “dichas” (empresas).

3.2. Pero, sin lugar a dudas, el cambio más relevante es el nuevo apartado sexto del art. 42 ET que, al margen de desplazar un número los apartados 6 y 7 (ahora 7 y 8), trata de resolver la espinosa cuestión relativa al convenio colectivo aplicable a la empresa contratista o subcontratista en unos términos algo complejos:

⁹ En este último caso, la falta del artículo femenino plural “las” antes de personas trabajadoras parece un olvido.

“El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III.

No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del art. 84.”

4. Así pues, ningún cambio se introduce en otras cuestiones de relevancia que, según se ha apuntado, habían integrado el debate previo a la reforma, no solo en el terreno doctrinal, sino sobre todo en el ámbito político y en el parlamentario. En efecto, ninguna restricción aparece en cuanto a los supuestos en los que cabe recurrir a la descentralización vía contrata; ninguna modificación en cuanto al ámbito de aplicación del precepto y su delimitación; ninguna modificación tampoco en la regulación del supuesto “exonerador” de responsabilidades; ningún cambio en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad o su extensión; sin rastro de la imposición de la equiparación de condiciones al estilo de la LETT. En definitiva, el resultado final es mucho más limitado de lo que se pensaba y se ciñe a esa determinación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista y a esa apuesta por el convenio sectorial correspondiente a la actividad desarrollada en la contrata o en la subcontrata, si bien acompañada de una serie de excepciones que están presentes en el propio precepto y en la nueva disposición adicional vigesimoséptima. En todo caso, antes de descender a la interpretación de estas previsiones, resulta preciso afrontar como cuestión previa la relativa al alcance de los mandatos contenidos en el precepto.

2.1. El alcance del art. 42.6 ET: ¿contratas o contratadas de propia actividad?

5. En efecto, una primera cuestión que debe resolverse se relaciona con el alcance material del precepto, en concreto, si resulta aplicable únicamente a las contratadas en las que concurre la nota de la propia actividad o, diversamente, a todo tipo de contrata, sean o no de la propia actividad.

5.1. En el primer sentido, se podría argüir que la tutela dispensada por el art. 42 ET para los trabajadores que prestan servicios a través de una contrata, consistente en la imposición de una responsabilidad solidaria, se prevé tan solo para los supuestos en que la misma pertenezca a la propia actividad; por su parte, las previsiones aplicables a todo tipo de contrata se relacionan con ciertos aspectos “colectivos”, como los derechos de información, las actividades de representación o el ejercicio del derecho de reunión¹⁰. Así las cosas, la nueva previsión entroncaría más con el primer tipo de contenidos y, en consecuencia, requeriría de la concurrencia del requisito de la propia actividad para desplegar su eficacia. En esta línea se han pronunciado algunos autores que aportan argumentos adicionales en defensa de su postura¹¹: por un lado, se ha razonado sobre la base del “*iter legislativo*” del precepto, en concreto, destacan el dato de que en el último borrador del precepto, tras indicarse que a los trabajadores de la contratista se les aplicaría el convenio sectorial de la actividad contratada desarrollada en la contrata o subcontrata, se incluía la frase “*corresponda esta a*

¹⁰ Estas previsiones se introdujeron con la reforma de 2001 y, desde las primeras interpretaciones, se consideró que resultaban aplicables a todo tipo de contrata. Al respecto, *vid.* CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “La subcontratación de obras y servicios tras el Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo”, EN: ALBIOL MONTESINOS, Ignacio; CAMPS RUIZ, Luis Miguel; GOERLICH PESET, José M.^a, *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 69-72.

¹¹ DE CASTRO MARÍN, Emilio, “La reforma del art. 42 del ET y su necesaria contextualización: ¿decepción o baño de realidad?”, *Diario La Ley*, 30 diciembre 2021, pp. 14 y ss.

la actividad propia de la principal o a otra distinta”, con lo que la supresión de tal referencia abonaría la tesis de que la previsión se dirige ahora tan solo a las contratadas de propia actividad; por otro lado, también se acude a la nota de prensa sobre la reforma publicada por la vicepresidencia segunda, el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en la que literalmente se indica “*La nueva norma regula, por tanto, en base a la actividad propia de la empresa. En el caso de que realice actividades esenciales para el desarrollo de la empresa se aplicar (sic) a las personas trabajadoras el convenio sectorial de la actividad que desarrolla la contrata o subcontrata*”¹². En fin, la propia Exposición de Motivos del RDL 32/2021, al ejemplificar sobre las situaciones que se pretenden atajar, lo hace recurriendo a un supuesto de propia actividad, como es la labor desarrollada por las “camareras de piso”.

5.2. No obstante, estos razonamientos no son decisivos e, incluso, algunos de ellos también podrían ser empleados en sentido contrario y, de ese modo, sostener que el nuevo apartado resulta aplicable a todo tipo de contrata y no solo a aquellas en las que concurra la nota de la propia actividad. Por lo demás, este segundo entendimiento contaría con argumentos adicionales para su defensa.

- a) De entrada, en el primer sentido, cabe indicar que, si se acude a los trabajos preparatorios, en alguna de las propuestas formuladas no solo se aludía a los “dos tipos de contratadas” (las pertenecientes a la propia actividad y las restantes), sino que además se les dispensaba de un régimen diverso: en las primeras se aplicaba el convenio de la empresa principal; en las segundas, el sectorial de la actividad desarrollada en la contrata, que es justo la solución que recoge el art. 42.6 ET. Ello pondría sobre la pista de que la solución adoptada es la que se barajaba para las contratadas ajenas a la propia actividad, luego no parece extraño que se aplique a toda contrata. Por lo que respecta a la nota de prensa, al margen de que no tiene un valor jurídico, lo cierto es que contiene diversas imprecisiones; sin ir más lejos, la aplicabilidad del convenio de empresa se vincula al dato de que éste sea más favorable, algo que, aun siendo muy conveniente, no aparece en el texto aprobado. Por último, en cuanto a la exposición de motivos, a pesar de que el ejemplo proporcionado en la misma (camareras de pisos) se relacione con una contrata que tendría acomodo en la noción de propia actividad, lo cierto es que a lo largo de la misma resulta evidente la pretensión del legislador de atajar la precariedad en las contratadas sobre actividades auxiliares, pertenezcan o no al ciclo productivo de la empresa principal.
- b) Ello enlaza con los argumentos adicionales para sostener el alcance general del precepto, pues, precisamente, el primero sería el de la *ratio legis*. Y es que, según se ha avanzado, la finalidad perseguida por la norma sería la de atajar los abusos que se cometen en este tipo de actividades, por lo que no tendría sentido dejarlas al margen. En segundo lugar, la ubicación sistemática del precepto también abona esta interpretación, ya que aparece situado entre dos bloques de apartados cuya aplicación alcanza a todo tipo de contrata (apartados 4 y 5, sobre obligaciones informativas, y apartados 7 y 8, sobre ejercicio de los derechos de representación y el derecho de reunión)¹³.

¹² La nota aparece en: <https://documentacion.eu/notas-de-prensa/2021/20211228-Nota-de-prensa-reforma-laboral.pdf>, [consulta:30 de diciembre de 2021].

¹³ BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi, “La nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): Impacto en contratadas y subcontratadas y el “trabajo externalizado” (primeras valoraciones sobre los nuevos arts. 42.6, 84.2, 15 y 16 ET)”, en: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratadas-y-subcontratadas-y-el-trabajo-externalizado-primeras-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/>, [consulta: 29 de diciembre de 2021].

2.2. El contenido del art. 42.6 ET

6. Una vez delimitado el alcance del precepto, se puede descender al análisis de su contenido. Y al respecto, de entrada, cabe señalar que el art. 42.6 ET se estructura sobre una suerte de “regla general” –el convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas y contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata– y unas excepciones recogidas en el propio precepto, a las que hay que añadir la presente en la nueva Disposición Adicional 27ª ET introducida por el apartado quince del artículo primero del RDL 32/2021. La regulación, a mi juicio, arranca del intento por resolver un problema “concreto” que se presenta en un espacio específico, elevando la solución a categoría general, con los problemas que este método acarrea.

6.1. En este sentido, el punto de partida sería el de la precarización de las condiciones laborales, singularmente, cuando la externalización se efectúa por medio del recurso a empresas multiservicios.

6.2. A partir de ahí, la solución general que intenta proporcionar para atajar el problema –aplicación del convenio sectorial de la actividad contratada– se aplica a todo tipo de contrata, con independencia de que se efectúe a través una empresa multiservicios o no, eso sí, con unas excepciones algunas de las cuales podrían poner en peligro el objetivo perseguido.

2.2.1. La regla general: aplicación del convenio sectorial de la actividad contratada

7. En efecto, tal y como se ha avanzado, el punto de partida que adopta el precepto es el de la aplicación a los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista del convenio sectorial correspondiente a la actividad contratada. Así, si se ha encomendado la limpieza, será el convenio de limpieza; si se ha encomendado la restauración colectiva, el de colectividades; si fuese vigilancia, el de empresas de seguridad, etc.; y ello con independencia de la actividad que desarrolle la empresa principal.

7.1. Así pues, la solución escogida se aparta de aquellas propuestas iniciales que apostaban por la aplicación del convenio que regía para la empresa principal o de aquellas otras que matizaban en función de que la contrata fuese de propia actividad (aplicación del convenio de la empresa principal) o no lo fuese (aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata), asumiendo la que había sostenido la jurisprudencia previa para la descentralización efectuada por medio del recurso a empresas multiservicios¹⁴. En este sentido, refrenda las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo que habían atajado las loables maniobras efectuadas desde ciertos convenios de sector dirigidas a extender su radio de acción hacia todas las empresas que actuasen en el mismo, con independencia de la actividad desarrollada, precisamente para poner freno a la precariedad¹⁵. Igualmente, va en línea con las previsiones presentes en la Ley de Contratos del Sector Público, donde también se apuesta por la aplicación de las previsiones contenidas en el convenio sectorial, si bien en dicho terreno se efectúa de un modo más incisivo, a juzgar por las previsiones contenidas en los arts. 122, 149 y 202 de la LCSP. Por lo demás, se trata de una solución que también está presente en algunos modelos de derecho comparado, pertenecientes a sistemas de relaciones laborales de nuestro entorno próximo como, por ejemplo, Italia¹⁶.

¹⁴ STS de 11 de junio de 2020 (Rº 9/2019, Sala de lo Social).

¹⁵ SsTS de 12 de febrero de 2021 (Rº 2839/2019, Sala de lo Social) y de 11 de noviembre de 2021 (Rº 3330/2019, Sala de lo Social).

¹⁶ Al respecto *vid.*, NORES TORRES, Luis Enrique; PENSABENE LIONTI, Giuseppina, “El alcance aplicativo del art. 42 ET: algunas propuestas a la luz del derecho comparado”, en: AEDTSS, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Vol. 2, Madrid, CINCA, 2018.

7.2. Con todo, en términos de lucha contra la precariedad, todavía queda lejos de la aspiración a la eliminación de la desigualdad en trabajos de igual valor y a la equiparación de condiciones, presentes en algunas propuestas iniciales y en la propia exposición de motivos, pues la medida aprobada es mucho más limitada, ya que se ciñe a apostar por la aplicación del convenio correspondiente al sector de la actividad desarrollada, lo que no es necesariamente negativo; con todo, ello se acompaña de una serie de excepciones que pueden restar efectividad a la medida y al objetivo pretendido.

2.2.2. Las excepciones al mandato general

8. Y es que, la aplicación del mandato general contenido en el art. 42.6 ET cede en una serie de circunstancias previstas en el propio precepto a las que hay que añadir otra recogida en la nueva Disposición Adicional 27ª ET.

8.1. La primera excepción aparece en el primer apartado del art. 42.6 ET, donde se alude como salvedad a la existencia de “...otro convenio sectorial conforme a lo establecido en el título III”. La alusión, tildada de “enigmática” por algunos autores, permite que se aplique un convenio sectorial diverso al de la actividad contratada o subcontratada, eso sí, en la medida en que así resulte de “lo establecido en el título III”, algo que cabrá interpretar como una referencia, fundamentalmente, a los arts. 83, 84 y 86 ET. A partir de ahí, surge la duda relativa a qué convenio se refiere.

En este punto, en principio, cabría entender que ese otro convenio sectorial podría ser el del sector al que pertenece la empresa principal o comitente, si bien ello iría en contra de las últimas soluciones alcanzadas en sede jurisprudencial y a las que ya se ha aludido en otro lugar de este trabajo¹⁷: externalizada la actividad de limpieza por un establecimiento hostelero, se considera aplicable a los trabajadores afectos a la contrata el convenio colectivo de limpieza y no el de hostelería.

Así pues, cabe apostar por una segunda posibilidad, de conformidad con la cual ese otro convenio sectorial bien podría ser un convenio de sector que fuese aplicable a las contratistas o subcontratistas. Desde esta perspectiva, la previsión apenas tendría trascendencia para aquellas empresas que desarrollan exclusivamente la actividad cuya ejecución han recibido como encargo, pues “su” convenio sectorial, sería el mismo convenio sectorial de la actividad contratada o subcontratada; en cambio, sería relevante para aquellas empresas que desarrollan diversos tipos de actividades auxiliares, como las multiservicios o los centros especiales de empleo, si bien estos últimos quedan al margen de la aplicación del precepto por acción de lo establecido en la nueva DA 27ª ET. Por lo tanto, la finalidad de la excepción casi quedaría limitada a dejar la puerta abierta a un eventual futuro convenio sectorial para empresas multiservicio.

8.2. Los términos de la segunda excepción (*No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del art. 84*) determinan que se pueda aplicar el convenio propio de la empresa contratista, eso sí, en los términos del art. 84 ET. Esta previsión, contenida en el párrafo segundo del art. 42.6 ET, se está interpretando como que, teniendo en cuenta la nueva regulación de la prioridad aplicativa del art. 84.2, los aspectos salariales serán siempre los del sector. Y, sin embargo, por hipótesis, ello no tiene por qué ser necesariamente así, pues no hay que olvidar que el art. 84.2 ET aparece como una excepción a lo

¹⁷ SsTS de 12 de febrero de 2021 (Rº 2839/2019, Sala de lo Social) y de 11 de noviembre de 2021 (Rº 3330/2019, Sala de lo Social).

establecido en el art. 84.1 ET, donde se prohíbe la concurrencia y se concede prioridad al convenio anterior en el tiempo¹⁸.

Así las cosas, a mi juicio y con las cautelas oportunas, si el convenio de empresa fuese previo, se aplicaría este sobre el sectorial (incluidos los aspectos salariales), según se deriva del art. 84.1 ET, con independencia de su contenido; diversamente, si el convenio de empresa fuese posterior, podrá resultar aplicable, pero teniendo en cuenta el juego limitado que tiene ahora la preferencia aplicativa del art. 84.2 ET. Y ello a pesar de que en la nota de prensa de la Vicepresidencia y el Ministerio se indique que “*El convenio de empresa solo podrá aplicarse por la contratista si determina mejores condiciones salariales que el sectorial que resulte de aplicación*”, algo que hubiera sido conveniente introducir en el texto aprobado. Por lo demás, para aquellos convenios de empresa aprobados por la vía del 84.2 ET tras la reforma de 2012, habrá que tener en cuenta el régimen transitorio introducido por el RDL 32/2021.

8.3. En fin, la última excepción se contiene en la nueva disposición adicional 27ª ET, de conformidad con el cual el art. 42.6 ET no se aplica a los centros especiales de empleo.

La previsión conecta con el problema relativo a la sujeción de tales centros a las cláusulas subrogatorias establecidas en determinados convenios sectoriales (en concreto, limpieza) cuando tales centros concursan en la adjudicación de una contrata. El TS había entendido aplicables tales cláusulas, a pesar de que los centros especiales de empleo contasen con un convenio sectorial propio¹⁹.

La comentada disposición adicional obligaría ahora a revisar esta solución, salvo que se entendiese que la exclusión de la aplicación del art. 42.6 ET para estos centros solo rige a efectos de las condiciones aplicables a los trabajadores inmersos en la contrata, pero no respecto la subrogación, algo que, por lo demás, no tendría demasiado sentido. En todo caso, la solución legislativa resulta criticable, pues estamos en un terreno donde hay amplias bolsas de precariedad en las condiciones de trabajo.

3. Un pequeño balance final

9. Al principio de este trabajo, aludía a que la reforma en materia de subcontratación era una reforma esperada tanto en el sentido de creencia de que era algo que iba a suceder, como en el de tener esperanza de que algo ocurra. Pues bien, aunque resulta obvio que ha sucedido, no es tan claro que las “esperanzas” depositadas se hayan visto colmadas. En efecto, los resultados alcanzados han sido inferiores o más limitados de lo que se esperaba. Algunos planteamientos, como determinadas restricciones en el recurso a la subcontratación, resulta lógico que se hayan abandonado, pues eran difícilmente conciliables con el reconocimiento de la libertad de empresa en el texto constitucional, dada la conexión del recurso de la subcontratación con la misma, según ha indicado el TS²⁰. En cambio, seguramente se podría haber incidido en otros aspectos anunciados en distintos momentos, como la naturaleza de la responsabilidad, el alcance de las obligaciones asumidas, la equiparación de condiciones o el deber de comprobación.

9.1. De entrada, por lo que respecta a la naturaleza de la responsabilidad, al margen de la discusión sobre la oportunidad o no de sustituir la actual responsabilidad solidaria por la subsidiaria²¹,

¹⁸ Sobre el tema *vid.* LÓPEZ TERRADA, Eva “Nuevos puntos críticos sobre la prohibición de concurrencia de convenios colectivos, su término final y sus excepciones”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 48, pp. 70 y ss.

¹⁹ STS de 21 de octubre de 2010 (Rº 806/2010, Sala de lo Social).

²⁰ SsTS 17 de diciembre de 2001 (Rº 244/200), de 2 de marzo de 2009 (Rº 1605/2008), de 21 de enero de 2020 (Rº 159/2018) o de 18 de marzo de 2020 (Rº 209/2018), todas de la Sala de lo Social.

²¹ Al respecto, *vid.* Sala Franco, Tomás; Nores Torres, Luis Enrique; Calvo Rodríguez, Esteban, “La subcontratación”, *op. cit.*, p. 185.

resultaría conveniente aclarar que, en realidad, estamos ante una fianza solidaria, con lo que ello implica en términos de régimen jurídico, de manera especial, en lo relativo al cálculo de los plazos y a la interrupción de la prescripción, así como en cuanto a las acciones con las que cuenta el comitente frente al contratista en los supuestos en que haya asumido la responsabilidad.

9.2. Un segundo aspecto relacionado con los efectos en el que se podría haber incidido es el relativo al alcance de obligaciones asumidas. Y, en este punto, más allá de la posibilidad de acercar el régimen del art. 42 ET al del art. 44 ET, en el sentido de no limitarlo a las obligaciones de “naturaleza salarial” –con las dificultades exegéticas que ello genera al tiempo de su concreción– y extenderlo a todo tipo de obligaciones, sigo considerando que sería conveniente una regulación más ambiciosa que incluyese, adicionalmente, la equiparación de derechos entre los trabajadores de la empresa contratista y los de la empresa principal²² por diferentes razones: por un lado, una previsión de este tipo podría repercutir en el abandono de las razones “*patológicas*” que muchas veces influyen en el recurso a la descentralización productiva, ayudando a que esta técnica organizativa se emplease de una forma más pura, vinculada a razones de carácter “*fisiológico*”, saneándose así el mercado de las contrata; por otro lado, una medida de este corte, unida a la reformulación del supuesto de hecho, se presenta como un importante correctivo a la proliferación de empresas multiservicios cuyas actuaciones quedan claramente al margen de las previsiones contenidas en la Ley 14/1994 y habitualmente también de las establecidas en el art. 42 ET, algo que sería beneficioso no sólo para los trabajadores implicados, sino también para una competencia leal entre ETs y empresas multiservicios.

9.3. Finalmente, por lo que respecta al deber de comprobación de descubiertos en materia de Seguridad Social y los efectos de la certificación emitida por la TGSS, debe señalarse que el sistema vigente, al margen de las deficiencias técnicas que presenta, resulta abiertamente mejorable en distintos aspectos. Así, por ejemplo, la propia exoneración de responsabilidades en los supuestos de silencio por parte de la TGSS o, incluso, en los de certificación negativa, carece de sentido; en tales casos, sería más acertada su subsistencia, sin perjuicio de que las empresas hacia las que se ha extendido la responsabilidad pudieran dirigirse contra la Administración cuando el defectuoso funcionamiento de esta les hubiese generado responsabilidades. Por otra parte, un correcto funcionamiento de este deber de comprobación exigiría que tuviese un carácter cíclico, esto es, que se desarrolle de modo regular a lo largo de la vigencia de la contrata, como sucede en el ámbito tributario; de ese modo, la exoneración sería por el período certificado; e igualmente se podría pensar en buscar algún mecanismo exonerador respecto las obligaciones “salariales” (o, laborales, si se extendiese a todas ellas), potenciando la inclusión de cláusulas contractuales que permitiesen rescindir la contrata cuando se detectasen los incumplimientos laborales.

10. Al inicio de este trabajo, aludía a que la reforma en materia de contratación y subcontratación de obras y servicios era una reforma esperada, tanto en el sentido de “creencia” de que algo iba a suceder, como en el de “esperanza” de que algo suceda. Pues bien, aunque resulta obvio que ha sucedido, no es tan claro que las “esperanzas” depositadas se hayan visto colmadas; ciertamente, la voluntad de alcanzar un amplio consenso que planea en todos los aspectos tocados por la reforma despliega sus efectos también en esta materia; a pesar de tan loable propósito, a mi juicio, es tiempo de seguir esperando... en las dos acepciones.

²² Nuevamente, *vid.* SALA FRANCO, Tomás; NORES TORRES, Luis Enrique; CALVO RODRÍGUEZ, Esteban, “La subcontratación”, *op. cit.*, pp.184 y 186.

El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo

The new system of reduction of working hours and suspension of contracts due to ETOP causes and force majeure.
A commitment to stability and job training.

Ana de la Puebla Pinilla

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-4850-928X

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6641>

Resumen: Aunque la reforma de los expedientes temporales de regulación de empleo no estaba contemplada en los planes de reforma de la normativa laboral, la experiencia acumulada durante la pandemia sanitaria del COVID-19 ha impulsado la reforma del art. 47 ET con la finalidad de incorporar algunas medidas que se han revelado especialmente eficaces. Las novedades en dicha regulación responden a la finalidad de diseñar un modelo de ERTE que opere como instrumento útil y ágil para la gestión de las crisis temporales que afectan a las empresas, como mecanismo alternativo a decisiones de destrucción de empleo y como oportunidad para mejorar la cualificación profesional de las personas trabajadoras. En el estudio se analizan, en particular, las herramientas que permiten atender a dichas finalidades -la flexibilización de la tramitación y gestión de los ERTE, la apuesta por la formación de los trabajadores, la preferencia por la reducción de jornada frente a la suspensión de contratos y las ayudas económicas a los ERTE-. Se analiza también el efecto que la entrada en vigor de la reforma del art. 47 ET genera sobre los ERTE vivos o en tramitación a fecha 31 de diciembre de 2021.

Palabras clave: ERTE, reducción de jornada, suspensión de contratos, exoneración de cuotas, formación,

Abstract: Although the reform of temporary employment regulation files was not contemplated in the labor regulation reform plans, the experience accumulated during the COVID-19 health pandemic has prompted the reform of art. 47 ET in order to incorporate some measures that have been shown to be particularly effective. The novelties in said regulation respond to the purpose of designing an ERTE model that operates as a useful and agile instrument for managing temporary crises that affect companies, as an alternative mechanism to job destruction decisions and as an opportunity to improve the professional qualification of workers. The study analyzes, in particular, the tools that allow

*ana.delapuebla@uam.es

these purposes to be met - the flexibility of the processing and management of ERTes, the commitment to the training of workers, the preference for the reduction of working hours compared to the suspension of contracts and financial aid to ERTes. The effect that the entry into force of the reform of art. 47 ET generated on ERTes alive or in process as of December 31, 2021.

Keywords: ERTE, reduction of working hours, suspension of contracts, exemption from quotas, training

I. Los ERTE en el centro de las medidas de flexibilidad para hacer frente a la crisis de la empresa

Hasta 2020, el recurso a los expedientes temporales de regulación de empleo era prácticamente anecdótico en nuestro país. Los datos estadísticos¹ revelan que durante los años 2015 a 2019 apenas una media de 57.000 trabajadores/año resultaron afectados por suspensiones de contratos o reducciones de jornada. Ni siquiera durante la crisis financiera del 2008 el número de trabajadores afectados por ERTE fue especialmente significativo², a pesar de que en aquel contexto se promovió la aplicación de ERTE mediante ayudas a las empresas, en forma de exoneraciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, y a los propios trabajadores, garantizando la reposición de las prestaciones consumidas en caso de extinción de la relación laboral tras el ERTE.

La situación cambia radicalmente en marzo de 2020, cuando la irrupción de la pandemia de la COVID-19 obliga a adoptar medidas que suponen, en un primer momento, el cese prácticamente total de la actividad económica y, superados los meses de confinamiento estricto, una lenta escalada, con intervalos de retroceso que condicionaron severamente la recuperación económica. El impacto de esta situación sobre la actividad empresarial se abordó desde el primer momento apostando, sin reservas, por los ERTE, en cuanto instrumento que permitía conservar el empleo y favorecer una progresiva recuperación del tejido productivo a medida que las condiciones sanitarias de prevención de la pandemia lo fueran permitiendo. En el pico de la crisis, abril de 2020, más de tres millones de personas trabajadoras se vieron afectadas por ERTE y se beneficiaron de prestaciones por desempleo. En ese mismo periodo, los niveles de destrucción de empleo cayeron significativamente por debajo de la media anual de los años anteriores. En diciembre de 2022, quedaban en ERTE poco más de 100.000 personas y los datos sobre volumen de empleo son actualmente favorables. El éxito de la apuesta, en términos de mantenimiento del empleo, parece, a día de hoy, incuestionable.

En el contexto de la pandemia, se optó por un modelo de respuesta a la crisis inducido desde la Administración y sostenido con fondos públicos. Un modelo que respondía a una finalidad clara y expresa, como se ocupó de señalar el Preámbulo del RDL 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, cuando explicitaba que el refuerzo de los procedimientos de suspensión y reducción de jornada respondía al objetivo de que las causas justificativas de los ERTE por fuerza mayor o causas empresariales derivadas de la COVID “no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación con el empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual”. Las facilidades para tramitar y aplicar las medidas temporales de suspensión de los contratos, la obligada suspensión de los contratos temporales y, sobre todo, la prohibición de despedir por causas vinculadas con el COVID-19, dejaban poco espacio a las empresas para el recurso a medidas extintivas. Junto a ello,

¹ Estadísticas de regulación de empleo, Ministerio de Trabajo y Economía Social.

² El máximo de trabajadores en ERTE se alcanzó en 2009, donde los trabajadores en ERTE se acercaron a la cifra de 486.000.

el apoyo económico –mediante las bonificaciones que, en algunos casos, alcanzaron el 100% de la cotización a la Seguridad Social– y la articulación de una red, generosa y extensa, de protección social para las personas trabajadoras afectadas, garantizaban el favorable resultado.

Si esta referencia a los ERTE COVID se trae aquí, en el marco del análisis del art. 47 ET, modificado por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante, RDL 32/2021), y en vigor desde el 31 de diciembre de 2021, es porque la experiencia acumulada en la regulación y gestión de estos ERTE COVID ha motivado e inspirado las novedades que ahora se incorporan a la regulación de los expedientes temporales de regulación de empleo.

Lo cierto es que la revisión de los expedientes temporales de regulación de empleo no estaba incluida entre las materias sobre las que se proyectaba la reforma del Estatuto de los Trabajadores. Ni se recogía en el programa reformista del Gobierno de coalición ni aparecía entre los hitos principales en las iniciales propuestas de reforma. De hecho, la modificación del art. 47 ET aparece en los últimos compases del diálogo social, constituyendo una materia sobre la que el consenso se ha alcanzado sin grandes dificultades. La favorable opinión sobre el modelo de gestión laboral de la pandemia ha actuado como palanca para acordar una nueva regulación de los expedientes temporales de regulación de empleo. Pero también la necesidad de contar con un marco normativo estable de medidas temporales de reestructuración que pueda responder a cualquier contexto de crisis, tanto las de carácter general o sectorial, motivadas por circunstancias externas a la empresa, como las inherentes a las particulares condiciones de cada unidad productiva.

A esta finalidad responde, sin duda, la nueva regulación de los expedientes temporales de regulación de empleo en el art. 47 ET, pero también el diseño del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (art. 47.bis ET) cuya previa activación por decisión del Consejo de Ministros en contextos de crisis cíclicas o sectoriales, permitirá aplicar medidas de reducción de jornada y de suspensión de contratos en unas condiciones especialmente favorables, más aún que las previstas en el art. 47 ET, para las empresas y para las personas trabajadoras afectadas.

La experiencia de los últimos años en la aplicación de los expedientes temporales de regulación de empleo ha permitido, además, colocar al tiempo de trabajo en el núcleo de la flexibilidad interna y demostrar la eficacia de las medidas que, mediante la gestión flexible de la jornada laboral, permiten ajustar las necesidades de mano de obra en situaciones coyunturales. Si la distribución del tiempo de trabajo, los horarios flexibles, las bolsas de horas o la jornada laboral de tres días están hoy en el centro del debate sobre la flexibilidad en contextos de estabilidad económica, más aún pueden serlo cuando la empresa requiere adaptarse a las variaciones del mercado o de la demanda, cuando precisa digitalizar sus procesos productivos o responder a circunstancias externas e imprevisibles que impactan sobre la organización productiva. Esta es una circunstancia que el legislador ha tenido muy presente y que ha acabado por impregnar la nueva regulación de los ERTE, con efectos y consecuencias que trascienden al propio art. 47 ET.

Señala el RDL 32/2021, en su Preámbulo, que la reforma del art. 47 ET incorpora medidas para facilitar el uso de los expedientes temporales de empleo y ofrecer este instrumento como fórmula “alternativa y prioritaria” a las extinciones. Ese es, desde luego, el objetivo de la reforma, dirigido a modificar una inercia instalada en nuestro tejido productivo que responde en su mayoría a las crisis económicas mediante la destrucción de empleo. La nueva regulación de los ERTE, en el art. 47 y a través del Mecanismo RED, condiciona el recurso empresarial a medidas extintivas en contextos coyunturales o transitorios³, reduciéndolo a una medida subsidiaria. Ello puede afectar

³ En este mismo sentido, J. CRUZ VILLALÓN, “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, en *Briefs de la AEDTSS (en línea)*, 2022 señala que “sería necesario corregir la jurisprudencia precedente que desde la reforma de 2012 venía entendiendo

al enjuiciamiento de las decisiones empresariales. La doctrina judicial que, partiendo de que no es competencia de los tribunales fijar las medidas idóneas de ajuste del empleo ni censurar su oportunidad en términos de gestión empresarial, considera sin embargo imprescindible el control judicial de razonabilidad, proporcionalidad o funcionalidad, marca un camino a tener en cuenta para valorar la delimitación entre las medidas temporales y las extintivas en contextos de crisis temporales⁴.

Pero la reforma de las medidas de regulación temporal de empleo mira también al futuro. Y este no puede resultar ajeno a la profunda transformación que están experimentando los procesos productivos como resultado de la digitalización y automatización, transformación ineludible e inaplazable si la economía española pretende mantenerse en los niveles de un sistema avanzado. Un proceso que, además, ha recibido impulso oficial a través de la Estrategia España 2050, que reconoce que “debemos modernizar nuestro tejido productivo, mediante la innovación y la difusión tecnológica en nuestras empresas”, modernización que supone transformar las empresas para adoptar nuevos procesos, invertir en nuevas tecnologías y en la formación del personal, aplicar las tecnologías digitales a la transformación de los negocios y lograr así un aumento de la productividad, la competitividad y la rentabilidad futura. Tales cambios provocarán, están provocando ya, el dinamismo del tejido económico, la transformación de las estructuras productivas, y requieren mano de obra cualificada para afrontar estas nuevas exigencias. Los trabajos del futuro exigirán conocimientos y habilidades más complejos, especialmente en el plano tecnológico. La formación profesional ocupa un papel esencial en este proceso y está necesitada de fórmulas normativas que faciliten las mismas.

En este contexto, la nueva regulación de los ERTE incentiva, y en algunos casos condiciona el acceso a ayudas públicas, a la formación de las personas trabajadoras durante la aplicación del ERTE. Formación que ha de estar dirigida a atender las necesidades reales de las empresas y de los trabajadores, pero que incluye también las vinculadas a competencias digitales y aquellas que permitan la recualificación de las personas trabajadoras para facilitar, en su caso, su transición hacia nuevos empleos.

En definitiva, los instrumentos para que los ERTE ocupen ese espacio como instrumento preferente de gestión de las crisis coyunturales, están contemplados en la norma. Su éxito dependerá del uso que de los mismos hagan las organizaciones empresariales, poco inclinadas en general a recurrir a este mecanismo y acostumbradas a afrontar las crisis, incluso las de carácter coyuntural, recurriendo a medidas extintivas. Cabe pensar que la experiencia adquirida durante la pandemia haya servido para generar una nueva cultura empresarial que permita, en el futuro, seguir apostando por las medidas temporales de reestructuración empresarial y dotarles de ese componente formativo que tan beneficioso puede resultar para la propia empresa y para las personas trabajadoras.

II. Los ERTE por causas empresariales y por fuerza mayor en la nueva redacción del art. 47 ET

La nueva redacción del art. 47 ET mantiene la clásica distinción entre ERTE por causas ETOP y ERTE por fuerza mayor, si bien con una distribución más equilibrada entre las previsiones referidas a cada una de estas modalidades de ERTE. También es significativa la ubicación de la reducción de

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 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 cabe hacer uso de los despidos”.

⁴ STS 9 de septiembre de 2020 (Rec 13/2018).

la jornada que aparece ahora en pie de igualdad con la suspensión de los contratos⁵.

A los ERTE por causas ETOP se dedican los primeros cuatro apartados del art. 47 ET. Se identifican las causas que justifican este tipo de ERTE y se regula el procedimiento para su tramitación. Pocas novedades hay en esta regulación, pero las que se incorporan son relevantes. Por una parte, se especifica que las causas han de ser temporales. Por otra, se acortan los plazos de constitución de la comisión negociadora y para el desarrollo del periodo de consultas. Y, en fin, se incorpora la posibilidad de prorrogar, más allá de la duración inicialmente prevista, los ERTE por causas ETOP.

La regulación de los ERTE por fuerza mayor se recoge en los apartados 4 y 5 del art. 47 ET. Se mantiene para estos ERTE la exigencia de autorización administrativa. Pero, en este caso, a diferencia de la redacción anterior, que se remitía en cuanto al procedimiento de tramitación de estos ERTE al art. 51.7 ET, el art. 47 ET regula ahora dicho procedimiento, sin perjuicio de que continúan siendo aplicables supletoriamente las previsiones del art. 51.7 ET y el RD 1483/2012 (arts. 31-33). Además, junto a la fuerza mayor clásica, que también se exige expresamente que sea temporal, se incorpora como fuerza mayor la constituida 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. Se da así carta de naturaleza a una categoría conceptual inaugurada por la normativa de los ERTE COVID que incorporó esta modalidad específica de fuerza mayor en el RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, para atender los efectos que sobre la actividad productiva generaban las medidas de restricción o contención adoptadas por autoridades españolas o extranjeras.

El art. 47 ET se cierra con una serie de reglas aplicables a ambos tipos de ERTE: se aclara el alcance de la reducción de jornada, señalando que la misma podrá ser de entre un diez y un setenta por ciento y computarse sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual, y se establece la prioridad de la reducción de jornada sobre la suspensión de los contratos; se identifica el contenido complementario que debe acompañar a la comunicación o solicitud de las medidas empresariales de reestructuración temporal de empleo; se contempla la posibilidad de que, durante el periodo de aplicación de las medidas, la empresa pueda afectar y desafectar a los trabajadores; se limita la capacidad de gestión empresarial prohibiendo que, durante la vigencia del ERTE, se presten horas extraordinarias o se recurra a nuevas externalizaciones o nuevas contrataciones laborales. Asimismo, se fomenta el desarrollo por la empresa de acciones formativas dirigidas a las personas trabajadoras afectadas por el ERTE, recogándose en la nueva DA 25 ET el contenido de tales acciones. Y, en fin, se diseña el posible acceso por la empresa a determinados beneficios en la cotización a la Seguridad Social, condicionados a las exigencias que se establecen en la nueva DA 44 LGSS.

A la vista del nuevo art. 47 ET, es evidente que muchos aspectos de la regulación de los ERTE permanecen en los mismos o similares términos que ya conocíamos. La delimitación de las causas no ha variado, salvo en la expresa referencia ahora a su “temporalidad”, tanto cuando se trata de causas ETOP como cuando se trata de fuerza mayor, que venía siendo ya exigida por la doctrina judicial como condicionante de la validez de los ERTE. La incorporación del impedimento o limitaciones en la actividad normalizada derivada de decisiones de las autoridades competentes como causa posible de un ERTE tampoco supone un cambio o una ampliación del concepto de fuerza

⁵ Vid un análisis de las novedades incorporadas en el régimen jurídico de los expedientes temporales de regulación de empleo, en ROJO TORRECILLA, E., “Estudio de la reforma laboral de 2021 (VI). La apuesta reforzada por la flexibilidad interna y la incorporación de medidas adoptadas durante la pandemia. Expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) y nuevo Mecanismo RED. *El Blog de Eduardo Rojo (en línea)*, 2022. También BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (art. 47) y ERTE Mecanismo RED (art. 47 bis ET)”, *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales (en línea)*, 2022, y MARTÍNEZ BARROSO, R., “El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios”, *Briefs de la AEDTSS*, 2022

mayor pues remite a la denominada fuerza mayor impropia, entendida como aquel “impedimento de la prestación de trabajo por acto de autoridad o *factum principis*”, generada por “hechos provenientes de decisiones del legislador o de las Administraciones públicas, distintos de las catástrofes naturales, accidentales y ocasionales”⁶, que ya la doctrina judicial admitía como causa justificativa de las medidas temporales de reestructuración de empleo.

Por lo que se refiere al procedimiento para la tramitación de ambas modalidades de ERTE tampoco hay significativas novedades. Se conserva la exigencia de autorización administrativa para los ERTE por fuerza mayor y la obligación del periodo de consultas en los fundados en causas ETOP, conservando el acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras su valor a efectos de presumir la concurrencia de las causas justificativas. El control de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social y de las entidades gestoras de la prestación por desempleo en relación con el desarrollo del periodo de consultas y la concurrencia de las causas que justifican las medidas tampoco ha sufrido modificaciones significativas, más allá de las que derivan de la intensificación de tales controles, favorecida por los medios automatizados de transmisión y comunicación de datos, preservándose el papel de estas entidades como garantes de la legalidad del procedimiento y de las medidas adoptadas.

Sin embargo, en paralelo al mantenimiento de estos rasgos de los ERTE, la nueva regulación incorpora algunos elementos transversales que resultan esenciales para apuntalar el cambio en el modelo. Elementos a través de los cuales se pretende conseguir el objetivo al que antes se hacía referencia: que los ERTE pasen, de ser un recurso secundario y relegado en las políticas empresariales para hacer frente a las crisis coyunturales, a convertirse en un instrumento esencial y útil para gestionar las circunstancias temporales y transitorias, externas o internas, que afectan a las entidades productivas, con la posibilidad, además, de mejorar durante la aplicación de las medidas temporales la capacitación y cualificación de sus trabajadores. Para ello se incorporan novedades que favorecen la gestión flexible y ágil de los ERTE; se otorga expresa preferencia a la reducción de la jornada frente a las suspensiones del contrato; se diseñan, y se ponen a disposición de las empresas con carácter permanente, ayudas públicas, en forma de exoneraciones en la cotización a la Seguridad Social, que contribuyen al sostenimiento económico de la empresa durante el ERTE, y de financiación de las acciones formativas, mediante un incremento en el crédito para la formación. A la vez, se orienta el contenido de tales acciones formativas en la dirección de mejorar las competencias de las personas trabajadoras, no solo las relacionadas con su puesto de trabajo, sino también las vinculadas con capacidades digitales que favorezcan su empleabilidad para facilitar, en su caso, su transición hacia nuevos empleos. En estos elementos residen, a la postre, las novedades que acompañan a la nueva regulación de los ERTE.

III. Señas de identidad para un nuevo modelo de ERTE

1. Consolidación de las medidas de flexibilidad en la tramitación y gestión de los ERTE

La eficacia de las medidas laborales que la empresa adopte para afrontar las crisis coyunturales o temporales o las circunstancias externas que afectan transitoriamente a la empresa depende, en gran medida, de la rapidez con que la empresa las adopte, pero también de la flexibilidad con que pueda gestionar su aplicación a las personas trabajadoras en función de los cambios y alteraciones que se

⁶ STS (CA) 5 de abril de 2018 (Rec. 3466/2015). Y que se diferencia de la fuerza mayor propia porque mientras esta deriva de sucesos externos a la esfera de actividad del empresario, del todo independiente de su voluntad, que no pudo preverse o que previsto no pudo evitarse y que imposibilita la continuidad de la prestación laboral, la fuerza mayor impropia es la que generan hechos provenientes de decisiones del legislador o de las Administraciones públicas, distintos de las catástrofes naturales, accidentales y ocasionales.

vayan produciendo en las circunstancias que motivaron la aplicación del ERTE. Ambas necesidades han sido atendidas por el legislador que, en el nuevo art. 47 ET, incorpora modificaciones y novedades dirigidas, precisamente, a recortar los plazos en que la empresa puede implementar la reducción de jornada o la suspensión de contratos y a facilitar la gestión flexible y dinámica del ERTE⁷.

En este sentido, por lo que se refiere a los ERTE por causas ETOP, el art. 47.3 ET ha reducido los plazos legalmente previstos para la constitución de la comisión negociadora y la duración del periodo de consultas con los representantes legales de las personas trabajadoras, aunque siempre dentro de límites temporales que garanticen su participación en la decisión y el control por la autoridada laboral de las circunstancias que justifican el ERTE. Frente a los siete o quince días que preveía el antiguo art. 47.2 ET, el nuevo art. 47.2 ET dispone que la comisión representativa deberá estar constituida en el plazo máximo de cinco días desde la fecha de la comunicación empresarial de su intención de iniciar el procedimiento, plazo que se amplía a diez días cuando alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de las personas trabajadoras. Por su parte, la duración máxima del periodo de consultas, que antes no podía exceder de quince días, se mantiene como regla general, pero se matiza que, para empresas de menos de cincuenta personas trabajadoras, no será superior a siete días.

En el caso de los ERTE por fuerza mayor, la norma sigue disponiendo un plazo de cinco días para que la autoridad laboral resuelva sobre la solicitud de la empresa, tiempo breve pero razonable para dotar de seguridad jurídica a la actuación empresarial, seguridad que se ve reforzada con la expresa incorporación del silencio positivo en caso de falta de respuesta de la autoridad laboral en el plazo indicado.

Entre las reglas comunes aplicables a todos los ERTE, ya sean por causas ETOP o por fuerza mayor, el art. 47.7.c) ET incorpora también la posibilidad de proceder a la afectación y desafectación sucesiva de las personas trabajadoras, en función de las necesidades de la empresa. Señala el citado precepto que “Durante el periodo de aplicación del expediente, la empresa podrá desafectar y afectar a las personas trabajadoras en función de las alteraciones de las circunstancias señaladas como causa justificativa de las medidas, informando previamente de ello a la representación legal de las personas trabajadoras y previa comunicación a la entidad gestora de las prestaciones sociales y, conforme a los plazos establecidos reglamentariamente, a la Tesorería General de la Seguridad Social, a través de los procedimientos automatizados que establezcan dichas entidades”.

Se permite de este modo mantener vivo o activo el ERTE durante el periodo en que este resulta aplicable, pero afectando y desafectando sucesivamente a las personas trabajadoras en función del cambio de circunstancias y de las necesidades de la empresa. De este modo, se incorpora un sistema dinámico, que ya acreditó su eficacia durante los ERTE COVID, en la medida en que permite a las empresas adoptar las medidas de forma escalonada o progresiva, adaptándose a las variaciones y oscilaciones que experimenta la actividad empresarial durante la crisis. La falta de prohibición expresa permitirá además que, si las circunstancias lo justifican, se produzcan desafectaciones totales del ERTE de modo que este puede mantenerse vivo hasta el plazo máximo previsto aunque, durante su vigencia, se de la circunstancia de que todas las personas trabajadoras han sido reincorporadas a su actividad laboral.

Esta fórmula dota de una gran flexibilidad a los instrumentos de regulación temporal de empleo permitiendo que actúen como un mecanismo ágil para adaptar las necesidades de plantillas a las circunstancias cambiantes. Pero, a la vez, se convierte en una circunstancia que habrá de ser valorada por la representantes legales de las personas trabajadoras, por la autoridad laboral y por la Inspección

⁷ Vid también en este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F., “El refuerzo de los ERTE como garantía del empleo en la nueva reforma laboral 2021”, *Blog NET21*, (en línea), 2022.

de Trabajo y de la Seguridad Social para evitar actuaciones estratégicas por la empresa, con la finalidad de asegurar que los periodos de aplicación del ERTE no se delimitan de una forma consciente e innecesariamente prolongada en el tiempo para beneficiarse la empresa de esa flexibilidad, sino que, por el contrario, el periodo previsto para la aplicación del ERTE resulta razonable y proporcionado en atención a las causas que lo motivan y a su impacto temporal en la empresa.

A esta misma finalidad de facilitar y agilizar la tramitación de los ERTE responde la previsión que incorpora el art. 47.4 ET, aplicable exclusivamente a los ERTE por causas ETOP. Se prevé que la empresa que tenga interés o necesidad de prolongar más allá del tiempo inicialmente previsto las medidas de reducción de jornada o de suspensión de contratos por causas ETOP, comunique a la representación de las personas trabajadoras con la que hubiera desarrollado el periodo de consultas una propuesta de prórroga. Esta propuesta deberá ser tratada en un periodo de consultas durante un plazo máximo de cinco días. Finalizado el periodo de consultas, la empresa comunicará a la autoridad laboral en un plazo de siete días su decisión, que surtirá efectos desde el día siguiente a la finalización del periodo inicial de reducción de jornada o suspensión de la relación laboral.

Se trata, sin duda, de novedades que favorecen la agilidad en la tramitación de los ERTE y la rapidez en la adopción de las medidas necesarias para afrontar la coyuntura empresarial. Se ha perdido, sin embargo, la oportunidad de incorporar otras medidas que, sin duda, contribuirían también a favorecer una mayor participación de los representantes de las personas trabajadoras y garantizar la adopción de las medidas más adecuadas. Una necesidad que afecta especialmente a las empresas con centros de trabajo sin representantes, en los que el periodo de consultas necesario para la tramitación de los ERTE por causas ETOP acaba realizándose con las propias personas trabajadoras organizadas en comisiones *ad hoc*. Durante la pandemia, sin embargo, para estos casos se facilitó la intervención de los representantes sindicales optando por un modelo de comisiones sindicalizadas frente a las comisiones *ad hoc* (art. 23 RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19). Un modelo que ha funcionado correctamente permitiendo la intervención de sujetos expertos en la decisión sobre las medidas más adecuadas y en el control de su aplicación. La incorporación de este modelo⁸ estaba prevista en los primeros borradores de la reforma del art. 47 ET, si bien de forma indirecta, por remisión a las reglas del art. 41.4 ET. Quedaba condicionada, por tanto, a la modificación de dicho precepto en el sentido antes mencionado. Y la reforma del art. 41.4 ET, aunque se contempló durante el proceso de diálogo social que ha concluido con la aprobación del RDL 32/2021, no ha llegado a materializarse. De modo que, en tanto permanecen inalteradas las reglas de composición de la comisión negociadora previstas en el art. 41.4 ET, las mismas continúan siendo aplicables para la negociación de los ERTE en virtud de la remisión que el art. 47.3 ET efectúa al citado precepto.

No contradicen en absoluto esta apuesta por la flexibilidad, las previsiones que incorpora el art. 47.7.d) ET que impiden que, durante el periodo de aplicación del expediente, puedan realizarse horas extraordinarias, nuevas externalizaciones de actividad ni concertarse nuevas contrataciones laborales. Se trata de prohibiciones que limitan la capacidad de decisión empresarial pero que se justifican en la necesidad de priorizar, ante todo, la reincorporación de las personas trabajadoras afectadas por ERTE cuando las necesidades productivas de la empresa pueden ser atendidas por dichos trabajadores. Prohibiciones que, además, no operan cuando las personas trabajadoras de la plantilla, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas no puedan desarrollar las funciones y tareas requeridas por la empresa y que tampoco impiden, a tenor del art. 11. 11.4.f)

⁸ Que sí se ha acogido para la negociación de los Planes de Igualdad (art. 5.3 RD 901/2020, de 13 de octubre por el que se regulan los Planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo). Tal previsión, no obstante, ha sido objeto de recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

ET, la celebración de contratos formativos siempre que “las personas contratadas bajo esta modalidad no sustituyan funciones o tareas realizadas habitualmente por las personas afectadas por las medidas de suspensión o reducción de jornada”.

2. La apuesta por la prioridad de la reducción de jornada sobre la suspensión de contratos ¿algo más que una declaración de intenciones?

El nuevo art. 47.7.1.a) ET incorpora una previsión novedosa y de no menor relevancia, cual es el carácter preferente de la reducción de la jornada frente a la suspensión de los contratos de trabajo. En la anterior redacción del art. 47 ET, la regulación de los ERTE pivotaba en torno a la suspensión de los contratos de trabajo y presentaba la reducción de la jornada como una fórmula casi subsidiaria, relegada al apartado 4 del citado precepto. Ahora se trae a un primer plano la reducción de la jornada, presentándola como una fórmula de aplicación prioritaria respecto de la suspensión de los contratos.

Una prioridad que expresamente acoge el art. 47.7 a) ET cuando señala que “en la medida en que ello sea viable, se priorizará la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos”. Se consagra así la preferencia de las medidas consistentes en una reducción de la jornada frente a la opción por la suspensión de los contratos. Prioridad significa “anterioridad de algo respecto de otra cosa, en tiempo o en orden”, lo que supone que la reducción de jornada es la medida por la que debe optarse en primer lugar, recurriendo a la suspensión de los contratos solo si la reducción de la jornada no resulta posible. Se modifica pues la posición de la empresa frente a las medidas típicas del ERTE, diseñadas en pie de igualdad en el antiguo 47 ET y que ahora pasan a ofrecerse como medidas no alternativas, sino en relación de jerarquía, resultando la suspensión de contratos aplicable solo cuando no sea viable la reducción de jornada. Una fórmula que, sin duda, puede resultar especialmente atractiva para las empresas, al menos en aquellos casos en que las circunstancias que impactan sobre la organización productiva no conllevan una interrupción total de la actividad empresarial sino una disminución de la necesidad de mano de obra y que, unida a las medidas de flexibilidad que también se han incorporado en la gestión empresarial de los ERTE, pueden permitir una más adecuada respuesta a las necesidades empresariales. A la vez, evita una desvinculación prolongada de los trabajadores, manteniendo viva su relación con la empresa.

Ciertamente, esa prioridad de la reducción de la jornada queda condicionada a su viabilidad (“en la medida en que ello sea viable”, dice la norma), lo que nos sitúa en un ámbito de indefinición e incertidumbre respecto a las condiciones exigibles para que exista y se acredite la inviabilidad de la reducción de la jornada. Pero es indudable que la incorporación de esta preferencia apunta a un cambio de enfoque que afecta, sin duda, a la capacidad empresarial de decidir libremente las medidas de reducción o suspensión que considere más oportunas, y, por tanto, puede tener consecuencias en las exigencias documentales y justificativas que se requieren de la empresa para tramitar y solicitar el ERTE. La valoración del impacto que tales circunstancias producen en la empresa y de si la respuesta a las mismas debe articularse mediante una reducción de jornada o una suspensión de contratos, es una decisión que sigue correspondiendo a la empresa, pero ahora resultará limitada o condicionada por la ya señalada preferencia por la reducción de jornada, debiendo por tanto la empresa justificar, en su caso, las circunstancias que hacen inviable esa medida y justifican la aplicación de suspensiones de contratos. De la misma manera, en la negociación de las medidas a adoptar cuando concurren causas ETOP, y en el enjuiciamiento por los tribunales de las medidas temporales de reestructuración adoptadas por la empresa, tanto por causas ETOP como por fuerza mayor, también deberá justificarse adecuadamente la opción por unas u otras medidas.

3. Pensando en el futuro: la formación de los trabajadores en el centro de los ERTE.

En el nuevo diseño de los ERTE, la formación adquiere un protagonismo indiscutible. Es lógico que así sea si el objetivo es, como ya se ha señalado, conseguir que los procesos de reestructuración temporal de empresas sirvan no solo como instrumento de flexibilidad, alternativo a la extinción de los contratos y la destrucción de empleo, sino también como mecanismo de estabilización en el empleo, ofreciendo a los trabajadores y a las empresas la oportunidad de aprovechar la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada para mejorar sus aptitudes laborales, recualificarse y adquirir o fortalecer sus competencias digitales. Este objetivo es particularmente acusado en los ERTE del Mecanismo RED, especialmente en los sectoriales, motivados por “cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras” (art. 47.bis.1.b ET). Pero también en los ERTE del art. 47 ET, donde las acciones formativas dirigidas a las personas trabajadoras afectadas por el ERTE constituyen una oportunidad para mejorar sus competencias y para permitir, en su caso, su transición a otros sectores productivos.

Esta apuesta por la formación se anticipaba ya en la última de las normas reguladoras de los ERTE durante la pandemia⁹. El RDL 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, incorporaba como novedad, no prevista en los anteriores ERTE COVID, incentivos para que las empresas invirtieran en la formación de sus trabajadores, priorizando las acciones formativas dirigidas a atender las necesidades reales de la plantilla y a mejorar sus competencias digitales, aunque la formación no tenga relación directa con la actividad que desarrollan en la empresa. Se atendía así a la finalidad de evitar la descualificación de los trabajadores, manteniendo su vinculación con la empresa durante la suspensión de sus contratos o la reducción de su jornada, a la vez que se mejora su empleabilidad para el caso de que tras el ERTE deba producirse la extinción de sus contratos de trabajo¹⁰.

Con esta finalidad, el art. 47.7.d) ET refuerza las previsiones que ya recogía en el antiguo art. 47.4 ET, –la norma se limitaba entonces a señalar que se promoverían acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de las personas trabajadoras afectadas cuyo objeto había de ser aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad–.

Por una parte, la apuesta por la formación y recualificación de las personas trabajadoras afectadas por el ERTE se articula previendo beneficios económicos para las empresas que voluntariamente opten por la formación. Los términos concretos del incremento del crédito se recogen en el art. 9.7 Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral. Este precepto, incorporado por el RDL 32/2021, fija la cuantía del crédito a percibir por las empresas que desarrollen acciones en el ámbito de la formación programada, en función del tamaño de la empresa: a) De 1 a 9 personas trabajadoras: 425 euros por persona; b) De 10 a 49 personas trabajadoras: 400 euros por persona; c) De 50 o más personas trabajadoras: 320 euros por persona. Cuantías que podrán, en su caso, ser actualizadas reglamentariamente. Este incremento de crédito será financiado a través de una aportación extraordinaria al

⁹ Una valoración positiva de esta iniciativa, en MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “La prórroga de los ERTE piensa en el futuro. EL RDL 18/2021: entre las tradicionales dudas interpretativas y el protagonismo de la formación”, *Blog El Foro de Labos (en línea)*, 2021, y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., “La formación en el ojo de los ERTES. Doble beneficio para las empresas: el incremento de la exención de las cuotas de la Seguridad Social y del crédito de formación”, *Blog El Foro de Labos (en línea)*, 2021.

¹⁰ Según los datos facilitados por el Gobierno, a 31 de diciembre de 2021, de los 102.548 trabajadores en ERTE-COVID había 76.259 con exoneraciones por formación. Además, la mayoría de las empresas ya habían declarado si realizarían o no programas formativos. A tenor de esas declaraciones, casi un 30% de los trabajadores se verán beneficiados por alguno de esos programas y, por tanto, sus empresas recibirán exoneraciones especiales en las cotizaciones sociales de dichos trabajadores (<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2022/040121-ertediciembre.aspx>)

presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal. Además, el desarrollo de acciones formativas se exige, aunque solo para los ERTE por causas ETOP, como condición para acceder a beneficios en la cotización a la Seguridad Social.

Por otra parte, también se ocupa la norma de detallar el contenido de las acciones formativas que las empresas pueden desarrollar durante la aplicación de las medidas previstas en los arts. 47 y 47 bis) ET. A estos efectos, la nueva DA 25 ET señala que el objetivo de esta formación será “la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras”. En concreto se establece que “se priorizará el desarrollo de acciones formativas dirigidas a atender las necesidades formativas reales de las empresas y los trabajadores incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, así como aquellas que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa”. Las acciones formativas se desarrollarán a través de cualquiera de los tipos de formación previstos en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional y en la citada ley 30/2015, de acuerdo con los requisitos y procedimientos establecidos en dichas normas, o a través de cualquier otro sistema de formación acreditada.

4. El sostenimiento económico de los ERTE como elemento estructural del modelo

La experiencia acumulada en anteriores crisis –no solo la derivada de la pandemia de la COVID-19 sino también la anterior generada por la crisis financiera del 2008– han evidenciado el efecto positivo que para las empresas supone la existencia de ayudas públicas durante la vigencia del ERTE, en forma de exoneraciones en la cotización a la Seguridad Social por las personas trabajadoras afectadas por medidas temporales de reestructuración. A pesar de los compromisos y obligaciones que las empresas adquieren como contrapartida a dichas exoneraciones, y sin desmerecer el efecto que sin duda ha surtido la prohibición de despedir por causas COVID (art. 2 RDL 9/2020), han sido numerosas las empresas que se acogieron a las exoneraciones en las cuotas a la Seguridad Social ofrecidas por las normas laborales de la emergencia sanitaria. Consciente del valor de esta ayuda, y también de la necesidad que muchas empresas tienen de ese apoyo económico, la nueva regulación de los ERTE institucionaliza las exoneraciones a la Seguridad Social y las convierte en una opción permanente a disposición de las empresas cuando adopten medidas temporales de reestructuración de empresas, sea por causas ETOP o por causa de fuerza mayor.

La DA 44 LGSS establece el marco normativo de los beneficios en la cotización a la Seguridad Social, aplicable también a los ERTE del Mecanismo RED. Y lo hace partiendo del modelo aplicado a los ERTE COVID pero con relevantes especialidades que apuntan a una significativa reducción de los porcentajes de exoneración –durante la pandemia se han llegado a aplicar exoneraciones próximas al 100%– y una disminución de los colectivos sobre los que puede aplicarse este beneficio –no se contemplan, por ejemplo, exoneraciones para las personas trabajadoras reactivadas o desafectadas del ERTE–. Medidas ambas probablemente inevitables para garantizar el equilibrio financiero de la Seguridad Social a la vista del coste económico que ha supuesto para las arcas públicas la aplicación de las exoneraciones durante los ERTE COVID¹¹, en un contexto en el que además no se cuenta, al menos de momento, con el respaldo económico de la Unión Europea, que durante el COVID puso en marcha el programa SURE (Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Atenuar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia) a disposición de los

¹¹ Hasta el 30 de abril de 2021 la aplicación de las exoneraciones había supuesto ingresar 648,2 millones de euros menos, a lo que se añaden las exoneraciones de cuotas de trabajadores autónomos perceptores de las prestaciones extraordinarias.

Estados miembros que han precisado movilizar recursos financieros significativos para preservar el empleo¹².

Los elementos esenciales de este régimen de exoneraciones se recogen en la nueva DA 44 LGSS. El acceso a las exoneraciones en las cuotas es siempre voluntario para las empresas, de modo que solo si estas lo solicitan se obtendrá la exención. A cambio, la empresa asume un compromiso de mantenimiento del empleo y, en el caso de los ERTE por causas ETOP, la obligación de desarrollar acciones formativas para sus trabajadores. La cuantía de la exención varía en función de la causa que justifica el ERTE. Así, en el caso de los ERTE por causas ETOP, la exoneración alcanza al 20% de la cotización en tanto que, en los ERTE por fuerza mayor, la exoneración alcanza al 90%. En ambos casos, el beneficio se aplica durante todo el periodo en que las personas trabajadoras estén afectadas por las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos. Es también significativo que, como ya se apuntaba, las exoneraciones se aplican únicamente respecto de las personas trabajadoras que están afectadas por las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos, sin alcanzar a las que se reincorporan a la actividad laboral.

También se institucionaliza el compromiso de empleo como contrapartida a las ayudas públicas de sostenimiento y apoyo de los ERTE. Es una figura conocida en el ámbito de los ERTE¹³ pero que ahora se configura como condición imprescindible para disfrutar de la exoneración en las cotizaciones. También en este aspecto se aprovecha la ocasión para fijar un régimen jurídico que resuelve gran parte de las dudas que la regulación del citado compromiso en las normas laborales de la emergencia sanitaria ha planteado. El compromiso vincula ahora a la empresa durante “los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del expediente de regulación temporal de empleo”, lo que indudablemente incluye las prórrogas que hayan podido aplicarse, superando las dificultades interpretativas que generaban las referencias a “la fecha de reanudación de la actividad laboral”, recogidas en las normas COVID. También queda claro que el compromiso se refiere al “mantenimiento del empleo de las personas trabajadoras afectadas” de modo que el despido o extinción de trabajadores no incluidos en el ERTE no supone su incumplimiento. Y, en correspondencia con esta delimitación del ámbito subjetivo de la salvaguarda de empleo, los efectos del incumplimiento quedan también restringidos al reintegro del importe de las cotizaciones de cuyo pago se exoneró la empresa en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes. Una solución más proporcionada que la que aporta la normativa COVID-19, en la que el incumplimiento del compromiso de empleo determina la devolución de la totalidad de las cuotas de las que se hubiera exonerado el empresario.

IV. Una nota final sobre la entrada en vigor de la reforma del art. 47 ET y su impacto sobre los

¹² Recortes que, por cierto, también han afectado a la protección dispensada a las personas trabajadoras afectadas por los expedientes temporales de empleo, diseñada en los ERTE COVID en términos sumamente amplios y generosos y que ahora recuperan el régimen común de acceso a la protección por desempleo. Sobre el régimen de protección social de los ERTE COVID, vid DE LA PUEBLA PINILLA, A. y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, A., “Crisis laboral COVID-19 y protección social. Panorama general de la protección por desempleo en tiempos de emergencia sanitaria”, *Trabajo y Derecho*, nº 81, 2021.

¹³ No solo por su aplicación en el ámbito de los ERTE vinculados con el COVID. La DA 4ª RDL 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo, ahora derogada (RDL 32/2021, DD única.4) ya contemplaba la posibilidad de que las empresas que suspendan los contratos o reduzcan la jornada de trabajo por causa de fuerza podían solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social una exoneración de hasta el 100 por cien del pago de la aportación empresarial a la Seguridad Social. Tal exoneración, de concederse, quedaba condicionada a que la empresa se comprometiese a mantener el empleo, durante el año posterior a la finalización de la suspensión o reducción, al 100 por cien de las personas trabajadoras afectadas por la suspensión de contrato o la reducción de jornada, excluidas las personas trabajadoras recolocadas en otros centros de trabajo. Esa misma vinculación entre exoneración de cuotas y mantenimiento del empleo es la que se recogió en las normas de urgencia que sucesivamente se fueron aplicando para hacer frente al impacto laboral de la pandemia y las medidas sanitarias adoptadas para su contención.

ERTE vivos o en tramitación a fecha 31 de diciembre de 2021

La entrada en vigor del nuevo régimen jurídico de los ERTE se ha producido con efectos de 31 de diciembre de 2021, al día siguiente de la publicación del RDL 32/2021 en el BOE. Ello supone que los ERTE por causas ETOP o por fuerza mayor que se inicien a partir de esa fecha deberán ajustarse en su tramitación y en sus efectos a las previsiones recogidas en el ya vigente art. 47 ET y normas complementarias referidas a las acciones formativas (DA 25 ET) y a las exoneraciones en las cuotas a la Seguridad Social (DA 44 LGSS).

A salvo de lo que a continuación se indicará respecto de los ERTE vinculados con causas COVID, no contempla la norma la situación ni el régimen jurídico aplicable a los ERTE por causas empresariales o fuerza mayor no vinculadas al COVID cuya tramitación se haya iniciado, pero no concluido, con anterioridad al 31 de diciembre de 2021. Sería razonable, ante el silencio del legislador, aplicar la solución que sí fijó el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (DT 10^a). Para los ERTE por causas ETOP que estuvieran en tramitación a la fecha de su entrada en vigor, se preveía la aplicación de la normativa vigente en el momento de su inicio. Para los de fuerza mayor resueltos por la autoridad laboral con vigencia en su aplicación en tal fecha, se disponía su sujeción a la normativa vigente cuando se dictó la resolución del expediente. Hubiera sido oportuno, no obstante, aclarar estos extremos y regular expresamente, a través de una disposición transitoria específica, la normativa aplicable a estos ERTE a la vez que para valorar la oportunidad de permitir que estos ERTE accedan a las medidas de flexibilidad en la gestión que la reforma del art. 47 ET incorpora y, en su caso, al régimen de exoneraciones previsto en la DA 44 ET.

El RDL 32/2021 sí contempla, sin embargo, la situación de los ERTE por causas COVID que estuvieran aplicándose a fecha 31 de diciembre de 2021. Estos ERTE, con origen en el RDL 8/2020, han sido regulados a través sucesivos Reales Decretos leyes, que han incorporado progresivamente las necesarias adaptaciones en función del cambiante contexto económico que marcaba la evolución de la pandemia. Muchos de esos ERTE, bien fundados en fuerza mayor derivada de la COVID-19 o de las medidas o restricciones adoptadas por las autoridades para contener la pandemia, bien iniciados o reconvertidos en ERTE por causas ETOP vinculadas con la misma, seguían vivos a la entrada en vigor del RDL 32/2021.

En concreto, los ERTE basados en los art. 22 y 23 RDL 8/2020, fueron prorrogados, previa presentación de solicitud expresa, por el RDL 18/2021 (art. 1) hasta el 28 de febrero de 2022. De este modo, tanto los ERTE fundados en “pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma”, en los términos previstos en el art. 22.1 RDL 8/2020, como aquellos justificados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción relacionadas con el COVID_19 (art. 23 RDL 8/2020), podían seguir activos a fecha 31 de diciembre de 2021 si las empresas afectadas realizaron en el plazo previsto las correspondientes solicitudes de prórroga. Por su parte, el art. 2 RDL 18/2021 se refiere a los ERTE fundados en impedimentos o limitaciones a la actividad normalizada derivadas de restricciones o medidas adoptadas por las autoridades competentes entre el 1 de noviembre de 2021 y el 28 de febrero de 2022. Lo mismo ocurre con los denominados ERTE de transición, esto es, aquellos que vienen precedidos de un ERTE por fuerza mayor y que pueden tramitarse, hasta el 28 de febrero de 2022, durante la vigencia de estos para que ser aplicados sin solución de continuidad (art. 5.1 RDL 18/2021).

Cabe plantearse, por tanto, cuál es el impacto que la nueva regulación de los ERTE por fuerza mayor –que ahora incluye expresamente, como se ha señalado, como fuerza mayor el impedimento y las limitaciones a la actividad derivadas de medidas adoptadas por las autoridades públicas–, cuya vigencia se ha iniciado ya el 31 de diciembre de 2021, tiene sobre los ERTE COVID.

A esta cuestión se refiere la DA 3^a RDL 32/2021, que, en relación con los expedientes de

regulación temporal de empleo por impedimento o por limitaciones a la actividad normalizada vinculadas a la COVID-19 regulados en el art. 2 RDL 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, señala que la tramitación y efectos de estos ERTE “seguirán rigiéndose por lo dispuesto en dicho precepto hasta el día 28 de febrero de 2022”.

A pesar de que no se trata de una disposición transitoria, la norma comentada mantiene, hasta el 28 de febrero de 2022, la aplicación de la normativa COVID a los ERTE iniciados o tramitados antes de la entrada en vigor del RDL 32/2021. Pero también permite entender que los ERTE que se soliciten a partir de esa fecha y hasta el 28 de febrero de 2022 con fundamento en impedimentos o limitaciones a la actividad derivadas de medidas adoptadas por las autoridades para la contención del COVID se tramitarán y tendrán los efectos que dispone el RDL 8/2021, una norma que no ha sido derogada, y no el art. 47 ET. De este modo, se aplicarán las reglas de procedimiento previstas en el citado RDL 18/2021 y las que procedan por remisión y, en relación con las condiciones y alcance de las exoneraciones, resultarán aplicables las que prevé dicha norma y no las establecidas en la DA 44 LGSS. Ello, por supuesto, con el límite en todo caso del 28 de febrero de 2022, fecha tope hasta la que tales ERTE pueden tener vigencia. A partir de entonces, aunque las decisiones de la autoridad que determinen un impedimento o una limitación para la actividad y justifiquen la solicitud de un ERTE estén motivadas en el COVID, la solicitud, tramitación, condiciones y efectos de estos expedientes se ajustarán a las previsiones del art. 47 ET. Todo ello salvo, por supuesto, que se prorrogue expresamente la vigencia de los ERTE COVID.

Por lo que se refiere a los ERTE de los arts. 22 y 23 RDL 8/2020, esto es, los fundados en fuerza mayor COVID o causas ETOP vinculadas con el COVID, y a los ERTE de transición, la falta de previsión expresa como la recogida en la citada DA 3ª RDL 32/2021 para los ERTE por impedimentos o limitaciones genera ciertos interrogantes. Por una parte, se plantea la duda de hasta cuando pueden seguir aplicándose. Por otra, se suscita la cuestión de si pueden tramitarse nuevos ERTE de esta tipología hasta el 28 de febrero y, en su caso, a qué régimen jurídico quedan sometidos.

La falta de una previsión expresa sobre estos tipos de ERTE podría llevar a considerar que, a diferencia de los ERTE por impedimento o limitación, su vigencia podría haber finalizado el 30 de diciembre de 2021 y, lo que podría resultar más seguro todavía, que no debería resultar posible, desde el 31 de diciembre de 2021, fecha de entrada en vigor de la reforma del art. 47 ET, solicitar nuevos ERTE por causas COVID al amparo de su normativa específica sino que habrían de seguir la tramitación del art. 47 ET.

Sin embargo, no creo que esta sea la solución correcta. Lo cierto es que el RDL 18/2021 no ha sido derogado expresamente y, en la medida en que regula una situación excepcional, tampoco cabe considerarlo derogado implícitamente, al amparo de la DD Única.1 RDL 32/2021. De modo tal que el citado RDL 18/2021 convive con el nuevo art. 47 ET, como lo venía haciendo antes de su reforma. Siendo así, los ERTE a que nos venimos refiriendo que estuviesen vigentes a la entrada en vigor del RDL 32/2021, seguirán siendo aplicables en los mismos términos y condiciones en que fueron decididos o autorizados y su régimen jurídico será el previsto en el RDL 18/2021 o en las normas excepcionales aprobadas durante la pandemia. No solo eso, no hay motivos para impedir que hasta el 28 de febrero puedan solicitarse nuevos ERTE al amparo del RDL 18/2021, por más que tal opción resulte poco práctica a la vista de la limitada duración temporal que podrían alcanzar tales ERTE, nunca superior al 28 de febrero de 2022. Cabría añadir que, problemáticamente, la razón por la que el legislador aborda expresamente, en la DA 3ª RDL 32/2021, la situación de los ERTE por impedimento o limitación, descansa en la circunstancia de que el nuevo art. 47.6 ET contempla un cauce específico para estos ERTE, aclarando de este modo que este último solo será aplicable para los ERTE de limitación o impedimento derivados del COVID a partir del 1 de marzo de 2022.

La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo

The legislator's anticipatory response to risks of employment crises: the new employment flexibility and stabilisation mechanism ("mecanismo red")

Pablo Gimeno Díaz de Atauri*

*Profesor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-3484-3968

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6642>

Resumen: La experiencia sobre la suspensión de contratos o reducciones de jornada acumulada durante la crisis económica vinculada a la sanitaria por la COVID-19 ha llevado al legislador a establecer, de forma preventiva, un sistema en el que, mediante una decisión política, se activa el "Mecanismo RED", que habilita a las empresas para, previa justificación de estar afectadas por las circunstancias que han motivado aquel, llevar a cabo ERTes en unas condiciones más favorables para ellas y para las personas de su plantilla. En el estudio se analizan tanto los aspectos relativos al funcionamiento del Mecanismo en sus dos modalidades, cíclica y sectorial, como a los procedimientos acordados en las empresas durante su vigencia. Así, se incluye un análisis del régimen jurídico de las exoneraciones de cotizaciones sociales y de las prestaciones -diferentes de la de desempleo- que se generarán en estos casos, así como el relevante papel que adquiere la formación de las personas afectadas. Por último, se analizan los mecanismos de financiación de estas medidas, así como las herramientas de control de su correcto funcionamiento.

Palabras clave: Mecanismo RED, ERTE, RD-L 32/2021, prestaciones, seguridad social, exoneraciones de cotización.

Abstract: The experience gained during COVID-19 crisis related to the suspension of contracts or reductions in working hours has led the legislator to establish, in a preventive manner, a specific system for future crisis. The "Mecanismo RED" ("net Mechanism") is activated by a political decision, and it will enable employers to carry out temporary redundancies under more favourable conditions for them and for the employees, under certain circumstances that are described in this paper and shall be proven. This paper analyses both the aspects relating to the functioning of the Mechanism in its two modalities, cyclical and sec-

*pablo.gimeno@uc3m.es

toral, and the procedures agreed in the companies during its validity. Thus, it includes an analysis of the legal regime of exemptions from social security contributions and of the specific benefits that will be paid in these cases, as well as the important role played by the training of the workers affected. Finally, the mechanisms for financing these measures are analysed, as well as the tools for monitoring their correct functioning.

Keywords: Mechanism RED, temporary Redundancies, RD-L 32/2021, benefits, social security, contribution exemptions.

1. La consolidación de un modelo de gestión de riesgos extraordinarios

La paralización de la economía como consecuencia de las medidas de control sanitario a partir del primer estado de alarma¹ en el mes de marzo del año de 2020 pusieron de manifiesto la necesidad de establecer mecanismos de apoyo a empresas y trabajadores que, por una parte, amortiguaran el impacto social derivado de esta situación y por otra facilitaran la posterior vuelta a la actividad. Con ese fin, desde la versión inicial en el art. 22 RD-L 8/2020², se dictaron diversas normas regulando los que se han venido a llamar ERTES COVID, que se configuran en paralelo a la legislación preexistente. Así, desde ese momento nacen los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor y por causas económicas técnicas, organizativas y de producción vinculadas en ambos casos a la COVID-19. En el primer caso, se entiende la fuerza mayor como aquellas que “tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19”, incluyéndose en esta definición inicialmente el estado de alarma y sus consecuencias directas sobre la actividad, y posteriormente el más amplio concepto de “como consecuencia de nuevas restricciones o medidas de contención sanitaria adoptadas, a partir del 1 de octubre de 2020, por autoridades españolas o extranjeras”³. En el segundo, sin embargo, la explicación de su ámbito fue definida de un modo absolutamente genérico: “causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19”, lo que inevitablemente lleva a la aplicación de las definiciones contenidas en el art. 47.2 ET. Posteriormente el RD-L 30/2020 introdujo la noción de “sectores con una elevada tasa de cobertura y una reducida tasa de recuperación de actividad” en su Disposición Adicional Primera, con el objetivo de dotarlos de un régimen particular y privilegiado de exoneraciones, y en un régimen jurídico que no terminaba de dejar claro si se trataba de una “sucesión” de figuras o si por el contrario eran compatibles en el tiempo⁴.

Como destacó la doctrina, pese a la denominación de las tipologías o causas justificativas de estos procedimientos de ajuste temporal de empleo, no se trata de una mera continuidad de las figuras previstas en la regulación laboral “común”, si no de dos figuras nuevas, con ciertas similitudes con las existentes, pero con regulación específica y sin vocación de continuidad⁵.

En este modelo de ERTES de pandemia, que por su propia naturaleza está llamado a ser temporal, surge un último elemento de suma relevancia para el análisis del nuevo mecanismo RED, objeto de este trabajo. La constatación de que muchas de las actividades económicas especialmente

¹ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

² Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. BOE de 18 de marzo de 2020.

³ Art. 2 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo. BOE de 30 de septiembre

⁴ PUEBLA PINILLA, Ana de la y MERCADER UGUINA, Jesús R., *¿Pueden coexistir los ERTE por fuerza mayor y los ERTE por impedimento y/o limitación? El Foro de Labos [en línea] S.l.: s.n. 2020.*

⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel Carlos, *Crónica de la desescalada: el final de los ERTES COVID y el retorno a la normalidad laboral. Trabajo, persona, derecho, mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social S.l.: s.n. 2020., p. 75*

dañadas pueden llevar a reducciones persistentes de empleo (o a cambios en el tipo de trabajo requerido) ha llevado al legislador (al gobierno-legislador, en puridad) a vincular el apoyo económico público al desarrollo de procesos formativos. Así, en el más reciente RD-L 18/2021⁶ se establece, para acceder a un régimen más generoso de exenciones, un mínimo de 30 horas de formación por trabajador afectado (40 horas si la empresa tiene 50 o más trabajadores), indicándose, en cuanto al contenido de esta formación que “se priorizará el desarrollo de acciones formativas dirigidas a atender las necesidades formativas reales de las empresas y los trabajadores incluyendo las vinculadas a adquisición de competencias digitales, así como aquellas que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa”

Asimismo, reiniciada la actividad económica tras los momentos de mayores restricciones, pronto se comprobó que no todos los sectores se encontraban en la misma situación. Por ello, el RD-L 11/2021⁷, bajo el concepto de “sectores con una elevada tasa de cobertura por expedientes de regulación temporal de empleo y una reducida tasa de recuperación de actividad” estableció un listado de 45 subsectores CNAE⁸ (a cuatro dígitos, es decir, el máximo nivel posible de desagregación) a los que otorgó protección específica, en forma de exoneraciones.

Esta experiencia sirve, y expresamente así se reconoce en la Exposición de motivos⁹, para establecer lo que, a mi juicio, son los tres principales rasgos del nuevo Mecanismo RED: su carácter reactivo frente a situaciones extraordinarias, la vinculación de la protección pública a la formación de las personas trabajadoras afectadas y la posibilidad de sectorialización.

2. La configuración del mecanismo

El nuevo art. 47 bis ET define redundantemente este “Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo” como “un instrumento de flexibilidad y estabilización del empleo”. Lo primero que sorprende es, debe decirse, su denominación, por dos motivos. En primer lugar, porque puede inducir a cierta confusión con el sistema de remisión electrónica de datos de la Seguridad Social, denominado precisamente “Sistema RED”; en segundo lugar, desde una perspectiva ortográfica, no se comprende el uso de las mayúsculas, pues a diferencia del recién citado, no responde a ningún acrónimo. En este caso, la denominación alude únicamente al “aparejo hecho con hilos, cuerdas o alambres trabados en forma de mallas, y convenientemente dispuesto para (...), sujetar, etc.”, empleado aquí en sentido figurado. El mecanismo RED (que debiera haber sido mecanismo red) es una herramienta para evitar una caída, y de ahí su nombre¹⁰.

Por otra parte, la denominación “mecanismo” ofrece una imagen particularmente precisa de su forma de operar: es una suerte de interruptor que permite que las herramientas funcionen, una cerradura que abre la puerta a un espacio. Pero esas herramientas deben ponerse en marcha, esa puerta debe traspasarse. Dejando las metáforas, el mecanismo RED se limita a permitir que las em-

⁶ Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo. BOE de 29 de septiembre de 2021.

⁷ Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos. BOE de 28 de mayo de 2021.

⁸ Real Decreto 475/2007, de 13 de abril, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009 (CNAE-2009). BOE de 28 de abril de 2007

⁹ Así lo destaca también ROJO TORRECILLA, Eduardo, *Estudio de la reforma laboral de 2021 (VI). La apuesta reforzada por la flexibilidad interna y la incorporación de medidas adoptadas durante la pandemia. Expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) y nuevo Mecanismo RED. El blog de Eduardo Rojo [en línea]* S.l.: s.n. 2022., p. 6

¹⁰ En el mismo sentido, calificándolo como mecanismo de apoyo o red, vid. ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos, *Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo tras la reforma del RD-Ley 32/2021 (II): mecanismo RED de flexibilidad y estabilización en el empleo (nuevo art. 47 bis). Trabajo, persona, derecho y mercado [en línea]* S.l.: s.n. 2022.

presas a las que les pueda ser de aplicación soliciten medidas de reducción de jornada y suspensión de contrato bajo un régimen particular.

El mecanismo se establece con una doble modalidad: la cíclica y la sectorial. La primera atiende a la situación general de la economía; se refiere el precepto analizado a “una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización”. Aparece claramente configurado como una herramienta de alto contenido discrecional, un instrumento político más que jurídico¹¹. Será el Consejo de Ministros quien valorará si las herramientas “ordinarias” son adecuadas o suficientes para dar respuesta a la coyuntura. En este punto, resulta difícil pensar en la posibilidad de un control jurisdiccional, pues el término “aconseje” implica una fuerte carga valorativa que difícilmente va a poder ser llevada a cabo por un órgano judicial –en este caso la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al tratarse de un acto del Consejo de Ministros en materia laboral sujeto al derecho administrativo¹²–. Y ello, porque difícilmente va a entender que la situación económica “aconseja” activar el mecanismo en contra de la opinión del gobierno, ni tampoco la situación opuesta, salvo quizá el supuesto de laboratorio y altamente improbable de situación de clara bonanza económica que no justifiquen la intervención; en el caso contrario –situación coyuntural negativa– las elevadas implicaciones presupuestarias hacen difícil sustituir el criterio del gobierno, máxime cuando ni el parlamento puede aumentar los créditos contra el criterio gubernamental (art. 134.6 CE).

La segunda modalidad, la sectorial, presenta una situación de lo que tradicionalmente se ha llamado reconversión industrial¹³: aquella en la que “determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras”. Es de destacar la visión positiva de la realidad que tiene el legislador, que en lugar de indicar que hay un excedente de personas trabajadoras del sector –dicho de otro modo, que se va a destruir empleo– opta por establecer el camino para que puedan encontrar otro empleo, ya sea en el mismo sector, pero con otras funciones (recualificación), o en otro tipo de actividad económica (transición profesional). Contra la lógica tradicional de los procedimientos del art. 47 ET, que siempre tendrán naturaleza temporal, en este caso se trata de crisis permanentes del sector.

Tanto en un caso como en otro la duración del mecanismo, esto es, del periodo durante el cual las empresas pueden solicitar la adopción de las medidas, es de un máximo de un año. Sin embargo, hay una importante particularidad, pues mientras que en mecanismo RED cíclico este plazo fijado tendrá naturaleza definitiva¹⁴, en el caso del mecanismo sectorial se permiten dos “dos prórrogas de seis meses cada una”. Debe hacerse notar que en este supuesto de prórroga la discrecionalidad desaparece; no se trata de la posibilidad de prorrogar hasta alcanzar un tope de dos años, y no parece posible, sorprendentemente, la prórroga por periodos inferiores a seis meses si fuera lo que se estima conveniente.

De cualquier modo, debe recordarse que no toda situación de crisis o generalizadas (en el conjunto de la economía o en un sector) van a dar lugar a la activación del Mecanismo RED, pues este sigue siendo complementario de los instrumentos ordinarios de estabilización y flexibilidad, y

¹¹ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, *Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (art. 47 ET) y ERTE Mecanismo RED (art. 47.bis ET). Una mirada crítica a las relaciones laborales [en línea]* S.l.: s.n. 2022.

¹² Aunque el legislador no ha incluido expresamente el art. 47 bis en el ámbito de la letra n del art. 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, parece razonable entender que se trata de un acto sujeto “al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral”.

¹³ CRUZ VILLALÓN, Jesús, *El Sistema RED de regulación temporal de empleo. Briefs de la AEDTSS* S.l.: s.n. 2022., p. 2

¹⁴ En textos previos al definitivo se previeron periodos algo más largos, de hasta 18 meses, como recoge ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos, *Una propuesta proyectada para la sustitución de los ERTE extraordinarios: el mecanismo Red. Trabajo, persona, derecho y mercado [en línea]* S.l.: s.n. 2021.

particularmente de los procedimientos del art. 47 ET, entre los que se incluye expresamente como fuerza mayor la consecuencia de la decisión adoptada por la autoridad pública¹⁵.

3. La dinámica de la activación del mecanismo

El uso de esta nueva figura requiere, como ya se ha apuntado, dos pasos. En primer lugar, es preciso que se active el mecanismo, para posteriormente, y durante la vigencia del mismo, se ponga en marcha para empresas concretas.

Atendiendo a la actual estructura del gobierno (y los equilibrios políticos que supone ser un gobierno de coalición), el apartado segundo del art. 47 bis establece, tras un preceptivo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos económicos, la necesidad de una triple iniciativa (“a propuesta conjunta de las personas titulares de los Ministerios de Trabajo y Economía Social, de Asuntos Económicos y Transformación Digital, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones”). Dado que no se indica expresamente lo contrario—y al margen de que sería extraño el informe negativo de dicha comisión cuando está presidida precisamente por una de esas personas y participan las otras dos¹⁶— el informe tendrá carácter no vinculante¹⁷.

Esta decisión puede adoptarse por iniciativa de las personas titulares de los ministerios indicados, pero también se prevé la posible participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, con distinta intensidad.

En el caso del mecanismo sectorial, estas organizaciones podrán solicitar a los ministerios citados la convocatoria de la Comisión tripartita del mecanismo red. Esta, pese al uso de la mayúscula inicial que apuntaría a su existencia formal con algún tipo de regulación, no se define, y es ciertamente equívoca. En un sentido general del lenguaje, tripartito es aquello “dividido en tres partes, órdenes o clases, o formado por ellas”, por lo que pudiera entenderse referido a la formada por los tres ministerios mencionados; sin embargo, dada la tradición del uso del término en el ámbito del derecho social, parece más lógico entender que es una forma de participación institucional y que las tres partes referidas serán Gobierno, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales más representativas a nivel estatal¹⁸.

Esta comisión deberá reunirse en el plazo de quince días desde su solicitud y tiene por objeto analizar la existencia de los mencionados cambios en el sector, así como “la necesidad, en su caso” de elevar la solicitud de activación del Mecanismo RED sectorial al Consejo de Ministros. No aclara el precepto si esta vía es alternativa o acumulativa a la anterior, es decir, si esta valoración de “necesidad” adoptada en la señalada comisión tripartita es suficiente para elevar la cuestión al Consejo de Ministros o si por el contrario será necesario el informe previo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, con posterior decisión formal de elevación por parte de los tres Ministerios implicados. A falta de un eventual desarrollo reglamentario que aclare este punto, parece razonable entender que la mencionada comisión es una forma de participación institucional, pero que no exime del trámite señalado.

Cuando se trate de un Mecanismo RED cíclico, o sectorial pero activado a iniciativa del Gobierno y no de los agentes sociales, la participación de éstos se limitará a ser informados —no se

¹⁵ CRUZ VILLALÓN, Jesús, *El Sistema RED de regulación temporal de empleo. Briefs de la AEDTSS S.l.*: s.n. 2022., p. 3

¹⁶ Art.2 Real Decreto 399/2020, de 25 de febrero, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno.

¹⁷ Art. 80.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹⁸ En el mismo sentido lo entiende BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, *Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (art. 47 ET) y ERTE Mecanismo RED (art. 47.bis ET). Una mirada crítica a las relaciones laborales [en línea]* S.l.: s.n. 2022.

prevé trámite de audiencia, sólo transmisión unidireccional de información– con carácter previo a la elevación al Consejo de Ministros.

En este punto es necesario detenerse a realizar una consideración acerca de la forma en que se ha concebido la activación y la naturaleza de esta decisión, pues se limitan las competencias tanto desde la perspectiva del poder político como de la participación de los agentes sociales a una lógica estrictamente estatal. Sin embargo, no es descartable que tanto desde una perspectiva general como sectorial la mala situación económica tenga efectos limitados en el espacio, y como tales se acoten al territorio de una Comunidad Autónoma.

Desde la perspectiva competencial, la disposición final cuarta del RD-L 32/2021 incluye en este sentido no sólo el título de legislación básica en material laboral (art.149.1.7ª CE) sino también el más amplio de “bases y coordinación de la actividad económica” (149.1.13ª). Parece claro que dentro de este ámbito competencial puede incluirse sin problemas la regulación del Mecanismo RED; es sin embargo desde la perspectiva de la ejecución de ambas políticas donde pueden aparecer las dudas. En el caso del mecanismo cíclico, no es descartable que exista una “coyuntura general de la economía” con efectos territoriales limitados, aunque tal y como está definido, parece poco probable (si bien no imposible). En el ámbito sectorial, por el contrario, resulta plausible que por la específica implantación de un sector en una región¹⁹ o incluso por circunstancias particulares de otra clase²⁰, existan situaciones en las que pueda estar justificada la activación. Pues bien, en estos casos deberá entenderse o bien que el mecanismo sólo puede habilitarse para el caso de impacto estatal, o bien que la decisión corresponde en todo caso al Consejo de Ministros. Tanto uno como otro caso parecen, a mi juicio, poco respetuosos con las competencias autonómicas en materia de ejecución laboral y el desarrollo económico de la Comunidad Autónoma. Debe tenerse en cuenta que la mera activación del mecanismo no supone efectos en materia de Seguridad Social, y que cuando se toman decisiones laborales con impacto es esta (la autorización de suspensiones y reducciones) no hay duda de que la competencia puede ser regional.

Desde la perspectiva sindical, de la misma forma, se obvia el derecho a la participación institucional de los sindicatos más representativos a nivel autonómico, a los que expresamente el art. 7 LOLS les reconoce este derecho –que se integra así en el contenido del derecho fundamental, con lo que no puede verse afectado por un real decreto-ley– también “ante las Administraciones públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal”. En el mismo sentido, aunque sin el grado de protección constitucional del derecho a la libertad sindical, la disposición adicional sexta ET reconoce la participación de las organizaciones representativas de comunidad autónoma, si bien aquí se establece simplemente que “podrán estar representadas”, con lo que su exclusión por una norma de rango legal sería, a mi juicio, aceptable, sin perjuicio de la incongruencia política que supondría.

4. Suspensiones de contratos y reducciones de jornada

Como se ha apuntado más arriba, el mecanismo RED no produce por sí mismo ningún efecto directo sobre las empresas y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, sino simplemente altera el marco jurídico –en puridad, añade otra posibilidad, pues no hay obstáculo legal alguno para

¹⁹ CRUZ VILLALÓN, Jesús, *El Sistema RED de regulación temporal de empleo. Briefs de la AEDTSS S.l.*: s.n. 2022., p. 2

²⁰ Piénsese en el agotamiento de un recurso natural en determinada región que haga inviable el sector, o el cierre de determinada industria que tenga una particular incidencia económica regional, por el volumen de empleo indirecto en empresas de lo que en la regulación excepcional de pandemia se ha definido como “integrantes de la cadena de valor o dependientes indirectamente de las empresas” para las que se declare la aplicación.

que vigente el mecanismo RED se empleen las herramientas generales del art. 47 ET– para llevar a cabo suspensiones de contrato o reducciones de jornada.

Establece así el art. 47 bis la posibilidad de que durante la vigencia del mecanismo las empresas soliciten a la autoridad laboral (que aquí sí, será estatal o autonómica, según corresponda) la suspensión de contratos o reducción de jornada para cualquiera de sus centros de trabajo, pero debe destacarse que no existe siquiera una presunción favorable a la concurrencia de causa suficiente; expresamente el último párrafo del apartado segundo subraya que “la decisión y las consideraciones que se incorporen al Acuerdo del Consejo de Ministros no serán por sí mismas causas para la adopción en el ámbito empresarial de las medidas”.

El procedimiento, por ello, se inicia siempre a instancia de la empresa, que simultáneamente deberá comunicar este hecho a la representación de las personas trabajadoras, remitiéndose a los apartados 3 y 5 del régimen general del art. 47 ET para el desarrollo del procedimiento de consultas. Como única especialidad, en el caso de que se trate de un procedimiento inserto en un mecanismo RED sectorial, será preciso acompañar esta solicitud inicial (y se entiende que la comunicación a la RLPT) un plan de recualificación.

En cuanto a la tramitación administrativa del expediente, se prevé la evacuación, en un plazo de siete días desde la notificación por parte de la empresa a la autoridad laboral de informe (preceptivo y no vinculante) por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre la concurrencia de los requisitos correspondientes.

La resolución expresa deberá dictarse en el plazo de siete días naturales, contados ahora desde la finalización del proceso de consultas, siendo la consecuencia del incumplimiento de dicho plazo la autorización de la medida (silencio positivo). En todo caso, si el periodo de consultas concluye con acuerdo la decisión de la autoridad laboral es reglada y debe autorizarla; en caso contrario sí que dispone de discrecionalidad técnica (no política) para, de forma motiva, valorar si de la documentación aportada se deduce que concurre en la empresa la situación habilitante (cíclica o sectorial), atendiendo por tanto a lo previsto en el acuerdo de activación del Mecanismo dictado por el Consejo de Ministros.

Por lo demás, y salvo en lo referente al control de situaciones de fraude y el régimen de exoneraciones y bonificaciones, que serán objeto de estudio específico en este trabajo, el legislador no establece reglas particulares, y expresamente se remite a los apartados cuarto y séptimo del art. 47 ET, por lo que serán de aplicación las reglas previstas para las prórrogas (con el límite de la vigencia del propio mecanismo RED), los porcentajes de reducción de jornada, las posibilidades de afectación y desafectación de personas trabajadoras o la prohibición de realización de horas extraordinarias, externalizaciones y contrataciones.

5. La exoneración de cuotas y la formación de las personas afectadas

5.1. Regulación básica

La disposición adicional cuadragésima cuarta²¹ de la LGSS²² establece el régimen de específico de beneficios a la cotización para las distintas modalidades de expedientes de regulación temporal de empleo, incluidos los que se produzcan en el marco de un Mecanismo RED.

²¹ Téngase en cuenta que inicialmente el RD-L la numeró como trigésima novena, coincidiendo en la numeración con la relativa al “Seguimiento de la revalorización de las pensiones y garantía de mantenimiento de poder adquisitivo de las pensiones” añadida por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, publicada el mismo día que el RD-L 32/2021. Posteriormente el BOE de 19 de enero de 2022 publicó la corrección de errores, dándole esta numeración.

²² Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Debe señalarse, en primer lugar, que no es un sistema automático, vinculado directamente con la autorización administrativa de la suspensión contractual o reducción de jornada, sino que se aplica siempre “a instancia de la empresa” (apdo. 5) cuando concurren los requisitos correspondientes.

5.2. Requisitos; en particular la formación en las crisis sectoriales

Entre estos, junto al evidente de la aprobación por la autoridad administrativa y la efectiva reducción de jornada o suspensión de contrato, destaca la exigencia del desarrollo de acciones formativas previstas en la disposición adicional vigésima quinta ET para el caso de los mecanismos Red sectoriales (letra e de la DA44^a. 1 LGSS). Se establece en esta la posibilidad (“las empresas podrán desarrollar”) de llevar a cabo acciones formativas con la finalidad de mejorar competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras afectas por este proceso temporal de suspensión o reducción. Señala esta norma que “se priorizará” el desarrollo de las acciones que atiendan las necesidades formativas reales de las empresas y los trabajadores, “incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, así como aquellas que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa”. Se observa pues una doble lógica, dado que puede estar orientada tanto a que la persona trabajadora pueda adquirir las competencias para mantenerse en la empresa a pesar de los cambios que puedan producirse en ella, como para la reorientación de su carrera profesional. Es en todo caso sumamente flexible, pues puede orientarse tanto a las cualificaciones y formación profesional²³ como a los instrumentos previstos en el Sistema de Formación Profesional para el empleo²⁴, previéndose expresamente un incremento de crédito inversamente proporcional al tamaño de la empresa²⁵.

En cuanto al desarrollo de estas acciones formativas, no es necesario que coincida con el horario laboral, aunque pueden desarrollarse en tiempo de trabajo. Ahora bien, sí que es preciso respetar los descansos legalmente establecidos y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar. En todo caso, lógicamente, se desarrollarán durante la vigencia del ERTE, sin que sea admisible el compromiso de formar con posterioridad al mismo a los trabajadores. Ello no obsta, lógicamente, a planes de formación y recualificación más ambiciosos que, cubriendo el tiempo en que rige la suspensión o reducción, se extiendan posteriormente en el tiempo.

5.3. Concreción de la exoneración y procedimiento

El objetivo de esta exoneración de cuotas es hacer menos gravoso para la empresa el mantenimiento del empleo, pues como regla general deberá mantener en alta y abonar todas las cotizaciones sociales correspondientes a las personas de su plantilla, con independencia de la reducción de jornada o suspensión de contrato. Así, se exime del pago de un parte de la cuota empresarial por contingencias comunes y conceptos de recaudación conjunta a la que se refiere el art. 153 bis LGSS (también añadido por el RD-L 32/2021) en proporción variable según los casos.

En concreto, en el caso de que la reducción de jornada o suspensión contractual se enmarque en un mecanismo RED cíclico, la exoneración tiene una estructura decreciente en tres tramos de cuatro meses cada uno (60%-30% y 20% de las cuotas, respectivamente). Debe subrayarse que en este

²³ Conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional.

²⁴ Por los cauces establecidos en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.

²⁵ Nuevo apartado 7 del art. 9 L30/2015 citada, que lo fija entre 425 y 320 euros por persona.

caso la cuantía de la exoneración no depende de la duración del ERTE, sino del momento en que se solicite, pues el cómputo del primer periodo de cuatro meses es “desde la fecha en que se produzca la activación, por acuerdo del Consejo de Ministros”, expresión que se entiende referida al mecanismo en su conjunto y no a la solicitud empresarial de la concreta medida, que no será aprobada por dicho órgano sino por la autoridad laboral correspondiente. Ello implica que, en la práctica, dado que los procedimientos no podrán comenzar a tramitarse hasta el momento de la activación y conlleva un cierto periodo de negociación y aprobación, se “perderá” parte del tramo de mayor protección (60% de exoneración). Así, parece que la concepción de este mecanismo es de transición progresiva (aunque relativamente rápida) hacia la asunción total por la empresa de los costes de seguridad social, según avanzan los meses en los que se hace precisa esta “estabilización adicional” de la economía.

En el caso de los ERTEs que se inicien dentro de un mecanismo RED de carácter sectorial la exoneración es un 40%, sin variación en el tiempo. Así, aun cuando el cíclico es aparentemente más generoso en la fase inicial exoneración de cuotas, todo el periodo que transcurra a partir del cuarto mes de activación tendrá mayor reducción de gastos asociados a cotizaciones en este caso. Desde una perspectiva práctica, si coincidieran ambos en el tiempo, parece probable que, dado que el sectorial además puede alcanzar hasta dos años, será más favorable a la empresa optar por este que por el cíclico.

Estas exoneraciones se configuran sin perjuicio alguno para las personas trabajadoras, para las que a todos los efectos se considerará como tiempo cotizado por la base que corresponda, calculada sobre el promedio de cotización efectiva de los seis meses anteriores (art. 153 bis LGSS). Además, dado que el presupuesto es una situación generalizada de crisis (para toda la economía o el sector) se excluye la aplicación de las reglas 1 y 3 del art. 20 LGSS, es decir, estar al corriente “en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social en relación al ingreso por cuotas y conceptos de recaudación conjunta, así como respecto de cualquier otro recurso de la Seguridad Social que sea objeto de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social” tanto en el momento inicial como durante el periodo de aplicación de la exención. De este modo, implícitamente, se asume una suerte de ausencia de culpa en el impago o morosidad, que justifica que no se deriven de él consecuencias negativas que agraven la situación económica de la empresa y dificulten su supervivencia y el mantenimiento del empleo.

En cuanto al procedimiento, señala el apdo. 5 de esta disposición adicional que se aplicarán (a instancia de parte) por la TGSS previa aportación, con carácter previo a la solicitud del cálculo de la liquidación –a través del sistema RED de comunicación– de:

- Identidad de las personas trabajadoras y periodos de reducción o suspensión
- Declaración responsable de cada código cuenta de cotización de las personas de alta en los centros de trabajo afectados y mes de devengo, en la que se haga referencia a la existencia y vigencia del ERTE (y la autorización correspondiente de la autoridad laboral) como al cumplimiento de los requisitos legales.
- En el caso del mecanismo RED sectorial, declaración responsable de la realización de las acciones formativas.

La presentación extemporánea de las declaraciones responsables implica la pérdida del derecho a la exoneración en las liquidaciones ya realizadas, aplicándose únicamente a las posteriores.

5.4. Compromiso de mantenimiento del empleo

El apartado décimo recoge una condicionalidad orientada a que la solicitud de estas exoneraciones de cuotas no sea una huida hacia delante de empresas no viables en su dimensión actual, que sim-

plemente posponen la decisión de reducción de plantilla (o cierre). Así, debe mantener el empleo durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del ERTE (no a la desactivación del mecanismo, que puede ser posterior).

En caso de que alguno de las personas trabajadoras sobre cuyas cuotas se haya aplicado la exoneración no continuara en el empleo, la consecuencia es el reintegro de las cotizaciones junto con los recargos e intereses de demora calculados conforme a las reglas generales establecidas en la normativa de gestión recaudatoria de Seguridad Social.

Lógicamente, se establecen excepciones para los casos en que la extinción se produce por motivos ajenos a la voluntad de la empresa (dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora) o exista una causa particularmente justificada (despido disciplinario procedente, terminación del contrato temporal correctamente formalizado por finalización de su causa o imposibilidad de realización de su objeto) o cuando en sentido estricto no se produzca la extinción (“personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo”).

En este punto, sorprende que el legislador haya mantenido un criterio tan vinculado al mantenimiento del puesto de trabajo por encima del mantenimiento del empleo, especialmente cuando toda la configuración de los ERTes del mecanismo RED sectorial parecen reconocer la posibilidad de que el empleo ya no sea viable en los mismos niveles: los cambios en el sector son permanentes y la formación puede dirigirse a la reorientación profesional, y específicamente se indica, como ya se ha señalado, que no tiene por qué estar necesariamente vinculada a la prestación de servicios en la empresa.

En este sentido, tal vez habría sido razonable aceptar el compromiso de mantenimiento del empleo si la persona trabajadora es reubicada en otra empresa de otro sector con un contrato indefinido. No obstante, la vinculación de las indemnizaciones extintivas con el tiempo de servicio en la empresa hizo imposible alcanzar un acuerdo en esta materia²⁶.

6. Prestaciones a las personas trabajadoras afectadas

6.2. Requisitos generales y procedimentales

En el epígrafe anterior se ha descrito el apoyo a las empresas para el mantenimiento del empleo que, con distintas configuraciones, se extiende a los diferentes tipos de ERTE, también a los ajenos al Mecanismo RED. Desde la perspectiva de las personas trabajadoras que ven reducida su jornada o suspendido su contrato, con la consiguiente merma salarial, la nueva disposición adicional cuadragésima primera de la LGSS da una respuesta diferenciada y específica, estableciendo una prestación específica y diferente de la de desempleo que tradicionalmente ha sido la forma de remediar la pérdida de rentas por este motivo.

El ámbito subjetivo de la misma son las personas trabajadoras por cuenta ajena afectadas por un ERTE del mecanismo RED, sin que sea necesario acreditar un periodo mínimo de cotización previo a la Seguridad Social. Asimismo, se protege a quienes integran las cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social o en otro régimen especial, siempre que proteja la contingencia de desempleo. Así, con carácter general se

²⁶ En este sentido, la propuesta gubernamental rechazada por los agentes sociales preveía el abono del 50% de la indemnización por despido al FOGASA en caso de recolocación; este organismo se haría cargo eventualmente del pago completo de la indemnización que le hubiera correspondido. Vid. por ejemplo EUROPA PRESS, *Gobierno y agentes sociales se reunirán mañana para seguir negociando la reforma laboral*. [en línea] S.l.: Europa Press. 2021.

incluye a los trabajadores de estas sociedades incluso si realizan también funciones de gerencia y administración siempre que la empresa no alcance los 25 trabajadores o que dichas funciones no sean retribuidas. Por otra parte, se incluyen trabajadores incluidos en el Sistema Especial para trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios (art. 286 LGSS) y ciertos agrarios eventuales (arts. 287 y 288 LGSS), así como el contrato formativo²⁷, y los colectivos previstos en los arts. 290 y 291 LGSS.

No obstante, como mecanismo de prevención del fraude, se exige que la relación laboral o societaria haya comenzado antes de la fecha del acuerdo de activación del Mecanismo Red por el Consejo de Ministros activación del mecanismo, para evitar que, tras el mismo, se produzcan contrataciones sin contenido real con el único ánimo de percibir las prestaciones. No obstante, debe señalarse que dado que el procedimiento requiere una iniciativa previa (gubernamental o de los agentes sociales), como se ha expuesto, tal vez hubiera sido prudente adelantar el momento de contratación exigido a este momento. En cualquier caso, destaca que en situaciones como ésta no es preciso acreditar periodos de cotización previa.

Para el abono por parte del sistema público de protección es precisa solicitud de la empresa en representación de las personas beneficiarias, en la que además de la identidad de estas se hará constar la naturaleza de la medida aprobada por la autoridad laboral y, en caso de reducción de jornada, el porcentaje máximo de reducción autorizado.

No obstante, a diferencia de lo que ocurre en las exoneraciones de cuotas, en este caso el derecho de la persona trabajadora a la protección de su renta sí que nace en el mismo momento de reducirse la jornada o suspenderse el contrato. Por ello, si no se presentara la solicitud en plazo (un mes desde la notificación de la resolución de la autoridad o de la certificación del silencio administrativo), la empresa será responsable del abono de los importes que hubiera percibido desde la reducción de ingresos hasta el momento de la solicitud.

6.3. Naturaleza, contenido y duración de la prestación

Debe señalarse, en primer lugar, que, a diferencia de la protección tradicional de rentas en periodos de suspensión, no se trata de una prestación por desempleo, sino que se configura de forma específica. Ello es coherente con la calificación que hace la disposición adicional sexta del RD-L 32/2021, que expresamente impone que estas personas sean “computadas como ocupadas a efectos estadísticos”, como por otra parte ya se estaba haciendo por el Instituto Nacional de Estadística con los afectados por ERTes consecuencia del COVID-19, al entender, siguiendo criterios de la Oficina Estadística de la Unión Europea (EUROSTAT), que existe garantía de reincorporación al puesto de trabajo, finalizado el periodo de suspensión²⁸.

De hecho, esta prestación se declara expresamente incompatible con la prestación o subsidio por desempleo o por cese de actividad, así como con la renta activa de inserción y las demás prestaciones de Seguridad Social, salvo que fueran compatibles con el trabajo suspendido o reducido por el Mecanismo RED. En consecuencia, como expresamente recoge el apdo. 8 de la DA analizada, no supone consumo de cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto: no es que se “repongan”, es que no llegan a “gastarse”.

²⁷ El art. 290 LGSS se refiere al contrato para la formación y el aprendizaje; aunque no se ha adaptado la terminología de la LGSS, el nuevo régimen de contratos formativos del art. 15.4.a ET expresamente menciona la prestación por desempleo entre las coberturas.

²⁸ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Nota de prensa a la Encuesta de Población Activa del tercer trimestre de 2021. [en línea]* S.l.: s.n. 2021., p. 19. También lo menciona ROJO TORRECILLA, Eduardo, *Estudio de la reforma laboral de 2021 (VI). La apuesta reforzada por la flexibilidad interna y la incorporación de medidas adoptadas durante la pandemia. Expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) y nuevo Mecanismo RED. El blog de Eduardo Rojo [en línea]* S.l.: s.n. 2022., p. 7

Mención específica merece la última regla de incompatibilidad del apartado primero de esta DA cuadragésima primera LGSS: “Las personas trabajadoras no podrán percibir, de forma simultánea, prestaciones derivadas de dos o más Mecanismos RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo”. Esta prohibición, atendiendo a su tenor literal, no impide que una persona pluriempleada perciba dos prestaciones de esta clase si sus empleadoras son ambas empresas dentro del ámbito de aplicación del mismo mecanismo RED (por ser del mismo sector o por estar afectadas por la misma coyuntura cíclica). El objeto de esta norma, a mi juicio, es evitar que por una misma pérdida de rentas se solicite prestación por dos mecanismos RED activados simultáneamente en el tiempo (p.ej. uno sectorial durante cuya vigencia se activa otro cíclico). No obstante, la redacción actual impediría que, en una situación como la descrita, la persona pluriempleada en dos sectores afectados por dichos mecanismos pudiera tener una protección integral de sus rentas, creando un absurdo agravio comparativo con la pluriempleada en un solo sector.

En relación con el trabajo simultáneo, únicamente se recoge la compatibilidad con el trabajo a tiempo parcial por cuenta ajena, prohibiéndose expresamente el trabajo por cuenta ajena a tiempo completo, así como el realizado por cuenta propia. Debe señalarse que no se exceptúan de esta prohibición las situaciones preexistentes de pluriactividad, por lo que el empleado por cuenta ajena afectado por un ERTE de mecanismo RED que tenga en paralelo su propio negocio tendrá que optar por suspender éste o no cobrar la prestación.

La cuantía de la prestación es del 70% de la base de cotización, calculada sobre el promedio de la que corresponda a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluidas las retribuciones por horas extraordinarias de los 180 días anteriores al inicio de la aplicación de la medida; si no hubiera cotizado ese periodo en dicha empresa, se limitará el periodo al tiempo de ocupación en la misma. En ningún caso se percibirá un importe superior al 225% del IPREM incrementado en un sexto, lo que para el año 2022 supone 1519,93 euros²⁹.

La duración de la prestación se vincula a la persistencia de la situación que la origina y la continuidad de la relación laboral: así, se suspenderá si lo hace el vínculo con la empresa por motivo distinto a la aplicación del mecanismo, y se extinguirá si se causa baja en la empresa; en cualquier caso, nunca se prolongará más allá de la vigencia del Mecanismo RED aplicado y puede perderse también por sanción impuesta conforme a la LISOS (apartados 9 y 10 de la DA cuadragésima primera LGSS)

7. Otras normas en relación con el mecanismo RED

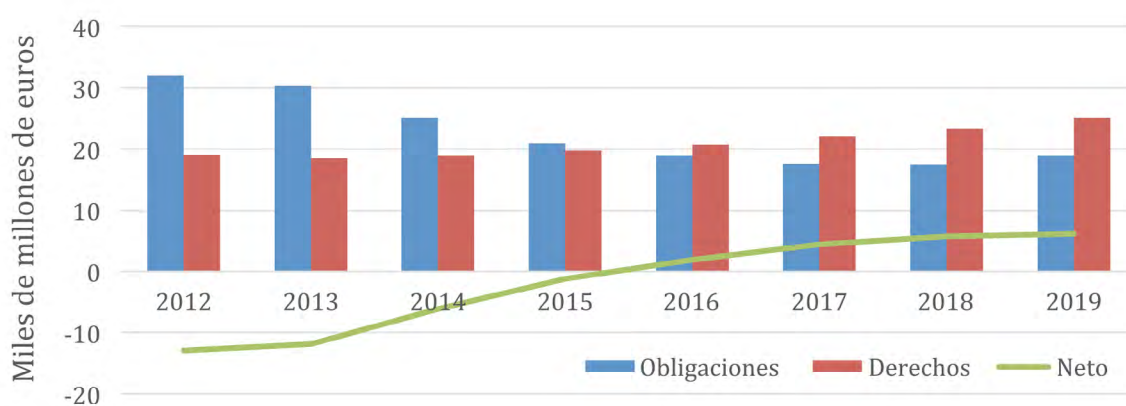
7.1. Financiación

El nacimiento de este mecanismo supone la cobertura con dinero público del coste de las exoneraciones de cuotas a empresas, del abono de la prestación a las personas trabajadoras y de las cotizaciones correspondientes a esta misma prestación (apdo. 5 DA cuadragésima primera LGSS), así como los costes de formación. Para hacer frente a este gasto, el art. 47 bis ET establece en su apartado sexto y último la constitución de un Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo “sin personalidad jurídica propia”, adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social, con el que se pretende atender a las necesidades de financiación de las dos modalidades establecidas, en todos los conceptos antes señalados.

²⁹ Disposición adicional centésima primera de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022. BOE de 29 de diciembre de 2021.

Esta suerte de lucha para tiempos peores se dotará, indica el precepto de “los excedentes de ingresos que financian las prestaciones por desempleo en su nivel contributivo y asistencial, las aportaciones que se consignen en los Presupuestos Generales del Estado, las aportaciones procedentes de los instrumentos de financiación de la Unión Europea orientados al cumplimiento del objeto y fines del Fondo, así como los rendimientos de cualquier naturaleza que genere el Fondo”. En la práctica, salvo que esta y sucesivas reformas consigan moderar la bulimia del mercado de trabajo español³⁰, con una visión de largo plazo, no parece que el excedente primeramente nombrado tenga demasiado recorrido. Mirando los datos del periodo 2012-2019, por ejemplo, se aprecia como el déficit en los momentos de crisis es mucho mayor que el excedente en épocas de bonanza:

Derechos por ingresos por cotizaciones sociales y obligaciones de pago por desempleo reconocidas por el SEPE (netos).



Elaboración propia a partir de las cuentas anuales del organismo.

Quizá por ello, la propia DA44^a LGSS, al referirse a la financiación de las exoneraciones de cuotas, se limita a indicar que se financiarán con cargo a las aportaciones del Estado a los distintos organismos a los que corresponda en cada caso. Igualmente, el nuevo art. 9.7 L30/2015 ordena aportaciones extraordinarias al presupuesto del SEPE para la cobertura de los costes de formación. Por tanto, salvo que se incrementen las cotizaciones sociales, serán las otras dos fuentes nombradas las que nutrirán este fondo.

7.2. Instrumentos de control y sanción

La creación de mecanismos financieros de ayuda atrae inevitablemente la atención de quienes pretenden aprovecharse ilícitamente del sistema, por lo que es imprescindible la articulación de mecanismos de vigilancia (ex ante y ex post) y reacción para garantizar un buen uso de los recursos públicos.

Así, desde la perspectiva laboral, el art. 47 bis. 5.c prevé tanto la colaboración del SEPE y la ITSS en el “desarrollo de actuaciones efectivas de control de la aplicación del Mecanismo, mediante la programación de actuaciones periódicas y de ejecución continuada” como la vigilancia automatizada por parte de esta última, por medio del acceso a los datos necesarios para ello.

³⁰ Gráfica expresión que creo que debe atribuirse al profesor Dolado Lobregad (p.ej. en BENTOLILA, Samuel y DOLADO LOBREGAD, Juan José, *Respuesta a Martínez Noval en El País. Nada es Gratis [en línea]* S.l.: s.n. 2011. Se refiere a la gran capacidad de generar empleo y desempleo conforme al ciclo económico, de forma que España suele ser el país que más empleo crea en la Unión Europea en las épocas de bonanza y el que más destruye en las recesivas.

Igualmente, la DA44^a LGSS establece el control del SEPE (previa comunicación de la TGSS de las personas sobre las que se ha aplicado la exención de cuotas) de la efectiva impartición de la formación, y la eventual comunicación de la TGSS a la ITSS de los incumplimientos.

El incumplimiento de esta obligación formativa conlleva (salvo que sea la persona trabajadora la que no haya realizado la acción formativa puesta a su disposición), lógicamente, el reintegro de las exenciones reconocidas y aplicadas, del mismo modo que el incumplimiento del compromiso del mantenimiento del empleo descrito más arriba en este trabajo.

Por último, como no podría ser de otra manera, se ha modificado la LISOS³¹ para recoger conductas específicas, como la indebida aplicación del Mecanismo RED fuera del procedimiento del art. 47 bis (que se equipara a la conducta análoga frente a los arts. 47 y 51 ET, ya recogida en el art. 8.3 LISOS); en cualquier caso, también serán aplicables las infracciones previstas como consecuencia del incumplimiento de normas en materia de seguridad social o de los procedimientos del art. 47 ET en los aspectos en los que el régimen derivado del Mecanismo RED se remite a ellos.

Labos, Vol. 3, Número extraordinario 'La reforma laboral de 2021', pp. 96-109 / doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6642>
EISSN 2660-7360 - <http://www.uc3m.es/labos>

Labos, Vol. 3, Número extraordinario 'La reforma laboral de 2021', pp. 97-110 / doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6642>
EISSN 2660-7360 - <http://www.uc3m.es/labos>

El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?

The end of the prevalence of the company agreement in salary matters: point of arrival or departure?

Jesús R. Mercader Uguina

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0001-6301-6788

doi: DOI: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6643>

Resumen: La reciente reforma laboral ha suprimido la prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto del convenio colectivo sectorial, aunque únicamente en lo que se refiere a las condiciones retributivas. En el resto de condiciones laborales, para las que se preveía dicha prioridad, entre otras la distribución del tiempo de trabajo o la adaptación de la clasificación profesional, seguirá siendo de aplicación preferente el convenio colectivo de empresa. La efectos que la referida supresión en la negociación preexistente ha recomendado la incorporación de una norma transitoria para facilitar su progresiva y gradual aplicación. Todas estas cuestiones así como también los efectos de la conservación de los elementos esenciales de la regla de concurrencia de convenios que establece el art. 84 ET, son objeto de un análisis detenido en el presente estudio.

Palabras clave: Prioridad aplicativa del convenio de empresa, convenios sectoriales, concurrencia de convenios, salario, estructura de la negociación colectiva.

Abstract: Recent labour reform has ended the prevalence of the company agreement in salary respecto the sectoral agreement. In the rest of labour conditions (among others, distribution of working time or the professional classification system), the company's collective agreement will continue to be applied preferentially. The effects of the aforementioned suppression in the pre-existing negotiation have recommended the incorporation of a transitory rule to facilitate its progressive and gradual application. All these questions as well as the effects of the conservation of the essential elements of the rule of concurrence of agreements established by art. 84 ET, are the subject of a detailed analysis in this study.

Keywords: Application priority of the company agreement, sectoral agreements, concurrence of agreements, salary, structure of collective bargaining.

jesus.mercader@uc3m.es

I. Razones para una reforma: El uso desviado de la regla de preferencia aplicativa del convenio de empresa: Unidades de negociación oportunistas y representaciones sospechosas

Constituye la regla de solución de conflictos de concurrencia de convenios, consagrada por el art. 84 desde la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores, una pieza vertebradora esencial del entero modelo de negociación colectiva y, por qué no decirlo, un instrumento de notabilísima importancia a la hora de orientar la conformación centralizada o descentralizada de la estructura convencional de nuestro país. Es por ello más que evidente que, por mucho que desde algún sector doctrinal se defendiera la exquisita neutralidad de la intervención legal en esta materia, lo cierto es que la conquista de este enclave estratégico en el vasto territorio de lo convencional haya sido, desde su inicial redacción, el ansiado objetivo de las numerosas reformas legales que se han producido a lo largo de sus años de vida. Dominar esta posición suponía y supone, por extensión, establecer las reglas que regulan el tráfico convencional y fijar los términos en los que debería resolverse la preferencia de paso en caso de conflicto en los complejos y frecuentes cruces de caminos que abarcan la amplia extensión de la negociación colectiva estatutaria.

Como se puso de manifiesto con motivo de la reforma laboral del 2012, en el debate sobre preferencia de la negociación sectorial o empresarial entran en juego visiones plurales en las que lo económico, lo sindical y lo social en su conjunto se mezclan, en ocasiones, con no muy definidos contornos¹. Por ello, probablemente uno de los contenidos de aquella reforma que ha sido blanco de las más aceradas críticas ha sido, precisamente, el art. 84.2 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). Dicho precepto, como es de sobra conocido, venía a establecer la posibilidad de que los convenios de empresa, aún durante la vigencia de un convenio sectorial de cualquier nivel, fijasen ciertas condiciones de trabajo con prioridad aplicativa respecto de otros convenios sectoriales.

En este punto era taxativa la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante, Ley 3/2012) en su Exposición de Motivos: “*La anterior reforma del mercado trabajo también pretendió incidir en la estructura de la negociación colectiva, otorgando prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios en una serie de materias que se entienden primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo. (...) La novedad que ahora se incorpora va encaminada, precisamente, a garantizar dicha descentralización convencional en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores*”.

La citada regla no suponía, conviene recordarlo, una atribución de preferencia absoluta e incondicionada de los convenios de empresa en relación con lo establecido en los convenios de ámbito superior sino, únicamente, una preferencia limitada o condicionada en las concretas materias que expresamente le atribuye la Ley siempre que la concurrencia se produzca durante el tiempo de vigencia del convenio de ámbito superior. La regla legal de prioridad aplicativa del Convenio de empresa en determinadas materias fue validada constitucionalmente por las SSTC 119/2014 y

¹ Para un análisis de las distintas fases de la evolución normativa del art. 84.1 ET, me permito remitir a J. R. MERCADER UGUINA, *Concurrencia de convenios colectivos y transformaciones en la estructura de la negociación colectiva*, en SANGUINETTI RAYMOND, W. CABERO MORÁN, E. (Coords.), *Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español del Profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después*, Granada, Comares, 2017, pp. 741-757. En particular, sobre el alcance de la reforma del 2012, *La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: La reforma de la Ley 3/2012*, en GARCÍA-PERROTE, I., MERCADER UGUINA, J.R., *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto Ley 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012, pp. 419 a 455. Más recientemente, me he ocupado de esta cuestión en “*El incierto futuro de la preferencia aplicativa del convenio de empresa en tiempo de reformas*”, en A. DE LA PUEBLA PINILLA y J. R. MERCADER UGUINA (Dir.), *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 449-469.

8/2015. En ellas el Tribunal Constitucional subraya la inexistencia de un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva, reconociendo que el 37.1 CE encomienda al legislador su garantía limitándose a señalarse quienes son los titulares del derecho, y establece la eficacia del resultado de la actividad negocial. En este extenso margen de libertad de configuración, resulta legítima tanto una política legislativa que se decante por la prioridad del convenio colectivo sectorial o supraempresarial, como aquella que opte por la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, pues unos y otros son producto de la negociación colectiva entre sujetos legitimados para ello. La Constitución no impone ni una negociación colectiva “centralizada” (de carácter general o sectorial) ni tampoco una negociación colectiva “descentralizada” (de empresa). Ambos modelos resultan constitucionalmente legítimos. La anterior conclusión también fue subrayada por el Tribunal Supremo en su STS de 26 de marzo de 2014 (R^o 129/2013).

Pero la realidad y el uso desviado de la regla de prioridad aplicativa del convenio de empresa han contribuido a devaluar aún más, si cabe, la deteriorada imagen del art. 84.2 ET, por cuanto la misma ha servido para desarrollar huidas estratégicas del marco sectorial a través de la creación tanto de unidades de negociación “oportunistas”² como por la intervención de sujetos “sospechosos”³ en la conclusión de convenios en este ámbito.

En efecto, un primer argumento que se utilizó habitualmente para fundamentar y defender la desaparición de la regla que dota de preferencia aplicativa al convenio de empresa era que los convenios nacidos tras la reforma del 2012 habían contribuido a fijar salarios más bajos que los preexistentes. Tal afirmación tiene consistentes fundamentos pero exige, como todo en la vida, matices.

Como ha señalado Gimeno⁴, “el promedio salarial de las unidades de negociación que ya existían en el momento de aprobación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, resultan muy similares a las que había antes de dicho cambio legislativo. Por el contrario, el salario medio pactado en los convenios colectivos firmados después de 2012 correspondientes a empresas o grupos de empresas que firman su primer acuerdo de esta clase, es claramente inferior al que se venía estableciendo en los años anteriores. De esta forma, parece que efectivamente, tal y como se advirtió desde diversos ámbitos (sindicales, académicos, políticos) la reforma laboral no ha servido tanto para dinamizar la negociación colectiva que ya existía, sino para que se generen nuevos acuerdos en empresas para competir por medio de salarios más bajos”. Y añade, “esos datos demuestran que la reforma laboral ha generado una nueva oleada de convenios colectivos de ámbito empresarial o de grupo de empresas que, aprovechando las posibilidades de prioridad aplicativa que concede la redacción dada al art. 84.2 ET por la reforma de 2012, han fijado salarios en niveles claramente inferiores a lo que venía haciéndose”. Sin embargo, concluye, “no puede afirmarse a la vista de los datos obtenidos en este estudio que dicha reforma haya debilitado con carácter general la negociación colectiva de empresa en materia de salarios, pues el comportamiento post-reforma de las unidades que existían con carácter previo a la modificación legislativa es muy similar antes y después de la misma”.

No puede, por tanto, afirmarse con la rotundidad que la reforma llevara consigo una devaluación salarial a nivel de empresa con carácter general. Si bien miramos, son las unidades nacidas al calor de la reforma del 2012 las que han deformado sus fines. Por el contrario, las empresas y

² Concepto que tomo de P. GIMENO DIAZ DE ATAURI, *Determinación del salario y estructura de la negociación*, en GOERLICH PESET, J.M. (Dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España*, Madrid, CCNCC, 2018, pp. 163, aunque él habla de forma más genérica de la aparición de “empresas oportunistas”.

³ C. ALFONSO MELLADO (Coord.), *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Madrid, Lefebvre El Derecho, 2016

⁴ P. GIMENO DIAZ DE ATAURI, *Determinación del salario y estructura de la negociación*, cit., pp. 164-165 y 169. Conviene subrayar que esas conclusiones se alcanzan tras un estudio en el que se evalúa, entre otras cosas, el salario efectivo de trabajadores de tres niveles (técnico cualificado, cualificado no técnico, no cualificado) en casi 2.000 convenios colectivos de muy diversos sectores de la economía.

sectores que poseían convenios de empresa y centro de trabajo desde hace largo tiempo no han intervenido en dicho proceso sino que han mantenido los niveles retributivos preexistentes.

Un segundo argumento que sirvió para apoyar las propuestas de reforma y, en algunos casos, de supresión de la regla del art. 84.2 ET, se fundamentaba en el efecto de la creación de unidades artificiales de negociación en la medida en que detectaron numerosos convenios en centros de trabajo que difícilmente justifican un convenio propio, concretamente en centros de unos 10 o menos trabajadores, incluso de 6 o 7 trabajadores. Como ha destacado Alfonso Mellado, cabría hablar así de gran número de convenios “sospechosos”, firmados por un solo representante de los trabajadores, generalmente no afiliado. En muchos casos, continúa, “el firmante es un delegado no afiliado, es más, esto es lo predominante en estos casos. Existen algunos problemas de legitimación pero el problema esencial es la falta de garantía de que las representaciones laborales firmantes, aunque formalmente se ajusten a la legalidad, realmente hayan actuado como genuinos representantes de los trabajadores, hayan seguido un procedimiento de negociación suficiente y hayan tenido capacidad en él de resistirse a las imposiciones empresariales”⁵, los Tribunales han realizado una importante tarea de depuración de estos convenios, aplicando el principio de correspondencia, entre otros argumentos.

Aunque es constante y reiterada la afirmación de que los convenios de empresa han producido un incremento de la tradicional atomización existente en nuestro país, lo cierto es que los datos no refrendan esa conclusión. Aunque se ha producido una reducción del tamaño medio de empresa con convenio propio lo cierto es que, en este momento, la dimensión media ronda los 200 trabajadores, cifra que habla por sí misma de los matices que requiere la anterior conclusión. Bien es cierto, sin embargo, que las unidades de negociación nacidas al calor de la reforma laboral muestran una tendencia a definir entornos de negociación de más reducida dimensión. Los convenios de nuevas unidades de negociación son de empresas notablemente más pequeñas que las preexistentes.

II. Antecedentes reformadores y núcleos del debate durante el proceso de diálogo social

Las anteriores razones animaron sucesivas propuestas de reforma normativa del art. 84.2 ET a lo largo de los últimos años. Las mismas respondieron a diversas también líneas de pensamiento, pero todas ellas tuvieron un común denominador: la eliminación o el establecimiento de severas restricciones en la definición de los contenidos de los convenios de empresa.

Un primer ejemplo de esta realidad se puso de manifiesto en la Proposición de Ley 125/000020 por la que se deroga la reforma laboral aprobada mediante Ley 3/2012, de 6 de julio, presentada por el Parlamento de Navarra. La misma proponía una redacción alternativa de los apartados 1 y 2 del artículo 84. Según la redacción que se propone el apartado 1 quedaría redactado del siguiente modo: “Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario negociado conforme a lo dispuesto en el art. 83.2”. Mientras que el apartado 2 obtendría esta nueva redacción: “Salvo que un acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de comunidad autónoma, negociado según el art. 83.2, estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios, la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias (...)”, reproduciéndose, seguidamente, el listado que contempla la vigente regulación.

Una segunda línea de reforma del art. 84.2 ET vino de la mano de la Proposición de Ley 122/000225 de modificación del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se

⁵ C. ALFONSO MELLADO (Coord.), *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, cit.

aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, al objeto de fortalecer la negociación colectiva en la regulación de las relaciones laborales, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. Era la redacción del apartado 2 del art. 84 ET, como decimos, la que encontraba una modificación más intensa al proponerse su redacción en los siguientes términos: “La regulación de las condiciones de trabajo contenidas en un convenio colectivo de ámbito supraempresarial vigente, establecerá derechos mínimos para los trabajadores bajo su ámbito de aplicación sobre las siguientes materias:

Por otro lado, en las Propuestas del PSOE 8 de febrero de 2016, “Medidas urgentes de derogación de la reforma laboral” y, más en concreto, “Medidas para recuperar el equilibrio en las relaciones laborales reformando la regulación de la negociación colectiva en la reforma laboral de 2012”, la propuesta era la: “Supresión de la prioridad absoluta del convenio de empresa sobre los convenios de ámbito superior que solo se mantendrá cuando no exista pacto en contrario en convenios sectoriales de ámbito superior”. Pero desde aquellas afirmaciones, los términos del debate se fueron matizando y, como seguidamente veremos, se pasó de la supresión absoluta a la introducción de matices hasta, en fin, la práctica conservación del esquema regulador.

Con los referidos antecedentes se abrió el periodo de diálogo social que ha desembocado en la reforma del art. 84.2 ET en la que se centra el presente estudio. Y es que, como señala la Exposición de Motivos III del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante, RDL 32/2021), la “negociación en la Mesa de Diálogo Social” ha sido el instrumento fundamental que ha permitido el debate y, finalmente, el consenso necesario “para hacer efectivo el necesario paquete de reformas, con vocación de permanencia y asentada en una clara voluntad colectiva”. Desde de marzo de 2021 se vinieron sucediendo numerosas reuniones entre Gobierno, UGT, CC.OO y CEOE-CEPYME para dar forma al contenido de esta reforma. La evolución de los distintos documentos que desde ese inicial momento se vinieron sucediendo da buena cuenta, en esta y en todas las materias, de las líneas de reflexión que se siguieron. En esta materia desde el primer momento se observaron varios frentes de posible reforma: (i) El mantenimiento de la estructura y contenidos del art. 84 ET. (ii) La delimitación de los concretos contenidos sobre los que debía proyectarse el principio de prioridad aplicativa de los convenios de empresa. (iii) La disponibilidad por los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 ET de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa. (iv) La imperatividad de las materias no negociables en el ámbito de una comunidad autónoma cuando juega la regla del art. 84.3 ET.

Tal y como señalamos, la lógica general del art. 84 ET no fue objeto de textos que afectaran a la misma y el núcleo fundamental de sus posibles cambios se centró en el contenido y en el alcance de la regla de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa. Por un lado, en lo que se refiere a sus contenidos, la materia salarial se situó, desde el principio, en un primer término. En esta materia, los textos fueron fluctuando desde la conservación matizada de la preferencia aplicativa (“La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. En ningún caso, estos podrán ser inferiores a los establecidos los convenios sectoriales que resultasen de aplicación”), hasta la desaparición de la preferencia en esta materia, como finalmente ha sucedido.

Igualmente, durante el proceso de diálogo social el listado de materias sobre los que se proyectaba la preferencia aplicativa buscó ser modulado. De este modo, en algún momento se propuso que la redacción de la preferencia en relación con el abono o la compensación de las horas extraordinarias contemplaba el apartado b) del art. 84.2, fuera matizada (“La elección entre abono o la compensación de las horas extraordinarias. No se entenderán incluidas en esta prioridad aplicativa la retribución ni la duración del tiempo de descanso compensatorio por hora extraordinaria”) o que se establecieran precisiones en relación con el horario y la distribución del tiempo de trabajo,

proponiéndose que se añadiera a la referida preferencia que en la misma “no se entendiera incluida “la duración de la jornada”. Igualmente, en el terreno de las precisiones también se propuso que el apartado correspondiente a las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal incluyese la “corresponsabilidad” y que se precisase que tales objetivos debieran alcanzarse “a través de los correspondientes planes de igualdad, de carácter obligatorio o voluntario. En todo caso, estas medidas deberán respetar lo previsto, en su caso, en el ámbito sectorial de referencia”. Por último, a lo largo de este proceso se proponía hacer desaparecer las referencias a “la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa” y a “aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2”.

La imperatividad de la preferencia del convenio de empresa sobre los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET fue cuestionada en numerosas sesiones del proceso de diálogo que ha dado a luz el RDL 32/2021. De ello queda constancia en diversos documentos en los que se incorporaban redacciones en las que se apostaba por incorporar una regla de alcance dispositivo: “Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado”. Los riesgos de una regla de este alcance eran significados y ello porque el convenio de empresa se situaba en una posición precaria y dependiente de las orientaciones que a nivel centralizado se decidan en cada momento, estableciendo por esta vía la ley una relación de jerarquía implícita entre los distintos convenios colectivos y dado que las, en la práctica, grandes organizaciones sindicales y empresariales monopolizan los niveles superiores de negociación, el efecto será probablemente que estas organizaciones se reserven en exclusiva la determinación de la estructura y organización de la negociación, dejando a niveles inferiores la capacidad de negociar solo lo que aquéllas le permitan⁶.

En algún momento del debate se propuso también eliminar del texto vigente del art. 84.4 ET la expresión “y salvo que resultare de aplicación un régimen distinto establecido mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal negociado según el art. 83.2”, en relación con las materias no negociables en el ámbito de una comunidad autónoma.

Una vez puesto en marcha el proceso negociador y desde el momento en que empezaron a tomar forma las distintas alternativas, los distintos documentos fueron contemplando una regla específica para la aplicación transitoria de la modificación del art. 84 ET prevista en esta norma, cuya redacción se ha mantenido estable hasta el punto de no sufrir variación alguna desde que la misma se incorporó a los debates y hasta que la misma ha terminado por convertirse en la DT 6ª del RDL 32/2021.

III. El resultado de la reforma: La eliminación de la primacía del convenio de empresa en el ámbito salarial

1. Los importantes efectos de la conservación de las reglas generales sobre concurrencia de convenios

1.1. La conservación de la regla general de concurrencia del artículo 84.1 ET

El art. 84.1 ET regula el principio de no concurrencia entre convenios colectivos en los siguientes términos: “un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en

⁶ Riesgos que apunté en su momento, J. R. MERCADER UGUINA, *Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el RDL 7/2011*, en I. GARCÍA-PERROTE y J.R. MERCADER, *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 98

convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario”. Este criterio de prioridad temporal deriva del principio “pacta sunt servanda”, puesto que el convenio es, antes que norma, un contrato y si existe un contrato vigente y válido entre dos partes, el mismo ha de ser cumplido y respetado por el término pactado.

El citado precepto se basa en un criterio de prioridad temporal y conlleva la prioridad aplicativa del convenio colectivo anterior en el tiempo frente al convenio colectivo posterior concurrente. No obstante, la citada regla cuenta con excepciones, como la indisponible prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en una serie de materias sobre el convenio colectivo sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tal y como establece el art. 84.2 ET. Además de lo anterior, el principio de no concurrencia es dispositivo para los acuerdos interprofesionales, los convenios colectivos sectoriales estatales y autonómicos previstos en el art. 83.2 ET.

Tras la reforma de 2021 se mantiene vigente el papel ordenador de la negociación de ámbito sectorial con los importantes matices que incorpora el art. 84.2 ET. La figura del acuerdo marco interprofesional y, por extensión, de los “convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómicos”, regulados en el art. 83.2 ET, es el instrumento elegido por el legislador para efectuar tareas de coordinación centralizada de la negociación colectiva en nuestro país. Tal opción no deja lugar a dudas, si se analiza el contenido del art. 84 ET, precepto que se encuentra transversalmente recorrido por las permanentes referencias al art. 83.2 ET: “*salvo pacto en contrario negociado conforme a lo dispuesto en el art. 83.2*” (art. 84.1), “*salvo pacto en contrario negociado según el art. 83.2 ET*” (art. 84.3 ET), o, en fin, “*y salvo que resultare de aplicación un régimen distinto establecido mediante acuerdo de ámbito estatal negociado según el art. 83.2*” (art. 84.4 ET).

No obstante, es importante precisar, por las razones que posteriormente apuntaremos, que las reglas de ordenación y articulación de la negociación colectiva no afectan, como no podía ser de otra manera, a la subsistencia de las unidades de negociación sobre las que la referida regla de ordenación negocial se proyecta. A tal fin, el Tribunal Supremo ha venido exceptuado de la regla general de concurrencia las unidades de empresa ganadas cuando entran en situación de ultraactividad, precisamente, para proteger esas unidades de negociación preexistentes frente a su absorción por las de ámbito superior (entre otras, STS de 17 de mayo de 2004, R^o 101/2003). La tesis jurisprudencial sobre la impermeabilización de la unidad de negociación fundamenta la protección de la unidad de negociación preexistente frente a su absorción por las de ámbito superior cuando la negociación de sustitución está activa o, por expresarlo de otro modo, existe una “expectativa de negociación”. En palabras de las STS de 30 de diciembre de 2015 (R^o 225/2014), “la protección legal de la unidad de negociación no se refiere a un convenio aislado, sino a la unidad de negociación delimitada históricamente por la sucesión temporal de diversos convenios”

1.2. La conservación del régimen de articulación de los convenios estatales con los autonómicos y provinciales (art. 84.3 y 4 ET)

Aunque parece que esta cuestión ha estado presente a lo largo de los debates que se han desarrollado a lo largo de los últimos meses y que a tenor de las noticias de prensa parece que siguen estando sobre la mesa⁷, el RDL 32/2021 conserva, igualmente, la redacción del art. 84.3 ET que permi-

⁷ Como ponen de manifiesto, por ejemplo, diversos artículos publicados en el diario “El País” como *el gobierno plantea dar más peso a los convenios autonómicos frente a los estatales*, 15 de diciembre de 2021, en el que se afirma que: “partidos nacionalistas como el PNV o ERC podrían plantear que solo apoyan la reforma laboral en el congreso si se relanzan los convenios autonómicos sus votos podrían resultar decisivos para la aprobación de la reforma”. más claramente, se subraya en el artículo de publicado el 3 de enero de 2022, *ERC*

te excepcionar la regla de concurrencia exclusivamente a los convenios colectivos de Comunidad Autónoma que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre, salvo pacto en contrario negociado según el art. 83.2 ET, que haya sido acordado por sujetos legitimados (art. 87 ET) y que cumplan los requisitos de mayoría exigidos por el art. 88 ET para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación.

No es esta, en todo caso, una cuestión nueva. Conviene recordar que ya desde el propio debate parlamentario en el que se dio a luz el Estatuto de los Trabajadores en 1980, se puso de manifiesto la importancia estratégica de esta pieza normativa. Dicho debate se centró, de forma además muy virulenta, en la preferencia de lo estatal sobre los marcos autonómicos de relaciones laborales. Estado y Comunidades Autónomas eran en suma los ejes de un duro enfrentamiento entre los partidarios de un modelo de negociación colectiva centralizada de base estatal y los opositores a lo que en aquél calificaban la “dictadura de los acuerdos marco”, al imponerse imperativamente desde los niveles estatales condiciones a los convenios autonómicos.

De igual modo, y aunque también fuera objeto de discusión la imperatividad de las materias no negociables en el ámbito de una comunidad autónoma cuando juega la regla del art. 84.3 ET, el art. 84.4 ET sigue reservando a la negociación sectorial estatal materias tales como: el periodo de prueba, modalidades de contratación, clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, régimen disciplinario, normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y movilidad geográfica. Con anterioridad, las materias del acuerdo o convenio colectivo de ámbito superior no negociables en el acuerdo o convenio colectivo de ámbito superior al de empresa no incluían la jornada máxima anual y, aunque se excluían las modalidades de contratación, se permitía negociar los “aspectos de adaptación al ámbito de la empresa”. Finalmente, la referencia se hacía únicamente a los “grupos profesionales” y no al conjunto de la “clasificación profesional”.

Como se observa en algunas de ellas, se produce una articulación distributiva por la propia Ley, tal es el caso de la reserva de las “modalidades de contratación” al ámbito estatal y su concreción en el ámbito de la empresa a través de la “adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa”. Lo mismo ocurre con la “jornada máxima anual de trabajo” y su adaptación en el ámbito de la empresa a través del “horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones” y de las “medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal”. O, en fin, la “clasificación profesional” remitiendo al nivel empresarial “la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores”.

La integración de ambos sistemas debería haber permitido obtener un modelo bastante bien perfilado de articulación de la negociación colectiva de base, como venimos señalando, bipolar, una vez la Ley ha dejado campo abierto a la negociación de empresa. Pero lo cierto es que la referida regulación “no ha tenido prácticamente ningún impacto, sin que ello haya alterado las unidades negociables existentes en el conjunto de los sectores productivos, que haya impulsado la emergencia de nuevos ámbitos autonómicos, ni haya provocado efectos de menor protagonismo de los convenios estatales frente a los tradicionalmente existentes en el ámbito autonómico”⁸.

No faltan, sin embargo, ejemplos en los que la articulación se ha dirigido desde los niveles estatales de negociación como es el caso del I Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva (BOE de 22 de marzo de 2016) y sus sucesores, en concreto el II Convenio colectivo estatal

exige que primen los convenios autonómicos para apoyar la reforma laboral del gobierno o en el de 20 de enero de 2022, *el PNV se aleja del acuerdo sobre la reforma laboral y complica las opciones del gobierno para sacarla adelante*, en el que se afirma que: “el PNV, se niega en redondo a dar su apoyo si no se incorpora al acuerdo su principal exigencia: la prevalencia del convenio autonómico sobre el estatal”.

⁸ Como pone de manifiesto J. CRUZ VILLALON, *Los convenios colectivos autonómicos en su relación de concurrencia con el resto de los ámbitos negociables*, NET21, 2022, nº 8.

del sector laboral de restauración colectiva (BOE de 18 de junio de 2019) y el III Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021 (BOE de 14 de mayo de 2021), que han mantenido su misma lógica. En este caso, el Convenio sectorial estatal, en uso de los poderes reguladores para la ordenación de la negociación colectiva establecidos en los artículos 83.2 y 84 ET, procedió a vertebrar la estructura convencional del sector y, para ello, establece un programa para sincronizar su vigencia con el de aquellos convenios de ámbitos territoriales autonómicos o inferiores preexistentes. Unas facultades que quedaron confirmadas primero por la STS 13 de marzo de 2018 (R^o 54/2017) y, más tarde, por la STS 13 de enero de 2021 (R^o 191/2019).

Otro ejemplo de este debate lo encontramos en caso del I Acuerdo Marco autonómico vasco en el ámbito de la hostelería por concurrir irregularmente con el V Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería. Al ser éste de vigencia previa en su negociación y publicación, deviene el Acuerdo Marco autonómico inaplicable por concurrencia prohibida de conformidad con lo establecido en el art. 84.1 ET, al no existir la excepción asumible prevista en los puntos 3 y 4 del mismo art. 84 ET. Entiende la STSJ País Vasco 26 de octubre de 2017 (R^o 19/17), que procede la ineficacia aplicativa o inaplicación, pero que no queda anulado, pues si ha sido válidamente negociado, por mucho que afecte o invada a un convenio colectivo o acuerdo marco previo, deberá tener un sentido y realidad no prohibidos. Una doctrina que fue confirmada posteriormente por la STS 25 de abril de 2019 (R^o 40/2018), si bien, entre las alegaciones de los recurrentes, se pretendía introducir en el debate procesal el Acuerdo Interprofesional en relación con la estructura de la negociación colectiva en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

2. El fin de la preferencia aplicativa del convenio de empresa en materia salarial

2.1. La dimensión material del artículo 84.2 ET: Lo que deja, lo que añade y lo que elimina la reforma laboral

La reforma laboral no solo no pone fin a la prioridad aplicativa del convenio de empresa sino que, por las razones antedichas, viene a confirmar el marco jurídico regulador diseñado por el legislador del 2012 al conservar su esencia y lógica. Una esencia y una lógica que parte del carácter de norma de derecho necesario absoluto del art. 84.2 ET y del hecho de que la prioridad aplicativa se produce aunque las condiciones del convenio de empresa no sean más favorables que las del convenio de sector ante el que se antepone.

Sobre las anteriores bases, el ET mantiene la referida prioridad en materias tan significadas como las referidas en los apartados a), b) y c) del art. 84.3 ET: “el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos”; “el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones” y “la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores”.

Conserva, igualmente, prioridad aplicativa “la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa” si bien, en este caso, tras el inicial “desliz” que la redacción del RDL 32/2021 daba al art. 84.2 d) ET y que venía, probablemente de manera inadvertida, a extender su ámbito de actuación a “la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios colectivos”. Dada la sustantividad del error, el mismo no pudo ser subsanado por la vía de corrección de errores y ha tenido que ser corregido por el artículo cuatro del Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero, por el que se modifican la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito; la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y

empresas de servicios de inversión; y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, en relación con el régimen jurídico de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, que viene a conservar su inicial redacción limitando su radio de acción a las competencias de adaptación atribuidas, exclusivamente, a los “convenios de empresa”. Una modificación que, aunque razonablemente justificada, encuentra en la norma que la acoge un nuevo episodio de camuflaje normativo.

Dado que, como puede observarse, las adiciones normativas son escasas, merece destacarse la incorporación del concepto “corresponsabilidad” al contenido de la preferencia que, hasta el momento, quedaba referida, genéricamente, a las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. De este modo, la preferencia del art. 84.2 e) ET se extiende ahora a “las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal”. Una anexión que no está huérfana de significado en la medida que la corresponsabilidad supone dotar de un plus a la finalidad que persiguen todas las medidas de conciliación. No se trata ya únicamente de favorecer que las personas trabajadoras, cualquiera que sea su sexo, puedan conciliar su vida laboral con las exigencias y necesidades de carácter familiar, objetivo que por sí mismo merece la tutela del ordenamiento. Se trata, más allá de esa finalidad, de conseguir que las responsabilidades familiares sean asumidas de forma equilibrada por los trabajadores de ambos sexos, de forma que los instrumentos laborales de conciliación se utilicen de forma indistinta por trabajadores y trabajadoras. Con esa finalidad, las normas laborales pueden incentivar, promover y fomentar que los hombres utilicen los instrumentos de conciliación. Pero, sobre todo, se trata de evitar que la conciliación suponga una consolidación del papel de la mujer como cuidadora y principal responsable de las necesidades familiares.

Finalmente, el apartado g) del art. 84.2 ET sigue conservando la posible extensión de contenidos que gocen de prioridad y que pueda proceder de los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 ET. De este modo, se abre la puerta a que los niveles centralizados de negociación amplíen el listado de materias para los que se conserva la referida preferencia de los convenios de empresa. Una puerta que, aunque presumimos no será abierta con regularidad, sí posibilita el desarrollo de una descentralización centralmente coordinada o, si se prefiere, una descentralización organizada que permita, de este modo, un reajuste de la estructura de la negociación colectiva, orientada desde los niveles superiores, a través del reparto de tareas y en función de las capacidades negociadoras.

Con todo, aunque, como venimos señalando, es más lo que se conserva que lo que se pierde, la reforma brilla por una significativa desaparición de listado de materias que define la prevalencia incondicionada de los convenios de empresa y que, por otra parte, sirve para dotar de contenido a la reforma en esta materia: la desaparición de la preferencia en relación con la “cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa”. Tal y como hemos analizado en páginas anteriores, fue este un contenido que se mantuvo permanentemente en cuestión a lo largo del proceso de diálogo social y que, aunque buscó conservarse a través de finos equilibrios, al final ha quedado borrado del texto de la reforma.

La razón de ello puede encontrarse en la Exposición de Motivos y no es otro que evitar que la “descentralización de los convenios colectivos no provoque un efecto devaluador de costes retributivos o desventajas injustificadas entre las empresas, y aporte flexibilidad en la medida adecuada”. En suma, a través de la limitación de la preferencia en esta materia se busca conseguir un equilibrio entre la flexibilidad que otorga el convenio de empresa y las garantías del convenio sectorial que, como hemos señalado, viene a configurarse como el referente en materia salarial. Una solución que conecta con la reforma del art. 42.6 ET en materia de contratas y subcontratas y, en última instancia, con un signo orientador global de la reforma que mira los ámbitos sectoriales de negociación como espacios más garantistas de regulación.

Es importante tener presente que los Tribunales ya habían venido considerado que el convenio de empresa pese a tener atribuida preferencia en materia de “cuantía” no podía modificar la “estructura salarial”. Tal afirmación se materializaba en que no podría ampararse en la referida preferencia⁹ la alteración por un convenio colectivo de empresa de la estructura salarial del convenio colectivo sectorial –cuáles son los complementos salariales y extrasalariales, el número de pagas anuales, etc.–, ni la supresión de complementos salariales o extrasalariales regulados en la norma convencional sectorial. Tampoco se permitía la alteración de la definición del complemento en cuestión o la fijación de criterios para su devengo distintos de los establecidos en el convenio sectorial ni, en fin, una cuantificación de los referidos complementos igual a cero.

La eliminación de la prioridad aplicativa en materia salarial es ahora, tras la eliminación de la preferencia en materia de cuantía salarial, completa. Ello pone fin también a algunos episodios que habían buscado ese mismo resultado por otras vías. Tal es el caso del enjuiciado por la STSJ de Navarra de 30 de julio de 2014 (R^o 124/2014). La sentencia se refería a la regulación contenida en el convenio de Comercio de Alimentación de Navarra que vino a establecer una jornada laboral de 1734 horas de trabajo efectivo, reducida a 1.540 horas para toda la plantilla de aquellas empresas que, por aplicación de un Convenio de diferente ámbito (esto es, también uno de ámbito empresarial), abonaren a sus trabajadores una retribución inferior a la establecida en las tablas salariales del Convenio Sectorial. Pues bien, en este supuesto una interpretación estricta permitió al Tribunal negar que el convenio sectorial tratara de modificar la prioridad aplicativa, con apoyo en una literalidad legal que no parece impedir la posibilidad de utilizar la cuantía salarial como referente para regular la jornada efectiva, como hizo el convenio sectorial impugnado.

Es evidente que con esta fórmula se cierra la vía a los convenios “oportunistas” que busquen crear estratégicamente unidades empresariales de negociación para establecer salarios a la baja. No obstante, los ajustes salariales a nivel de empresa siguen pudiendo encontrar técnicas específicas de adaptación a través de los descuelgues del art. 82.3 ET mediante acuerdo colectivo con solución arbitral final que conserva su regulación sin modificación o cambio alguno, al igual que por vía de las modificaciones sustanciales ex art. 41 ET que, aunque estuvo sobre la mesa de diálogo social su posible reforma, se ha mantenido, igualmente, incólume tras la reforma laboral de 2021.

Para concluir este apartado es preciso recordar que el listado de materias del art. 84.2 ET ha sido interpretado restrictivamente por nuestros Tribunales. Como recordó inicialmente la Audiencia Nacional en la SAN 1 de diciembre de 2014 (sentencia 90/2014)¹⁰ y, posteriormente, confirmó la STS 1 de abril de 2016 (R^o 147/2015), la tarea fundamental que resulta del art. 84.2 ET es la de precisar qué preceptos convencionales de un concreto convenio de empresa encajan en los conceptos que sucesivamente utiliza el propio apartado en las letras a) a f), para a continuación afirmar la prioridad aplicativa de los que encajen y rechazarla respecto de los que no encajen. Esta enumeración de materias que, como ha recordado la STS 2 de diciembre de 2020 (R^o 86/2019) “no se configura con carácter absoluto”, lleva a nuestros Tribunales a sostener que la determinación de la norma convencional aplicable en cada una de ellas no resulta de una comparación de convenios a fin de decidir cuál es más favorable, ni de modo global ni por bloques temáticos, sino que resulta de la designación que la ley hace para cada materia concreta.

⁹ STS 1 de abril de 2016 (R^o 147/2015).

¹⁰ Al respecto, F.J. GOMEZ ABELLEIRA, *Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2014: la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial*, Trabajo y Derecho, 2015, n^o 3, p. 127. Un repaso de gran interés a la jurisprudencia resultante tras la reforma de 2012 del artículo 84 ET puede encontrarse en E. LOPEZ TERRADA, *Nuevos puntos críticos sobre la prohibición de concurrencia de convenios colectivos, su término final y sus excepciones*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 48 (2018).

2.2. El artículo 84.2 ET como norma de ordenación de la estructura de la negociación colectiva: Consecuencias de la nueva regulación

La regla del art. 84.2 ET continúa estableciendo que: “*la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias (...)*”.

La imperatividad de la preferencia del convenio de empresa sobre los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET en las materias concernidas fue, como hemos señalado anteriormente, cuestionada en numerosas sesiones del proceso de diálogo que ha dado a luz el RDL 32/2021. De ello queda constancia en diversos documentos en los que se incorporaban redacciones en las que se apostaba por incorporar una regla de alcance dispositivo: “*Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado*”. Lo cierto es que durante los debates que se produjeron en esta materia dicha posibilidad quedó finalmente excluida.

Intacta, por tanto, la regulación legal preexistente, el art. 84.2 ET sigue configurándose como una excepción a la regulación general de la prohibición de concurrencia, excepción que, en la normativa hoy vigente, es un pilar fundamental para la comprensión de la estructura de la negociación colectiva, cual es el de la prioridad aplicativa del convenio de ámbito empresarial o de grupo de empresas o pluralidad de empresas identificadas y vinculadas organizativamente sobre los convenios sectoriales estatales, autonómicos o de ámbito inferior. Se trata de una norma de derecho necesario absoluto¹¹, de modo que esta prioridad aplicativa se produce en todo caso, aunque sólo en determinadas materias que hayan sido pactadas en norma convencional de ámbito empresarial y sin que los convenios sectoriales estatales, autonómicos o de ámbito inferior puedan disponer de la citada regla.

La norma establece con claridad que la preferencia del convenio de empresa en las materias que seguidamente lista se produce “durante el período de vigencia de un convenio de ámbito superior”. De este modo, cabe interpretar que la reserva de negociación que la ley otorga al convenio de empresa queda limitada durante dicho período, exclusivamente, a las citadas materias, sin que pueda extenderse a otras no listadas so pena de incurrir en la concurrencia prohibida. Es evidente que la prohibición de concurrencia no rige con un convenio en situación de ultraactividad (art. 86.3 ET) lo que significa que un convenio colectivo en esta situación no está protegido por la prohibición de concurrencia y puede, por tanto, ser afectado por otro convenio en cualesquiera materias.

La anterior interpretación viene avalada por la importante STS de 5 de octubre de 2021 (Rº 958/2021). En ella el Tribunal Supremo reitera que la prohibición de concurrencia establecida como regla general en el art. 84.1 ET se extiende durante “*la vigencia inicial prevista en el convenio o prorrogada expresamente por las partes, pero no al periodo posterior a tal vigencia, una vez el convenio ha sido denunciado, conocido como de vigencia ultraactiva*”. Una conclusión distinta, dice la propia sentencia, supondría la “petrificación” de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes¹² que reiteró que la garantía del art. 84.1 ET no resulta aplicable en esa situación de ultraactividad del Convenio Colectivo.

¹¹ Tal y como la califica la STSJ País Vasco 26 de octubre de 2017, Rº 19/17 con cita de pronunciamientos anteriores en la misma línea.

¹² STS de 2 de febrero de 2004, Rº 3069/2002 y 17 de mayo de 2004, Rº 101/2003

2.3. La Disposición Transitoria 6ª del RDL 32/2021: Una norma abierta a diferentes alternativas de aplicación confiadas a la autonomía de las partes sociales.

2.3.1. Transitoriedad de la reforma de 2021 frente a la ausencia en las reformas de 1994, 2011 y 2012

Las reformas que antecedieron a la actual (1994, 2011 y 2012) se han venido encontrando huérfanas de reglas transitorias que ordenasen, en sus distintas acepciones, la forma de entrada en vigor de los cambios por ellas producidos en las reglas de estructura de la negociación colectiva y, muy en particular, en relación con los que fueron integrando el contenido del art. 84 ET. Ejemplo de ello fue la última de todas ellas, que integraba la regla de prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa en las concretas materias que enumera el art. 84.2 ET en los términos que ahora son objeto de reforma. En consecuencia, la entrada en vigor de aquella nueva redacción del precepto se produjo de manera inmediata y, por tanto, desde el mismo momento de su entrada en vigor, el 12 de febrero de 2012 sin que produjera efecto retroactivo alguno. Así lo vino a subrayar la STS 26 de marzo de 2014 (Rº 129/2013), que afirmó la irretroactividad de la norma lo que suponía que, a partir de su entrada en vigor, los convenios colectivos que se suscriban han de respetar lo dispuesto en la misma, es decir, la prioridad aplicativa del convenio de empresa para las concretas cuestiones que enumera el art. 84.2 ET manteniendo plena vigencia aquellas cláusulas de los convenios que, aun no respetando la prioridad aplicativa del convenio de empresa, se suscribieron con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la referida reforma.

Rompiendo con la anterior tradición, la del 2021 establece una regla transitoria para permitir una progresiva adaptación de la nueva regla, creada por omisión, esto es, la eliminación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa en materia salarial. Esta formulación en negativo, tan incómoda siempre para el jurista, viene a dotar de un nuevo espacio de competencia reguladora a los convenios colectivos sectoriales estatales, autonómicos o de ámbito inferior que, hasta el momento, tenían imperativamente proscrita la referida materia por lo que su entrada en vigor está llamada a producir importantes efectos en la regulación de esta materia en los niveles centralizados de negociación al recuperarse para ese espacio una materia que, como la cuantía salarial, había estado hasta ahora proscrita por mandato legal.

La eliminación de la prioridad del convenio de empresa en materia salarial entró en vigor el 31 diciembre 2021 y, por tanto, rige para todos los convenios que se registren a partir de esa fecha. Del mismo modo, los instrumentos convencionales que se negocien al amparo del art. 83.2 ET gozan de carácter imperativo en materia de “cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa”, si bien su plena efectividad queda condicionada a lo establecido en la Disposición transitoria sexta del RDL 32/2021 (*Aplicación transitoria de la modificación del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores prevista en esta norma*), que prevé un plazo de adaptación amplio para que el referido proceso de reordenación negocial se lleve a cabo.

De acuerdo con la misma:

1. *Sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1, la modificación operada en el apartado 2 de dicho precepto por el presente real decreto-ley resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley.*
2. *Las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras.*

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

Para proceder a su adecuada interpretación resulta interesante desgajar su contenido.

2.3.2. ¿Qué convenios se ven afectados por la regla transitoria?

La regla transitoria parte de una premisa de enorme importancia: “Sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el art. 84.1 (...)”. Aunque la expresión “sin perjuicio” utilizada en una norma legal aterra al jurista, lo cierto es que atendiendo exclusivamente a su sentido gramatical dicha expresión debe ser entendida, según el Diccionario de la Lengua Española, como “dejando a salvo”, Esto es, la regulación que a partir de esa afirmación contiene el apartado 1º de la DT 6ª no puede ir contra de esa concreta regla que queda, de este modo, salvaguardada.

Ello supone que las unidades de negociación que hubieran nacido al amparo de la regulación precedente mantienen plena autonomía y carácter soberano siempre que lo hubieran hecho en aplicación de la regla *prior in tempore*, esto es, de acuerdo con lo establecido en el art. 84.1 ET. Y es que, como doctrinalmente se ha señalado, “una vez denunciados los convenios de empresa, aunque hubieran mantenido la prioridad aplicativa en los anteriores términos del art. 84.2 ET, y alcanzado el fin de la vigencia expresamente pactada, dejará de aplicarse su tabla salarial, a menos que se trate de un convenio de aplicación preferente por *prior in tempore*”¹³. De este modo, como también se ha recordado, “los convenios de empresa que hubieran sido negociados sin que estuviera vigente un convenio sectorial habrán constituido una unidad de negociación propia con la que no podrá concurrir otro convenio posterior, sea del ámbito que sea, incluido el sectorial. En consecuencia, dichos convenios de empresa serán de aplicación en su integridad, en todas sus materias, incluida la salarial sobre el convenio sectorial a cuyo ámbito funcional pertenezca la empresa en cuestión. Y lo será durante toda su vigencia pactada, aunque esta exceda del año establecido en el régimen transitorio de la reforma, puesto que no estamos ante un supuesto de prioridad aplicativa sino de prohibición de concurrencia”¹⁴.

Igualmente, y por las razones antes apuntadas, habrán ganado un espacio propio los convenios de empresa negociados encontrándose en situación de ultraactividad el convenio colectivo sectorial aplicable. Pues, como hemos venido reiterando y ha recordado la ya citada STS de 5 de octubre de 2021, la prohibición de concurrencia no rige con un convenio en situación de ultraactividad (art. 86.3 ET) lo que significa que, un convenio colectivo en situación de prórroga no está protegido por la prohibición de concurrencia y puede, por tanto, ser afectado por otro convenio en cualesquiera materias. Y es que, en el referido pronunciamiento, el Tribunal Supremo permite que el convenio de empresa establezca una jornada superior a la del convenio sectorial, materia que, como se ocupó de recordar la STS de 10 de noviembre de 2016 (Rº 290/2015), no se halla entre las materias del listado del art. 84.2 ET.

El territorio definido por la norma transitoria tampoco alcanza a todos aquellos espacios negociales en los que no exista o no haya existido un convenio de sector de referencia. Una cuestión

¹³ J. CABEZA PEREIRO, *Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias*, NET21, 2022, nº 8, p. 5.

¹⁴ A. GODINO DE FRUTOS, *Impacto real de la nueva reforma laboral sobre la aplicación de los convenios de empresa*, Tribuna FORELAB, 18 de enero de 2022.

que puede exigir matices es el de las empresas multiservicios, sector hasta el momento huérfano de tales niveles superiores de negociación en sentido propio pero que, precisamente, por su peculiar naturaleza proyectan su marco regulador sobre una pluralidad de convenios de sector afectantes a las distintas actividades. Aunque se trata de unidades propias al nacer al margen de la vigencia o no de un convenio de sector que les pudiera resultar concurrente, no está de más preguntarnos, si a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo sobre este tipo de empresas, las mismas vendrían de algún modo obligadas a adaptar sus textos convencionales a los convenios sectoriales de la actividad que desarrollase cada una de sus divisiones.

O, en fin, también quedan extramuros de la referida regulación los acuerdos o pactos colectivos no sometidos a la regla de concurrencia establecida en el art. 84 ET. La literalidad y ubicación sistemática del precepto, junto a la asentada jurisprudencia sobre la inaplicabilidad del art. 84.1, del que la prioridad del convenio de empresa es excepción, ha llevado a afirmar al Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2017 (R^o 115/2016), que la regla de la prioridad aplicativa debe entenderse referida exclusivamente a los convenios colectivos negociados de conformidad con las reglas del Título III ET por lo que no alcanza los pactos de valor extraestatutario, de modo que “si la concurrencia se produce con otro instrumento negocial (convenio extra estatutarios o pacto o acuerdo de empresa), no existirá tal preferencia aplicativa”.

Fuera de las anteriores situaciones, los convenios colectivos de empresa que han recurrido a la prioridad aplicativa que proporciona el art. 84.2 ET y que nacieron vigentes convenios colectivos de sector se verán afectados de manera plena por la nueva disposición transitoria. En estos casos, “no podrá aplicarse a esta situación la doctrina de la “impermeabilización de los ámbitos”, sino que el empresarial quedará “inundado” por el instrumento de sector negociado al amparo del art. 83.2 en sus remisiones relativas a las cuantías salariales”¹⁵. Categórica se mostró en este punto la STS 1 de abril de 2016 (R^o 147/2015) que señaló que: “una vez así determinado para cada concreto punto de cada regulación cuál es aplicable, tal situación perdurará en tanto sigan vigentes simultáneamente ambos convenios, puesto que finalizada la vigencia de uno u otro el que reste vigente ocupará el completo ámbito aplicativo y pasará a ser el único convenio de aplicación”. Una reabsorción total de la unidad negociadora que puede, con todo, resultar cuestionable ex art. 84.1 ET pero que, en todo caso, exigirá la adaptación del texto convencional a las condiciones salariales establecidas por el convenio de sector aplicable en los términos que seguidamente se analizarán.

2.3.3. Alcance temporal de la regla transitoria

Sobre la base anterior, la regla que contiene la DT 6^a RDL 32/2021 precisa que “*la modificación operada en el apartado 2 de dicho precepto por el presente real decreto-ley resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley*”.

El establecimiento de la DT 6 RDL 32/2021 parece querer salir al paso de alguna interpretación jurisprudencial que podría permitir conservar la preferencia aplicativa del convenio de empresa cuando la articulación de la negociación colectiva del convenio de sector es posterior en el tiempo, creándose una suerte de “imperabilización material” durante el entero tiempo de vigencia del convenio de empresa. En este sentido se había pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de julio de 2017 (R^o 246/2016) que entendió que el convenio marco sectorial no puede afectar a

¹⁵ J. CABEZA PEREIRO, *Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias*, NET21, 2022, n^o 8, p. 6.

un convenio de empresa anterior que considera en vigor, pese a tratarse de un convenio de empresa ultraactivo. Según indica el Tribunal: “Cabe discutir hasta qué punto pudiere afectar este convenio sectorial a los sucesivos convenios de empresa que de futuro se pacten a partir de esta última fecha (la de la publicación del convenio de sector) –teniendo en cuenta que se trata de unidades de negociación distintas que operan en ámbitos diferentes–, pero no puede hacerse extensivo al que se había concertado con anterioridad en el seno de la empresa y que continua vigente, que fue acordado en base a unas reglas sobre la estructura de la negociación colectiva a las que no les resultaban de aplicación las previsiones del posterior convenio sectorial en esta materia, y por otra diferente unidad de negociación legitimada para ello conforme al art. 83 ET”.

La norma transitoria somete, de este modo, a un plazo la entrada en vigor de la eliminación de la preferencia aplicativa de la cuantía salarial que conservaban los convenios de empresa y la condiciona a un doble término: de modo que la misma resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley (el 31 de diciembre de 2021).

El concepto “vigencia expresa” aparece en texto de la transitoria pero no tiene traslación al contenido del Estatuto de los Trabajadores donde no queda definida la referida noción por lo que se abre la duda razonable de su alcance y contenido. Bien es verdad que en alguno de los textos preliminares se modificaba, paralelamente, el contenido del art. 85. 3 c) ET para incorporar como contenido mínimo del convenio la referencia al: “Ámbito temporal y vigencia, así como los efectos del cumplimiento de la vigencia expresa, sin perjuicio de lo previsto en el art. 86”. Pero la referida propuesta no terminó viendo la luz.

No obstante, el concepto “vigencia expresa” puede ser razonablemente identificado con la vigencia del convenio colectivo anudada a su duración inicial pactada (art. 86.1 ET) o con aquella que se establece por acuerdo expreso de prórroga antes del vencimiento del plazo inicial de vigencia y que operan como fecha límite de duración del convenio. Más dudoso puede resultar que la misma se proyecte sobre la situación de “tácita reconducción” del art. 86.2 ET. En este supuesto, la norma legal favorece la continuación de la vigencia, plena e incondicionada, del acuerdo, “como si se hubiera negociado uno nuevo, en los casos en que no hubiera denuncia de las partes; esto es, cuando ni una ni otra, o ambas de común acuerdo, de las partes legitimadas para negociar el nuevo posible acuerdo de sustitución, hubieran adoptado iniciativa alguna orientada a la finalidad de provocar que la vigencia del convenio se agote justamente en el momento en el que se hubiera previsto”¹⁶.

La noción de “vigencia expresa” tampoco alcanzaría al período posterior a dicho momento, una vez el convenio ha sido denunciado, esto es, durante la vigencia ultraactiva, ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el art. 86.3 ET. En suma, al provenir la prioridad aplicativa de una norma excepcional, tiene sentido que tal aplicación finalice con la vigencia efectiva del convenio recuperándose a partir de este momento la preferencia material establecida por la regulación del convenio sectorial de existir la misma.

2.3.4. Periodo de adaptación de los textos convencionales y límites a su contenido

Definido el período de conservación de la preferencia aplicativa en los términos antes señalados, el apartado 3 de la DT 6 RDL 32/2021 precisa que “*los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores por la presente norma en el*

¹⁶ S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos*, Temas Laborales, 2004, nº 76, p. 157

plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición”.

La citada regla no supone, como acertadamente se ha dicho, que “los convenios de sector recobren ahora automáticamente prioridad aplicativa sobre esta materia”¹⁷ pero sí abre la posibilidad de que los referidos convenios recuperen progresivamente ese espacio y que, cuando lo hagan, gocen de preferencia aplicativa, si así lo establecen, sobre los convenios de empresa imponiendo sus contenidos de regulación a éstos.

De este modo, el 31 diciembre 2022, como término final, las tablas salariales de los convenios de empresa establecidas durante la vigencia de un convenio colectivo de sector dejarán de estar amparadas por una preferencia aplicativa específica y pasan a regirse por las reglas ordinarias de concurrencia. A partir de ese momento los convenios colectivos de sector recobrarán su prioridad aplicativa cuando regulen contenidos específicos en materia salarial. Una transición ordenada y un adecuado equilibrio de intereses recomiendan que este cambio sea pilotado desde las instancias interconfederales de negociación.

En todo caso, los convenios que se concluyan a nivel de empresa podrán quedar sometidos o condicionados por las reglas de articulación de la estructura de la negociación colectiva establecidas en el Convenio colectivo de sector y, en particular, a su carácter de norma exclusiva y excluyente en aquellas materias en que así se establezca expresamente y en los términos que los mismos determinen. De modo que la inobservancia por las unidades contractuales de ámbito empresarial de las prescripciones contenidas en los convenios de sector ex art. 83.2 ET abrirá la situación de concurrencia conflictiva que sanciona el art. 84 ET y que debería resolverse con la anulación del precepto o preceptos que han procedido a regular una materia que está vedada. Y ello porque lo relevante en un sistema de negociación colectiva articulada es la limitación que experimenta la libertad de contratación de los convenios de ámbito inferior, que no pueden invadir la esfera de competencias de los de ámbito superior. El efecto derivado del exceso material será el que naturalmente deriva de la prohibición de afectación del art. 84.1 ET, esto es, la ineficacia aplicativa, si se prefiere, la mera inaplicabilidad del contenido prohibido.

La regla anterior se complementa con otra que trata de evitar que en ese proceso de adaptación de produzca una pérdida de los derechos adquiridos por los trabajadores al amparo del régimen jurídico preexistente. A tal efecto se establece una disposición “cautelosa y más bien retórica”¹⁸ en el apartado 2 de la DT 6 que: “*No se compensarían, ni se absorberían o desaparecerían los derechos o condiciones más beneficiosas que viniesen disfrutando las personas trabajadoras*”. De este modo se estaría ponderando la idea de que el régimen establecido en el convenio de empresa fuese superior al establecido por el de sector de modo que “la adaptación del convenio de empresa al sectorial se debe articular como una mejora directa a la persona trabajadora en materia salarial, si es que el convenio colectivo de empresa estaba por debajo en esa materia”¹⁹. Pero no todos los convenios de empresa necesariamente incorporan peores condiciones que los de sector por lo que una aplicación estricta de la regla contenida en el apartado 2 de la DT 6 pudiera producir consecuencias indeseables.

Y es que la regulación que ahora se presenta ofrece numerosos flancos de duda derivados de la limitación al recurso a la compensación y la absorción en estos casos. Tal limitación, como se ha señalado por la doctrina, podría llegar a suponer que, en caso de pérdida de aplicación de la preferencia aplicativa empresarial, se debería “proceder en esta fase transitoria a una técnica de espiguelo,

¹⁷ J. CABEZA PEREIRO, *Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias*, NET21, 2022, nº 8, p. 6.

¹⁸ B. GARCIA RODRIGUEZ, *Novedades en la negociación colectiva*, en AA.VV., *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2021, L 20/2021, l. 21/2021 y L 22/2021)*, Madrid, Francis Lefebvre, 2022, p. 218.

¹⁹ Servicio de estudios de UGT, *Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre. Una nueva perspectiva en la negociación colectiva: la reforma laboral de diciembre del 2021*, Apuntes, 2022, nº 40, p. 10.

de modo que el trabajador percibiría todos los complementos establecidos en ambos convenios colectivos aunque estén presentes en uno y no en otro, al mismo tiempo que si está en ambos el trabajador lo percibiría en la cuantía más elevada de ambos”²⁰.

Tal técnica no resulta admisible porque, como a título de mero ejemplo señaló la STS 14 de julio de 2006 (R^o 196/2005), lo que se pretende de utilizarse esa vía es realmente una aplicación acumulada de las dos normas, escogiendo de cada una de ellas lo que resulta más favorable a una de las partes. Esta fórmula no respeta la unidad de cada regulación y produce una combinación de elementos dispares a través de la superposición de fragmentos de normas y no de normas completas. La aplicación del criterio de la norma más favorable ha de hacerse, si se utiliza rectamente, respetando la unidad de regulación de la materia. Por ello, el espiguelo normativo debe ser lógicamente rechazado por lo que, “una interpretación finalista y sistemática”, debería llevar a concluir que lo pretendido por el legislador es alcanzar “el respeto a las condiciones más beneficiosas adquiridas pero a través del método tradicional la compensación y absorción”²¹.

Aunque se ha afirmado que, en estos casos, “el convenio de empresa de aplicación no preferente se aplicaría como norma más favorable, en su dimensión de pacto extraestatutario”²², esta degradación sobrevinida de un convenio dotado de eficacia normativa en una suerte de condición más beneficiosa ofrece, a nuestro juicio, numerosos frentes de duda. Y ello porque los convenios colectivos estatutarios están dotados de la eficacia propia de las normas jurídicas y, en consecuencia, actúan desde el exterior de las relaciones laborales, creando derecho objetivo o, lo que es igual, sin generar derechos adquiridos. Las condiciones más beneficiosas no podrán surgir ni de las normas legales ni de las convencionales, pues, de lo contrario se estaría colisionando frontalmente contra el principio de modernidad que recoge el art. 2.2 del Código Civil, tal y como ha reiterado la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El intento resucitar una contractualización de nuevo cuño en estos casos no creemos que sea el mejor camino máxime si tenemos en cuenta los nada positivos resultados de otros intentos que se han orientado en la misma dirección y cuyo ejemplo más representativo es el de la atormentada existencia que ha venido viviendo esa técnica en relación con la regla de la ultraactividad hasta ahora existente.²³

²⁰ J. CRUZ VILLALÓN, J., El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva, *Labos Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 2022, nº 7 [de próxima publicación].

²¹ J. CRUZ VILLALÓN, *El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva*, cit.

²² J. CABEZA PEREIRO, *Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias*, cit., p. 4.

²³ Para lo que nos remitimos al siguiente capítulo de esta obra, L. GORDO GONZALEZ, *El retorno de la ultraactividad ilimitada: una verdadera derogación de la reforma laboral del año 2012*, Labos, 2022, monográfico.

El retorno de la ultraactividad ilimitada: una verdadera derogación de la reforma laboral del año 2012

The return of the unlimited ultra-activity collective agreements:
a true repeal of the 2012 labour market reform

Luis Gordo González*

*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-6442-2806

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6644>

Resumen: La reforma del año 2021 pone fin a una década anómala en la regulación de la ultraactividad en nuestro país y retoma la vigencia ilimitada de los convenios colectivos que estuvo en vigor desde el año 1980 hasta el año 2012. La nueva regulación del artículo 86 ET termina con una regulación confusa, que propició una devaluación salarial y de las condicionales laborales injustificadas, so pretexto de evitar la petrificación de las condiciones laborales. Se recuperan ahora los equilibrios negociadores en favor del banco social. No obstante, la reforma del año 2021 presenta algunas lagunas que deben ser analizadas con detenimiento.

Palabras clave: ultraactividad ilimitada, vigencia convenio colectivo, negociación colectiva.

Abstract: The 2021 Labour law Reform means the end of an anomalous decade regarding the ultra-activity regulation in Spain and retakes the indefinite validity of the collective agreements which was in forced from 1980 to 2012. The Reform eradicates a confusing regulation which led an unfair decrease of wage and working conditions under the argument of avoiding to petrify the working conditions. Now the bargaining balance in favor of workers is taken back. However, the 2021 Reform presents some lack of information which should be analyzed carefully.

Keywords: unlimited ultra-activity, validity collective agreement, collective bargaining.

* luis.gordo@uam.es

1. Fin de la anómala década (2012-2021) que puso en jaque los equilibrios negociadores

La aprobación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo ha logrado que la doctrina alabe de forma rotunda el éxito que supone que sea fruto de la concertación social¹. No obstante, su triunfo es a la vez su principal debilidad. El texto recoge los objetivos prioritarios y evita abordar las materias inasumibles para las cuatro organizaciones con representación en la mesa de modernización de las relaciones laborales (UGT, CCOO, CEOE y CEPYME) y los tres Ministerios en liza (Trabajo y Economía Social; Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y Asuntos Económicos y Transformación Digital). Ello ha determinado que el Real Decreto-ley sea confuso en muchos de sus preceptos y que a buen seguro vaya a ser necesario su estudio pormenorizado por la doctrina y su clarificación por parte de los tribunales para deslindar el perímetro de la norma.

La reforma de la ultraactividad acordada es, sin embargo, una de las materias en las que mayor claridad se aprecia. Podría resumirse en que este es quizás el único aspecto en el que se cumple de forma plena la derogación de la reforma laboral del año 2012 propuesta reiteradamente por los partidos que conforman la coalición de gobierno².

El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, primero, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, después, restringieron la supervivencia del convenio colectivo una vez denunciado a dos años y a un excesivamente breve año de duración³, respectivamente. Dicha regulación se ha mantenido hasta la aprobación del RDL 32/2021, que ha puesto fin a una década anómala en la tradición laboral de nuestro país. Pues todas las versiones del Estatuto de los Trabajadores aprobadas hasta 2012 y las diferentes modificaciones introducidas en los mismos habían mantenido la ultraactividad indefinida de las cláusulas normativas del convenio colectivo una vez denunciado el mismo, sin que las partes hubieran alcanzado un acuerdo en su renegociación⁴.

¹ Entre otros, *vid.* MERCADER UGUINA, Jesús R. y PUEBLA PINILLA, Ana de la, “La Reforma Laboral de 2021: elogio de la sensatez”, en el Blog *El foro de Labos*, 30 de diciembre de 2021, <https://www.elforodelabos.es/la-reforma-laboral-de-2021-elogio-de-la-sensatez/> [última consulta: 22 de enero de 2022]; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Una reforma estructural con futuro”, *El País*, 29 de diciembre de 2021 [última consulta: 22 de enero de 2022]; APARICIO TOVAR, Joaquín, “El RD-L 32/2021, de 28 de diciembre, de Reforma Laboral: tejiendo el manto de Penélope”, en *NET21*, número 8, enero 2022, [última consulta: 22 de enero de 2022], p. 3; y MERINO SEGOVIA, Amparo, “La restitución de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo denunciado en la reforma laboral 2021”, *Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, <https://www.aedtss.com/ultraactividad-de-los-convenios-colectivos-2/> [última consulta: 25 de enero de 2022].

² Muchas han sido las iniciativas parlamentarias que han tratado de revocar la ultraactividad limitada que impuso la aprobación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Entre otras: el grupo Unidos Podemos-En comú Podem-En Marea presentó varias Proposiciones de Ley para modificar el Estatuto de los Trabajadores con el objetivo de fortalecer la negociación colectiva en la regulación de las relaciones laborales (Proposición 122/000107, BOCG de 23 de junio de 2017, XII Legislatura, Proposición 122/000225, BOCG de 7 de mayo de 2018, XII Legislatura) o incluso la Proposición no de Ley relativa a la derogación de la reforma laboral y a la elaboración de un nuevo Estatuto de los Trabajadores (162/000001, BOCG de 12 de septiembre de 2016), presentada por el grupo parlamentario Socialista, aprobada por 168 votos a favor, 131 en contra y 42 abstenciones, sostenía que, entre otros motivos, era necesario derogar la reforma laboral del año 2012 que había implantado un modelo de relaciones laborales autoritario que había roto el equilibrio de poder entre los trabajadores y empresarios y debilitado la negociación colectiva. Para más detalle *vid.* GORDO GONZÁLEZ, Luis, “La vigencia del convenio colectivo tras su denuncia: propuestas para la reforma de la ultraactividad”, en MERCADER UGUINA, Jesús R. y PUEBLA PINILLA, Ana de la (Dir.), *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 489 y ss.

³ Se ha calificado este periodo de exiguo o en exceso breve, *vid.* RUIZ CASTILLO, María del Mar y ESCRIBANO GUITIERREZ, Juan, *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2013, p. 178; MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael (Dir.), *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RDL 20/2012*, Lex Nova, p. 455.

⁴ El artículo 86.3 Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980, de 10 de marzo, decía: “Denunciado un convenio, y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia solamente sus cláusulas obligacionales, manteniéndose en vigor, en cambio, su contenido normati-

El cambio radical que supuso la aprobación de la reforma del año 2012 en esta materia pretendía “incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Pero, además, para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una «petrificación» de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a dos años”⁵.

Aunque evitar la obsolescencia de los convenios colectivos y favorecer su adaptación permanente a la realidad productiva y laboral de empresas y personas trabajadoras puede ser loable, pues se evita que se perpetúen convenios ajenos a la legislación vigente y a la realidad –ya sea por dificultades de entendimiento en la negociación o por otras muchas causas–⁶; lo cierto es que la técnica legislativa del año 2012 provocó un sistema confuso, complejo y poco garantista, como se precisará en el siguiente apartado, que modificó notoriamente los equilibrios negociadores⁷ y la devaluación de las condiciones salariales⁸. Sin embargo, no logró generalizar su modelo de ultraactividad limitada, quizás porque existen en el ordenamiento instrumentos más útiles y menos invasivos de la autonomía colectiva negociadora para modernizar el marco normativo en una unidad de negociación, como la inaplicación de convenio colectivo y las reglas de concurrencia entre convenios. Volveremos sobre este asunto más adelante.

2. Los problemas jurídicos derivados de la regulación de la ultraactividad tras la reforma del año 2012

La redacción dada al artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores por la reforma del año 2012 siguió depositando en el consenso de los sujetos negociadores la determinación de la duración de los convenios. De modo que estos podían seguir fijando vigencias diferenciadas por materia o grupo homogéneo de las mismas dentro de un convenio. Asimismo, salvo pacto en contrario, los convenios se prorrogaban también año a año si no mediaba denuncia expresa de alguna de las partes.

vo”. La nueva versión del Estatuto de los Trabajadores aprobada a partir del 1995 alteró la redacción, pero mantuvo la esencia de la regulación. Así, desde el año 1995 hasta el 11 de junio de 2011, el artículo 86.3 ET recogía: “Denunciado un convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales. La vigencia del contenido normativo del convenio, una vez concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio. En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio”. En el año 2011 se modificó la redacción para tratar de canalizar los bloqueos en la negociación a través de los mecanismos de solución extrajudicial acordados al amparo de los acuerdos interprofesionales del artículo 83 ET, así en el artículo 86.3 ET in fine se decía que “En defecto de pacto, cuando hubiera transcurrido el plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo y las partes del convenio no se hubieran sometido a los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o éstos no hubieran solucionado la discrepancia, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo”. La anterior redacción se mantuvo vigente hasta el 11 de febrero de 2012, fecha de aprobación del Real Decreto-ley núm. 3/2012, de 10 de febrero.

⁵ Exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁶ Las condiciones recogidas en este tipo de convenios, que se venían perpetuando beneficiándose de una ultraactividad indefinida a pesar de la práctica imposibilidad de alcanzar un acuerdo por la enorme distancia entre los sujetos negociadores, han sido calificadas como “condiciones zombie” MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, “La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael (Dirs.), *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 381.

⁷ La reforma laboral de 2012 coincide en mucha mayor medida con las propuestas planteadas por el banco empresarial, *vid.* MÚÑOZ RUIZ, Ana Belén, “Propuestas, contrapropuestas y texto final de la reforma de la negociación colectiva de 2011”, en *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, ESCUDERO RODRÍGUEZ, RICARDO (Coord.), Ediciones Cinca, 2012, Madrid, pp. 396-397.

⁸ ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, *La ultraactividad de los convenios colectivos. una propuesta integral*, Bomarzo, 2015, p. 83.

En cuanto a la limitación de la ultraactividad, dispuso que transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se hubiera acordado uno nuevo o dictado un laudo arbitral, aquél perdería su vigencia, salvo pacto en contrario, y se aplicaría, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación⁹. Por tanto, como en la normativa pretérita, se dejaba un amplio margen de acción al acuerdo entre las partes, que podían convenir un régimen alternativo sobre la ultraactividad del convenio colectivo al previsto en el Estatuto de los Trabajadores. Ahora bien, en defecto de pacto se imponía una alteración de las condiciones aplicables en la empresa, sin contemplar un régimen transitorio y sin indicar cómo llevar a cabo esa modificación. Esa deficiente y parca técnica legislativa provocó que los tribunales tuvieran que enfrentarse de forma reiterada a su interpretación.

El primer interrogante que tuvieron que resolver los tribunales fue cómo determinar cuál debía ser el convenio colectivo de ámbito superior, pues sin él las relaciones laborales en la empresa pasaban a quedar sometidas a las normas básicas previstas en el Estatuto de los Trabajadores. No obstante, el legislador no concretó si ese ámbito superior se refería al ámbito funcional, al territorial o a ambos a la vez¹⁰. Al respecto, el Tribunal Supremo aclaró que no era válido forzar el ámbito de aplicación de un convenio superior¹¹, incluso aunque fuera con el ánimo de no dejar las relaciones laborales sometidas exclusivamente a las normas mínimas previstas en la legislación, dejando con ello desprotegidos a los trabajadores. Tampoco era posible aplicar el convenio de ámbito superior, aunque entrara dentro de su ámbito funcional, territorial y personal, cuando este no fuera un verdadero convenio colectivo, que fijara las condiciones de trabajo, sino que se limitara a regular materias de ordenación común para todo un sector y distribuir competencias normativas reguladoras entre los distintos niveles negociales. En estos supuestos se imponía la contractualización parcial de las condiciones laborales¹². No obstante, esta contractualización, como en seguida se desarrollará, planteaba incógnitas adicionales.

En segundo lugar, cuando sí existía un verdadero convenio colectivo de ámbito superior aplicable, conforme a lo que acaba de indicarse, que fijara las condiciones laborales, no cabía duda de que la pérdida de vigencia del convenio de ámbito inferior suponía que las relaciones la-

⁹ El RDL 3/2012 contemplaba que los convenios, una vez denunciados, tuvieran una ultraactividad de 2 años, en lugar del año de duración que finalmente dispuso la Ley 3/2012. Para conciliar ambos regímenes, la DT 4ª de la Ley 3/2012 contemplaba que “los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el plazo de un año al que se refiere el apartado 3 del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada al mismo por esta Ley, empezará a computarse a partir de dicha fecha de entrada en vigor”. Por tanto, aquellos convenios que estuvieran denunciados y disfrutando de su período de ultraactividad de dos años vieron limitado este período de vigencia al 8 de julio de 2013, así, por ejemplo, STS de 20 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5709).

¹⁰ Incluso se ha sostenido que debería hacerse una interpretación amplia de este precepto y entender que los convenios de grupo o los convenios de otros centros de trabajo de la misma empresa, aún cuando sea el mismo ámbito funcional –de centro–, podrían cumplir este destino de subsanación del vacío dejado por la pérdida de vigencia del convenio, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Escenarios de “pos-ultraactividad” del convenio: soluciones judiciales a la incertidumbre*, Bomarzo, 2014. pp. 58-59.

¹¹ STS 27 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5529).

¹² La pérdida de vigencia del convenio colectivo podría superarse aplicando el convenio colectivo de ámbito superior. No obstante, dada la estructura de la negociación colectiva en nuestro país, estos no siempre regulan todos los aspectos necesarios de la relación laboral o no lo hacen con la suficiente concreción. Así, por ejemplo, es habitual que convenios sectoriales de ámbito estatal o autonómico no recojan cuantías salariales, excedencias, permisos, vacaciones, horas extraordinarias y se centren en cuestiones como la estructura y concurrencia de convenios, la subrogación del personal, el régimen disciplinario, las modalidades de contratación, los planes de igualdad y la prevención de riesgos laborales. Como la norma legal impone la obligación de aplicar el convenio de ámbito superior, en estos casos correríamos el riesgo de determinar cuál sería la normativa de aplicación y provocar con ello un vacío normativo. No obstante, en estos supuestos, como en los anteriores, debe predicarse la contractualización de las condiciones. Por tanto, salvo en las materias reguladas en el convenio sectorial de ámbito estatal, las demás condiciones de trabajo establecidas con anterioridad en el convenio cuya ultraactividad ha finalizado seguirán siendo de aplicación a los trabajadores afectados por el conflicto. Al respecto, vid. STS de 23 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5648).

borales pasaban a regirse por las disposiciones fijadas por el convenio de ámbito superior¹³, fueran las que fueran, incluso aunque estas empeoraran las condiciones de las que venían disfrutando las personas trabajadoras. Ello, podía provocar de forma súbita una alteración del equilibrio de fuerzas en la empresa y que una de las partes se viera beneficiada con las nuevas condiciones laborales impuestas.

Si el nuevo convenio colectivo perjudicaba al empresario, porque imponía unas mejoras de las condiciones inasumibles en la empresa, este siempre podía tratar de promover un descuelgue de dicho convenio. No obstante, si se producía un perjuicio de los trabajadores estos tenían pocas alternativas frente al nuevo contexto productivo. Por tanto, quizás esa situación era la más perniciosa de las posibles. El deterioro era evidente. Los trabajadores debían seguir desarrollando las mismas funciones y tareas que hasta ese momento, pero siendo retribuidos de forma inferior o con peores condiciones laborales –menor número de días de vacaciones, una mayor jornada, peores horarios, eliminación de derechos de conciliación, etcétera–. Cuando esa alteración de fuerzas se producía o se produce en un contexto ordenado y normalizado, por ejemplo, a través de los artículos 40 o 41 Estatuto de los Trabajadores, nuestro ordenamiento contempla el derecho de los trabajadores a extinguir su contrato de trabajo con derecho a una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de doce o nueve mensualidades, respectivamente. Sin embargo, en una situación, al menos, igual de traumática y que podía variar también las condiciones en las que se venían prestando los servicios, la carencia de una regulación adecuada impedía que el trabajador tuviera derecho a solicitar la extinción indemnizada de su contrato de su trabajo¹⁴.

Finalmente, en tercer lugar, podía ocurrir que no existiera un convenio colectivo de ámbito superior aplicable una vez derogado el convenio colectivo por haberse consumido el periodo de ultraactividad acordado –legal o convencionalmente–. En estos casos, el Tribunal Supremo optó por una tesis conservacionista de las condiciones laborales, que entendió que las condiciones dispuestas por el convenio que desaparecía se debían entender incorporadas al contrato de aquellos trabajadores que prestaban sus servicios en la empresa¹⁵.

La contractualización de normas convencionales que hubieran perdido su eficacia normativa se producía desde el momento inicial de la firma del contrato¹⁶, porque, aunque sea una práctica habitual remitir al convenio colectivo y que los continuos cambios de leyes y convenios se vean re-

¹³ Entre otras: STS de 7 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3330), STS de 5 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2606).

¹⁴ Algunos tribunales, de manera aislada, han reconocido el derecho de los trabajadores a extinguir su contrato de trabajo, SJS núm. 4 Donostia, 368/2013. No obstante, dicho pronunciamiento no parece ajustado a la legalidad, al respecto, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Escenarios de “pos-ultraactividad” del convenio: soluciones judiciales a la incertidumbre*, op. cit., p. 64.

¹⁵ El Tribunal Supremo tuvo que analizar por primera vez en el año 2014 cuál debía ser el régimen jurídico de las cláusulas convencionales tras el final de la ultraactividad del convenio. La STS de 22 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5504) optó por la denominada tesis contractualista. La sentencia contiene cuatro votos particulares. Dos concurrentes, firmados por sendos magistrados, y otros dos discrepantes, suscritos por cinco magistrados. Ello muestra lo dividida que se encontraba la sala en un tema tan complejo. Aún siendo defensores de la postura sostenida por el Tribunal Supremo en este asunto, parte de la doctrina ha sido crítica con la argumentación jurídica sostenida por el Tribunal Supremo por construirse a partir de una justificación “técnicamente débil”, vid. BELTRÁN de HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Fundamentación dogmática de la ‘alteración’ unilateral del contrato de trabajo: a propósito de la nueva definición de la cláusula ‘rebus sic stantibus’”, *IUSlabor*, 1/2015, p.13.

¹⁶ Se ha puesto de manifiesto la incoherencia del Tribunal Supremo que también ha señalado que la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior no puede eludirse apelando a cláusulas de este último convenio que prevean el respeto a las condiciones más favorables disfrutadas por el trabajador ad personam. Tales previsiones, afirma el Tribunal Supremo, solo pueden referirse a las condiciones más favorables disfrutadas por los trabajadores como mejoras de las previstas legal o convencionalmente, pero no, podría añadirse por deducción lógica, a las que deriven del propio convenio colectivo cuya vigencia ha finalizado. Esto supone negar que las condiciones laborales reguladas en el convenio, cuya vigencia ha concluido, hayan quedado incorporadas a la relación contractual entre las partes, a pesar de que desde el año 2014 el Tribunal Supremo afirmó que la contractualización de las condiciones se realizaba desde el inicio de la relación, vid. PUEBLA PINILLA, Ana de la, “El convenio colectivo estatutario en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: principales líneas interpretativas”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm.143, 2019.

flejados automáticamente en los contratos de trabajo, ello no debía llevarnos al equivoco de pensar que las obligaciones de las partes se regulaban automáticamente por la ley y por el convenio normativo¹⁷, sino que estas se rigen desde el inicio por el contrato de trabajo.

Aunque la teoría impuesta por el Tribunal Supremo lograba contener la devaluación de las condiciones laborales para parte de los trabajadores en activo, su aplicación práctica entrañaba muchas dificultades adicionales.

En primer término, se planteaba el interrogante de qué condiciones podían incorporarse o no al contrato de trabajo, pues la naturaleza de algunas materias dificultaba su contractualización, como ocurría, por ejemplo, con los derechos colectivos, el régimen disciplinario o los derechos pasivos de antiguos trabajadores o de familiares. Lamentablemente, de nuevo, ante el silencio del legislador, este análisis tuvo que ser realizado por los tribunales caso por caso¹⁸. Como criterio para determinar qué condiciones debían ser incorporadas al contrato de trabajo se sugirió atender a las materias sobre las que el empleador debe informar obligatoriamente al trabajador (art. 8.5 ET, desarrollado por el RD 1659/1998)¹⁹, esto es: la identificación de las partes, el domicilio de la empresa, la fecha de inicio de la relación laboral, el grupo profesional, la cuantía del salario y los complementos, la duración de la jornada y las vacaciones, el convenio colectivo aplicable y las condiciones adicionales en caso de que se vaya a prestar los servicios en el extranjero.

En cualquier caso, se constató que había materias que no eran contractualizables. Por tanto, la teoría contractualista obligaba a realizar un espiguelo de los convenios colectivos, tan denostado por el Supremo en otras materias²⁰, para diferenciar las condiciones contractualizables de aquellas otras que no podían serlo y que, en consecuencia, quedaban sometidas al régimen general mínimo del Estatuto de los Trabajadores.

En tercer término, también se planteaban incertidumbres en torno a las previsiones convencionales que tienen un contenido dinámico, como, por ejemplo, aquellas cláusulas de antigüedad que han contemplado que cada cierto número de años los trabajadores consolidan un complemento salarial o aquellos convenios que han garantizado un incremento salarial mínimo cada año. En estos supuestos, lo que se quedaba fijado en el contrato de trabajo eran las últimas condiciones disfrutadas por el trabajador antes de la pérdida de vigencia del convenio colectivo²¹, pero se perdía ese carácter dinámico que los sujetos negociadores habían acordado en el convenio colectivo que desaparecía tras finalizar su ultraactividad.

¹⁷ Se ha criticado que, en su defensa de la tesis conservacionista, para evitar los graves perjuicios provocados por el triunfo de la tesis rupturista, el Tribunal Supremo desdibuja la posición relativa de las distintas fuentes del sistema de relaciones laborales de nuestro país, difuminando la función normativa del convenio colectivo, PASTOR MARTÍNEZ, Alberto, "La contractualización de las condiciones convencionales tras la extinción de la ultraactividad", en *IUSLabor*, 1/2015, p. 7.

¹⁸ La STS 28 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:4230) declaró que los aspectos indisponibles para la autonomía colectiva regulados por el convenio colectivo no eran contractualizables. Tampoco lo eran ciertos beneficios sociales del personal que ya no trabajaba para Endesa, de forma muy particular el derecho a disfrutar gratis o con importantes descuentos de servicio de la electricidad en el hogar familiar, *vid.* STS de 7 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3035), que confirma la SAN de 26 de marzo de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:965).

¹⁹ MARTÍNEZ MORENO, Carolina, *Eficacia temporal de los convenios colectivos: soluciones al fin de la ultraactividad*, Francis Lefebvre, 2015, pp. 100-101.

²⁰ Así, por ejemplo, entre otros supuestos, el Tribunal Supremo ha declarado que no es posible mantener los beneficios de un convenio anterior y del ya acordado a través de la técnica del espiguelo (STS de 7 de diciembre de 2006, R° 122/2005); la prohibición del espiguelo también se ha extendido a la comparación entre descansos reconocidos para el personal funcionario o laboral (STS 29 de junio de 2010, ECLI:ES:TS:2010:3980); finalmente, también se ha rechazado el espiguelo para extender parcialmente las condiciones del convenio colectivo de la empresa principal en un proceso de absorción (STS de 27 de junio de 2011, ECLI:ES:TS:2011:5072).

²¹ La STS de 25 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3212) determina que el mantenimiento de las condiciones económicas no va más allá de la fecha de la pérdida de vigencia del convenio colectivo de modo que "se mantendrá la cuantía percibida en tal fecha, si bien sin incrementos posteriores por devengo de nuevos cuatrienios, en tanto que las partes no negocien uno nuevo en el que se reconozca el derecho". El Alto Tribunal, en consecuencia, impone una contractualización estática de las condiciones laborales.

En cuarto lugar, la contractualización de las condiciones laborales en ausencia de un convenio colectivo de ámbito superior presentaba, además, un doble problema de trato desigual. Por una parte, se producían problemas de “doble escala salarial”, pues los nuevos trabajadores que se incorporaban a la empresa podían tener salarios inferiores, ya que su única protección en esta materia era el salario mínimo interprofesional que era su suelo retributivo, respecto a los que se hubieran beneficiado de la contractualización de sus condiciones laborales, que seguirían percibiendo el salario que preveía el convenio extinto, pero como condición contractualizada en su contrato. No obstante, esta objeción era menos problemática de lo que cabría presumir en un principio, porque las diferentes retribuciones traían causa en la articulación del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y no en una decisión arbitraria del empleador. Por otra parte, se desencadenaba un diferente trato legal entre aquellos trabajadores que al no tener un convenio colectivo de ámbito superior lograban que se les contractualizaran sus condiciones y se convirtiera en una condición más beneficiosa sobre las normas del Estatuto de los Trabajadores, de aquellos otros a los que se les aplicaban las disposiciones del convenio colectivo de ámbito superior y, en consecuencia, a los que no se les respetaban las condiciones previstas en el convenio que perdía su vigencia. Nótese que, de nuevo, la situación más problemática era aquella en la que el convenio colectivo de ámbito superior perjudicaba los derechos y condiciones de las que venían disfrutando las personas trabajadoras. Parecía, por tanto, injusto que por una causa absolutamente ajena a su control –como es la existencia o no de un convenio de ámbito superior– los trabajadores sin convenio de ámbito superior pudieran encontrarse en mejores condiciones que aquellos trabajadores que al tener un convenio colectivo de ámbito superior se veían privados inesperadamente del marco de su convenio colectivo.

Finalmente, la incorporación de las cláusulas de un convenio que había perdido la vigencia a los contratos individuales de los trabajadores, observando los requisitos que ya han sido señalados, presentaba un último problema que enmarañaba la negociación de un nuevo convenio colectivo. La incorporación de estos derechos a los contratos suponía una condición más beneficiosa que debía respetarse por futuros acuerdos colectivos²². Ello obviamente no significaba que las condiciones fueran indisponibles en el futuro, sino que para su modificación o, en su caso, supresión debía acudir al procedimiento correspondiente, siempre y cuando el nuevo convenio colectivo no hubiera dispuesto su supresión o modulación. De forma específica a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores²³, o, en su caso, a través de la absorción y compensación en materia salarial prevista en el artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Todas las dificultades e incertidumbres señaladas terminaron por provocar que los agentes sociales se alejaran cada vez más del modelo de ultraactividad diseñado por la reforma del año 2012²⁴. Así, el régimen dispuesto por los negociadores, una vez producida la denuncia del convenio, de forma automática o por mediación de alguna de las partes, evidencia que estos han optado por incorporar cada vez cláusulas de ultraactividad más largas. En concreto, como muestra el siguiente

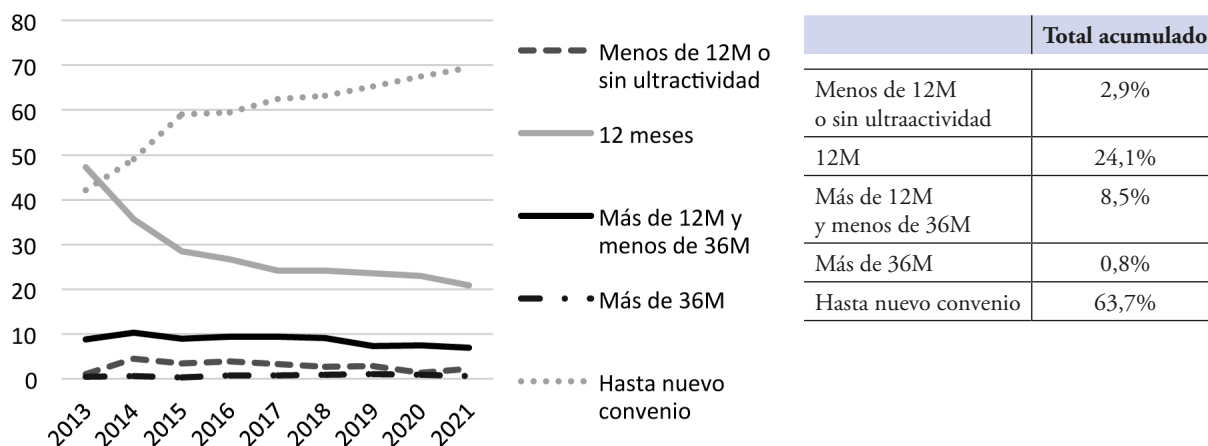
²² En sentido contrario, se ha afirmado que la contractualización de las condiciones laborales no convierte a estas en condiciones más beneficiosas a todos los efectos, sino que estas adquieren naturaleza contractual, pero no ven alterado su origen histórico, que está en el convenio y, por tanto, podrán aplicarse las reglas de los preceptos citados, si un nuevo convenio entra para cubrir el vacío en la unidad de negociación, DESDENTADO BONETE, Aurelio, “La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014”, en *Información Laboral*, núm. 3, 2015 (v.e.), p.13.

²³ Al respecto, STS de 18 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3185) o STS de 6 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3906), en la que se rechaza que una empresa pueda modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, pero porque el convenio anterior continúa vigente al haber incorporado una cláusula de vigencia, STS de 22 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5504) o SJuzgado de lo Social núm. 4, Donostia/San Sebastián, de 25 de noviembre de 2013, Sentencia núm. 401/2013, ECLI:ES:JSO:2013:195).

²⁴ Desde el año 2013 la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos viene elaborando un estudio específico sobre el contenido de las cláusulas de denuncia y ultraactividad de los convenios colectivos. Puede consultarte también un análisis de las cláusulas en materia de ultraactividad en MUÑOZ RUIZ, Ana Belén y PÉREZ DEL PRADO, Daniel, “Negociación colectiva de empresa: ¿hacia la recuperación económica o aún en crisis?”, *Anuario Laboral 2015*, 2015, Lex Nova, pp. 628-630.

cuadro, los convenios con cláusulas de ultraactividad indefinida han pasado de representar el 49,1% de los suscritos en el año 2014 al 69,5% a 30 de junio de 2021. Ello supone que el 63,7% del total de los convenios firmados desde el año 2014 contienen cláusulas de eficacia temporal indefinida.

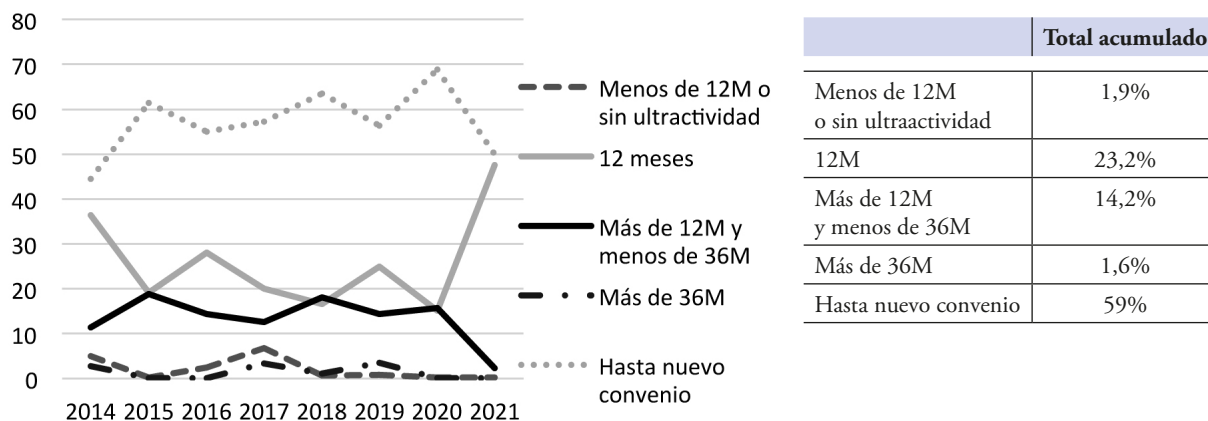
Porcentaje de Convenios por tipo de cláusulas de ultraactividad contenidas según año de firma (2013-2021)



Fuente: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Elaboración propia.

La situación es similar si tenemos en cuenta el porcentaje de trabajadores protegidos. Desde el año 2013 hasta el 30 de junio de 2021 el 59% de los trabajadores se encuentran protegidos por convenios con cláusulas de ultraactividad ilimitada. No obstante, es cierto, que si se observan los datos año a año las cifras tienen una mayor volatilidad.

Porcentaje de trabajadores protegidos por convenios, según las cláusulas de ultraactividad contenidas en los mismos según año de firma (2014 - 2021)



Fuente: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Elaboración propia

El mayoritario rechazo que se ha ido consolidando con el tiempo, que parece una enmienda a la totalidad del modelo de ultraactividad del año 2012, no le resta importancia a la reforma del año 2021. En primer lugar, porque obviamente su incorporación en el proceso de negociación se hacía a costa de sacrificar otras reivindicaciones. Por tanto, recuperar la ultraactividad ilimitada en defecto de pacto reequilibra los procesos negociadores y permite a las organizaciones sindicales ganar posiciones para defender otras reivindicaciones y derechos de las personas trabajadoras. En segundo

lugar, porque, como se acaba de indicar, si bien el número de convenios colectivos con cláusulas de ultraactividad ilimitada no ha dejado de crecer, no existe una correlación perfecta con los porcentajes de trabajadores protegidos. El número de trabajadores protegidos por convenios con este tipo de cláusulas ha variado mucho según el año. Así, en 2021 el porcentaje de trabajadores protegidos por convenios con cláusulas de ultraactividad ilimitada era del 49,9% por el 47,6% con cláusulas de ultraactividad de un año de duración. En consecuencia, la reforma ayuda a proteger a colectivos de trabajadores que no estaban incluidos bajo el ámbito de aplicación de convenios colectivos con cláusulas de ultraactividad ilimitadas.

En cualquier caso, lo cierto es que la traumática reforma de esta institución realizada en el año 2012 y los efectos derivados de la misma quizás podrían haberse evitado teniendo en cuenta que los agentes sociales siempre pudieron acordar una vigencia temporal del convenio al margen del régimen general previsto de la ultraactividad²⁵. Cuestión distinta es qué banco, el empresarial o el social, tenía y tiene los incentivos para ceder en esa negociación del marco temporal de vigencia del convenio. Asimismo, para evitar la petrificación había medios más proporcionales y eficaces para lograrla, como se pondrá de manifiesto más adelante.

3. El retorno de la ultraactividad ilimitada de los convenios colectivos

Como se ha indicado, la aprobación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, ha modificado el régimen jurídico que ha regido la vigencia del convenio colectivo tras su denuncia. Puede anticiparse que la reforma mejora notablemente la situación previa y permite superar buena parte de los problemas referidos, pero no todos.

El RDL 32/2021 ha respetado que corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos periodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio. Asimismo, ha determinado que la vigencia del convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio por las partes.

Habría sido deseable que se hubiera aprovechado la reforma para precisar qué sujetos pueden realizar dicha denuncia, pues la literalidad del artículo 86.2 ET posibilita que sean tanto las partes que suscribieron el convenio, las que reúnan la legitimidad plena para negociar el siguiente o las que únicamente cuentan con la inicial²⁶. Ante la falta de concreción y en atención a que las comunicaciones de denuncia del convenio anterior y de puesta en marcha de un nuevo proceso de negociación son actos diferentes²⁷, aunque ciertamente de forma habitual se produzcan de forma simultánea, parece que la interpretación más razonable sea sostener que están legitimados para denunciar el convenio colectivo aquellos sujetos con la legitimidad inicial necesaria para suscribir un nuevo convenio colectivo²⁸, incluso aunque en caso de que se denuncie y prospere una nueva

²⁵ GOERLICH PESET, José María, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013, p.23.

²⁶ MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María, "Autonomía colectiva, denuncia y ultraactividad del convenio colectivo", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 141, 2018, p. 105.

²⁷ MONREAL, Erik, *Vigencia ordinaria de los convenios colectivos, ultraactividad y contractualización judicial de sus condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 36-37. Al respecto el propio Tribunal Supremo ha advertido de manera indubitada que "la denuncia del convenio a que se refiere el art. 86, no equivale necesariamente a la comunicación exigida para abrir nuevas negociaciones que regula el art. 89, aunque en bastantes ocasiones tales actos se lleven a cabo conjuntamente", STS de 27 de septiembre de 1997 (ECLI: ES:TS:1997:5692).

²⁸ STS de 2 de diciembre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:5619), que rectifica y completa la jurisprudencia anterior de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

negociación en la unidad el sujeto denunciante tenga una posición minoritaria en la misma. No obstante, será exigible la legitimación plena cuando se acumulen en un mismo acto la denuncia del convenio anterior y la solicitud de la apertura de un proceso de negociación encaminado a la aprobación de un nuevo convenio colectivo en la unidad de negociación²⁹.

Asimismo, el nuevo artículo 86 ET sigue contemplando que los sujetos legitimados para negociar un convenio colectivo puedan acordar su revisión durante la vigencia de este. De nuevo, no son los sujetos que participaron en la firma del convenio los que lo pueden negociar, sino que se otorga esta competencia a aquellos que en cada momento tengan la legitimidad para negociar un nuevo convenio, al amparo de los artículos 87 y 88 ET. En otras palabras, la posibilidad de renegociar el convenio colectivo se convierte en la excepción a la regla general³⁰, prevista en el artículo 82.3 ET, que contempla que los convenios colectivos obligarán a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. No obstante, debe aclararse que la revisión del convenio vigente, a la vista de la interpretación sistemática de los artículos 89.1.2º y 86.3.2 ET, no puede ser impuesta por una parte a la otra, sino solo a través del consenso³¹.

El último de los elementos de la regulación anterior mantenidos por la reciente reforma ha sido la regulación de las cláusulas normativas y obligacionales. La anterior reforma terminó con esta anacrónica diferenciación de regímenes jurídicos³², que determinaba que una vez denunciado un convenio colectivo perdían vigencia las cláusulas obligacionales en él incorporadas, pero permanecían con toda su fuerza las cláusulas normativas³³. La reforma del año 2021, conforme con la anterior, ha conservado una única precisión en cuanto a la vigencia de las cláusulas en función de su tipología. Así, las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia del convenio decaerán desde el momento de la denuncia de este. En consecuencia, durante las negociaciones de un nuevo convenio y durante el periodo de ultraactividad del mismo será posible que la parte social ejerza su derecho a la huelga. Por tanto, debe deducirse que el resto de las cláusulas de carácter obligacional mantienen su eficacia³⁴.

Dos aspectos sí han sido modificados con diferente grado de relevancia. En primer lugar, los mecanismos de solución de divergencias y, en segundo lugar, la vigencia del convenio una vez constatada la imposibilidad de alcanzar un acuerdo.

En cuanto a los mecanismos de solución de discrepancias en caso de no alcanzarse un acuerdo para renovar un convenio, el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, ya había incorporado la obligación de que los acuerdos interpro-

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, “La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad”, *op.cit.*, p. 381.

³¹ En realidad, el artículo 86.1 vendría a recordar a las partes que pueden revisar sosegadamente el convenio, sin necesidad de esperar a que llegue el momento de su denuncia, *vid.* MONREAL, Erik, *Vigencia ordinaria de los convenios colectivos, ultraactividad y contractualización judicial de sus condiciones de trabajo*, *op.cit.*, p. 28. La revisión *ante tempus* del convenio colectivo produce distorsiones en un modelo estático como el español, al respecto MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María, “Autonomía colectiva, denuncia y ultraactividad del convenio colectivo”, *op. cit.*, pp. 119-121.

³² GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio, “Cláusulas normativas y obligacionales en los Convenios Colectivos”, *Documentación Laboral*, 1988, núm. 25, pp. 25 y ss.

³³ La diferenciación entre las cláusulas normativas y obligacionales no siempre es sencilla. Se ha señalado que mientras las primeras se proyectan sobre los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito, las obligacionales vinculan a los firmantes que las suscribieron, STS de 28 de octubre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:6398) y STS de 16 de junio de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:3983). En este sentido, se declaró que debían tener la consideración de cláusulas normativas: la creación de una comisión para la supervisión del presupuesto anual de la acción social en la empresa, STS de 2 de julio de 2009, (ECLI:ES:TS:2009:5157); el incremento salarial anual previsto en un convenio colectivo, STS de 16 de junio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:4526); o la creación del comité intercentros, STS de 1 de diciembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:7622).

³⁴ RUIZ CASTILLO, María del Mar y ESCRIBANO GUITIERREZ, Juan, *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 178.

fesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 ET, debían establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje. Dicha obligación fue conservada por la reforma del año 2012 para tratar de solucionar los bloqueos en la negociación antes de la pérdida definitiva de la vigencia del convenio colectivo tras la superación del periodo de ultraactividad. La reforma del año 2021 conserva el espíritu de las anteriores, pero da una nueva redacción al precepto que lo hace más imperativo y desplaza la atención de los instrumentos interprofesionales a los sujetos negociadores.

Así, si antes el sujeto de la acción eran dichos instrumentos, que debían arbitrar los procedimientos adecuados para la superación de las diferencias, la nueva redacción establece que las partes deberán, transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo y sin que se haya acordado un nuevo convenio, someterse a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83, dando por hecho la existencia de dichos procedimientos. Asimismo, siempre que exista pacto expreso, previo o coetáneo, las partes se someterán a los procedimientos de arbitraje regulados por dichos acuerdos interprofesionales.

El legislador ha querido enfatizar la obligación de los sujetos negociadores de someterse a procedimientos de mediación y, en su caso, arbitraje para tratar de superar los bloqueos negociadores. Es necesario precisar que la utilización de la expresión “*las partes deberán*” no debe ser interpretada como una obligación de los servicios de mediación autonómicos y estatal de perseguir de forma activa los bloqueos, sino que debe ser traducida como un llamamiento enérgico a los agentes sociales a que diriman sus diferencias en estas útiles instancias y, en último término, a que cualquiera de las partes pueda obligar a la otra a someterse a dichos procedimientos de mediación.

La nueva redacción presenta otra ventaja al imponer el pacto expreso, previo o coetáneo, para someterse al procedimiento de arbitraje. Permite entender implícitamente derogada la Disposición Adicional primera del Real Decreto-ley 7/2011³⁵, que imponía de forma muy cuestionable el arbitraje obligatorio hasta que se hubieran desarrollado los instrumentos de mediación correspondientes³⁶.

Sin lugar a duda, es en el régimen de la vigencia del convenio colectivo cuando hubiera transcurrido el proceso de negociación sin alcanzar un acuerdo donde la modificación es más intensa. Como se ha indicado, en ausencia de pacto en contrario, la reforma contempla la vigencia de los convenios colectivos con carácter ilimitado. En cuanto a la aplicación temporal de la nueva regulación, la disposición transitoria séptima RDL 32/2021 dispone que “*los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley [31 de diciembre de 2021], y en tanto no se adopte un nuevo convenio, mantendrán su vigencia en los términos establecidos en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por el presente real decreto-ley*”.

La incorporación de un régimen transitorio debe ser valorado de forma muy positiva, pues evita incertidumbres sobre los convenios ya denunciados. Ahora bien, no resuelve qué ocurre con aquellos convenios colectivos que hubieran incorporado cláusulas de vigencia que exceptuaran el régimen previsto en el Estatuto de los Trabajadores pactadas conforme al marco normativo anterior. A la vista de los datos que se han puesto de manifiesto en este trabajo, dos escenarios conflictivos son posibles: convenios que se limitan a transcribir el año de ultraactividad que imponía el artículo 86 ET antes de la reforma operada por el RDL 32/2021 y otros que disponen otros plazos distintos

³⁵ En la reforma del año 2012 no se podía entender derogada tácitamente, al respecto GORDO GONZÁLEZ, Luis, “La vigencia del convenio colectivo tras su denuncia: propuestas para la reforma de la ultraactividad”, *op. cit.*, p. 479.

³⁶ Al respecto, se ha sostenido que, al contrario que los mecanismos de arbitraje previstos en el art. 86.3 ET, el arbitraje subsidiario obligatorio previsto por el Real Decreto-ley 7/2011 es manifiestamente inconstitucional, por no respetar la autonomía de la negociación colectiva, *vid.* GOERLICH PESET, José María, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, *op. cit.*, pp. 28-29.

de la ultraactividad ilimitada. En ambos casos, lo cierto es que el legislador podría haber anulado las cláusulas anteriores o limitado sus efectos³⁷. Sin embargo, no ha contemplado ninguna regulación transitoria al respecto para estas cláusulas. Omisión que a buen seguro tampoco estará resuelta en los textos convencionales.

La conjunción de las dos circunstancias destacadas plantea la duda razonable de si la mera transcripción de una norma que estaba vigente en el momento de la negociación, pero que ya no lo está, debe interpretarse solo como el compromiso de los negociadores con la normativa que en cada momento esté en vigor o como el pacto en contrario que exige el artículo 86.3 ET para disponer de un régimen alternativo a la ultraactividad dispuesta por el Estatuto de los Trabajadores. Parece razonable sostener que incorporar una transcripción de un precepto exterioriza un compromiso manifiesto de las partes con el contenido del este³⁸, con independencia de su vigencia o derogación por parte del legislador, pues lo cierto es que las partes negociadoras optaron por disponer sobre la materia sin que vinieran obligadas a ello. Por tanto, no debe considerarse que haya vicios en el consentimiento otorgado en estas cláusulas suscritas con carácter previo a la reforma del año 2021.

Finalmente, la reforma tampoco ha resuelto una problemática generada por el criterio de contractualización aplicado por el Tribunal Supremo. El conflicto radica en que los nuevos convenios colectivos que se negocien tras la contractualización de las condiciones de un pacto previo serán directamente aplicables a todos los trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación, pero sus cláusulas funcionarán de forma diferente dependiendo de si los trabajadores prestaban o no sus servicios para la empresa en el momento en que el anterior convenio colectivo desapareció y, por tanto, tienen o no una condición más beneficiosa proveniente de convenio previo y extinto. Si no la tuvieran, el contenido del convenio les resultará directamente aplicable sin limitación. No obstante, si disfrutaran de la contractualización del régimen jurídico previsto por un convenio colectivo anterior, solo les serán de aplicación aquellas disposiciones del nuevo convenio que establezcan una mejora sobre su condición más beneficiosa, pero no aquellos preceptos que establezcan peores estándares de protección, salvo que el nuevo convenio colectivo hubiera dispuesto expresamente la absorción, total o parcial, de las condiciones más beneficiosas. Esta situación rompe la lógica negociada de los convenios colectivos, que resultan de aplicación al conjunto de los trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación, sustituyendo el articulado del convenio anterior y, por tanto, pudiendo mejorar o empeorar las condiciones previstas por el convenio anterior para el conjunto de la plantilla sin disposiciones expresas. Sin embargo, la nueva situación obligará a las direcciones empresariales, que razonablemente quieran unificar las relaciones laborales en su empresa, a adoptar procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Ciertamente es que estos procedimientos son más sencillos que el del descuelgue del convenio colectivo, sin embargo, no dejan de obligar a las empresas a acometer un procedimiento adicional sobre la propia negociación del nuevo convenio colectivo.

³⁷ El convenio colectivo queda condicionado por las normas de derecho necesario contenidas en las leyes, normas jerárquicamente superiores, STS 20 de diciembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:9052) y STS de 2 de octubre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:4814).

³⁸ Situación similar se planteó en la anterior reforma, pero con un equilibrio contrario al actual. En aquella ocasión existían muchos convenios colectivos que habían transcrito la ultraactividad ilimitada que contemplaba el estatuto de los trabajadores desde el año 1980. De forma mayoritaria se entendió que esa transcripción debía leerse como el “pacto en contrario” que exigía la nueva regulación de la ultraactividad. Así, SAN de 23 de julio de 2013 (ECLI:ES:AN:2013:3342), confirmada por STS de 13 de marzo de 2015 (ECLI:TS:2015:2340). La sentencia del Tribunal Supremo ratifica, con un voto discrepante, la sentencia de la Audiencia Nacional. El Alto Tribunal sostiene que la interpretación literal de la nueva redacción del artículo 86.3 ET avoca a ratificar la validez de las cláusulas que contemplaran la ultraactividad ilimitada del convenio, incluso aunque este acuerdo fuera único y previo. Misma respuesta deben merecer aquellos convenios que contemplan un régimen diferente del vigente antes del 31 de diciembre y que en la actualidad impone una ultraactividad limitada en comparación con el régimen vigente.

4. Valoración final de la reforma

Pese a las deficiencias señaladas, el balance de la reforma del año 2021 –que pone fin a una década anómala en la regulación de la ultraactividad en nuestro país y retoma la ultraactividad ilimitada que estuvo en vigor desde el año 1980 hasta el año 2012– debe ser necesariamente muy positivo. El RDL 32/2021 termina con los aspectos más inciertos y lesivos de la reforma del año 2012 en esta materia, al suprimir la ultraactividad ilimitada y con ello la confusa contractualización de las condiciones de los trabajadores. Asimismo, ha extendido con acierto la vigencia indefinida a todos los convenios denunciados, sin establecer regímenes transitorios confusos y conflictivos.

Los analistas más críticos dirán que todo ello será a costa de la petrificación de las condiciones laborales en las empresas. No obstante, como se avanzó al inicio de este trabajo, ello no es en absoluto cierto. La ultraactividad no sirve para ese fin. Dicha institución pretende garantizar provisionalmente la continuidad de los preceptos en tanto continúe la negociación de un nuevo convenio, pero no sirve para cubrir vacíos normativos, ni para perpetuarse eternamente³⁹. Mucho menos imposibilita transformar y adaptar el contexto productivo a la realidad, pero dicha modificación debe realizarse a través del cauce correcto. Esto es, a través de las reglas del descuelgue de convenios colectivos (art. 82.3 ET), cuando no es posible alcanzar un nuevo texto, pero si inaplicar el ultraactivo⁴⁰; o a través de las reglas de concurrencia⁴¹, cuando el bloqueo en la unidad impide tanto alcanzar un nuevo convenio como descolgarse del vigente⁴². Son ambas instituciones las que posibilitan la transición tranquila entre convenios, sin alterar de forma desproporcionada los equilibrios entre los negociadores, y la actualización de condiciones laborales a través de la aplicación de otros acuerdos a unidades que se han bloqueado y permanecen en ultraactividad⁴³.

La conclusión es, por tanto, que la lucha contra la petrificación de las condiciones laborales tiene cauces más eficaces, efectivos y proporcionales, que no atentan al equilibrio entre las partes negociadoras, ni imponen una devaluación de las condiciones laborales, como hizo la reforma del año 2012.

³⁹ Entre otras, STS de 7 de septiembre de 2021 (ECLI: ES:TS:2021:3330).

⁴⁰ Sobre la posible aplicación del descuelgue durante la ultraactividad del convenio, *vid.* SÁEZ LARA, Carmen, “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 140, 2017, p. 324. Al respecto, también, STS de 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5763).

⁴¹ La prohibición de concurrencia, prevista en el art. 84.1 ET, queda referida a la vigencia inicial pactada o prorrogada expresamente por las partes, pero no al periodo posterior a tal vigencia (STS de 10 de octubre de 2021, ECLI:ES:TS2021:3749; STS de 6 de julio de 2016, ECLI: ECLI:ES:TS:2016:3906). No obstante, al amparo del art. 83.2 ET los instrumentos allí previstos pueden disponer de las reglas de concurrencia y limitar la misma a la vigencia inicial y no a la prorrogada (Al respecto, *vid.* STS de 13 de enero de 2021, ECLI:ES:TS:2021:31). Finalmente, algún fallo ha previsto la protección de la unidad de negociación durante el periodo de ultraactividad cuando se haya iniciado de manera efectiva la negociación de un nuevo convenio en la unidad, sobre esta posible “impermeabilización” de la unidad (STS 17 de mayo de 2004, ECLI:ES:TS:2004:3333).

⁴² GARCÍA VIÑA, Jordi, “Cuestiones actuales sobre la ultraactividad en la negociación colectiva en España”, en SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena (dir.), *A proteção social na encruzilhada*, 2021, p. 248. Así, se ha señalado que Durante la vigencia ultraactiva del convenio colectivo es posible entablar una negociación en otra unidad negocial. No obstante, permanece la obligación de negociar de buena fe, AA.VV., “Sobre la ultra-actividad de los convenios colectivos en la reforma del 2012”, *Revista de Derecho Social*, núm. 61, 2013, p. 14. Asimismo, extinguido el convenio colectivo se cierra la unidad de negociación y, por tanto, finaliza la obligación de las partes de tener que negociar en ese ámbito funcional, territorial y personal, *vid.* MERINO SEGOVIA, Amparo, “La reforma d la negación colectiva en el RDL 3/2012 las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, p. 260. Por tanto, suprimida la unidad de negociación, esta puede no volver a abrirse, si no hay acuerdo entre las partes, o ser subsumida en otra unidad, siempre y cuando se respeten las reglas marcadas por los artículos 83 y 87 ET. Así, por ejemplo, finalizada la vigencia ultraactiva de un convenio franja, se ha determinado que el banco social no puede imponer al empresarial la obligación de “revivir” el convenio franja extinto. La unidad desarticulada, puede ser incorporada, por tanto, a otro convenio de empresa que unifique, bajo un mismo marco convencional, a todos los trabajadores de la compañía, STSJ de canarias de 7 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TSJICAN:2014:1901).

⁴³ Durante la ultraactividad no rige la norma del 84.1 y, por tanto, un convenio puede verse afectado por otro convenio que se proyecte sobre la unidad de negociación que ha quedado bloqueada.

Incidencia de la reforma laboral en el empleo público

Incidence of the labor reform in public employment

Francisco Ramos Moragues

*Profesor Contratado Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València*

ORCID ID: 0000-0002-4230-0699

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6645>

Resumen: La nueva reforma del mercado de trabajo, aprobada mediante el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, despliega sus efectos, fundamentalmente, en el ámbito privado de las relaciones laborales. No obstante, existen algunas previsiones que afectan directa o indirectamente a las Administraciones Públicas, en su condición de empleadores, y al personal laboral que presta servicios en ellas. El objeto de este trabajo es dar cuenta de los cambios introducidos por la reforma laboral en el empleo público.

Palabras clave: Administración Pública; reforma legislativa; relación laboral; empleo público.

Abstract: The new reform of the labor market, approved by Royal Decree Law 32/2021, of December 28, produce its effects, fundamentally, in the private sphere of labor relations. However, there are some provisions that directly or indirectly affect the Public Administrations, in their capacity as employers, and the workforce that provides services in them. The purpose of this paper is to explain the changes introduced by the labor reform in public employment.

Keywords: Public Administration; law reform; labor relation; public employment.

1. A modo de introducción

Con fecha 30 de diciembre de 2021, se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado, el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en lo sucesivo, RDL 32/2021). Según reza su Disposición final 8ª, la norma entra en vigor al día siguiente de su publicación; excepto para determinadas materias cuya aplicación efectiva se difiere a los tres meses desde su aprobación.

La mayor parte de las modificaciones que introduce esta reforma se circunscriben al ámbito privado de las relaciones laborales, esto es, tienen como destinatarios a los trabajadores y empresarios del sector privado. Sin embargo, el legislador también incorpora en el RDL 32/2021 algunas

*francisco.ramos@uv.es

previsiones, particularmente, a través de sus disposiciones adicionales, transitorias y derogatoria, que tienen incidencia, directa o indirecta, sobre el empleo público laboral. El impacto de los cambios que se introducen en este ámbito es desigual dependiendo del caso concreto; o, incluso, de la interpretación que se realice del alcance de los mismos, pues no siempre va a ser una tarea sencilla descifrar las intenciones del legislador.

El objeto de estudio del presente trabajo se dirige, precisamente, a dar cuenta de los cambios introducidos por la reforma laboral con repercusión en el sector público. Para situar el análisis en sus justos términos, es imprescindible abordar esta tarea trayendo a colación dos normas esenciales en este terreno. Me refiero, de un lado, al Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público –en lo sucesivo, EBEP–; y, de otro lado, a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. La primera de las disposiciones citadas constituye, qué duda cabe, la norma de cabecera por lo que se refiere al régimen jurídico del personal que presta servicios en las Administraciones Públicas. La segunda, en cambio, tiene un ámbito objetivo mucho más limitado. Por cuanto aquí interesa, establece diversas medidas para controlar la contratación temporal, entre las que sobresalen la configuración de un régimen de responsabilidad institucional y personal, así como el reconocimiento de una compensación económica en favor de aquellos empleados que han sufrido un perjuicio derivado del uso abusivo de la temporalidad.

2. El recurso a la contratación laboral en el sector público: Disposición Adicional 4ª, apartados primero y segundo del RDL 32/2021

La primera de las disposiciones del RDL 32/2021 que inciden en el empleo público es la adicional cuarta (DA 4ª), rubricada “Régimen aplicable al personal laboral del sector público”. De entrada, una simple lectura de la norma pone de manifiesto que el título de la disposición no se corresponde con su contenido. Ninguno de los tres párrafos que la conforman –a lo sumo, con gran generosidad, el tercero de ellos– aluden a la norma aplicable a este colectivo de servidores públicos, sino a una de las modalidades contractuales que pueden utilizarse por las entidades públicas y a las limitaciones, económicas y de acceso, que existen para su celebración y que traen causa, como suele ocurrir en este terreno, en la naturaleza pública del empleador.

Dejando al margen la previsión referida al contrato de sustitución en caso de vacante, que por su entidad será objeto de tratamiento específico en el siguiente epígrafe, el primero de los apartados se refiere a la posibilidad de que las Administraciones Públicas celebren “contratos por tiempo indefinido e indefinido fijo-discontinuo”¹; y lo condiciona a que éstos “resulten esenciales para el cumplimiento de los fines” que las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tenga encomendados, previa expresa acreditación. A dicha previsión, hay que añadir –segundo apartado– una limitación desde el punto de vista económico, según la cual, caso de existir una tasa de reposición específica, deberá respetarse.

Son varias las consideraciones que cabe efectuar en relación con los dos primeros apartados que se acaban de exponer. De entrada, respecto al ámbito subjetivo, la previsión se dirige no sólo a las administraciones públicas *strictu sensu*, es decir, las de base territorial, sino que se extiende su aplicación al “sector público institucional”, que incluye dos grandes categorías: los organismos públicos y enti-

¹ Habida cuenta de la confusión terminológica que caracteriza al empleo público laboral, donde se entrelazan conceptos como el de trabajadores fijos, indefinidos, indefinidos no fijos, etc. No parece muy conveniente añadir uno más “indefinido fijo-discontinuo”; sobre todo porque tal diferenciación no supone ningún valor añadido.

dades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas y las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas².

Entrando ya en el análisis del contenido, la alusión a que una entidad pública puede recurrir a la contratación laboral indefinida es, a mi juicio, una afirmación redundante e incompleta. Es redundante en la medida en que se trata de una posibilidad que ya se reconoce expresamente por la normativa actualmente vigente –art. 11.1 EBEP– y se confirma, además, a la vista de los datos estadísticos oficiales³.

Por su parte, el calificativo de “incompleta” obedece a que una interpretación literal de la norma podría llevar al intérprete a entender que sólo cuando se trate de contratos indefinidos –sea en su vertiente ordinaria o como fijos discontinuos– se requiere que la celebración del contrato sea esencial para el cumplimiento de los fines de la entidad pública. No sería correcta esta interpretación, pues, independientemente de la modalidad contractual laboral de que se trate –vaya por delante que todas son admisibles, incluyendo las de duración determinada– la incorporación de personal, en la medida en que se trata de acceder a la función pública, siempre ha de considerarse “esencial” para que el organismo público en cuestión pueda cumplir con los fines y objetivos que tiene encomendados. Partiendo de esta idea, es el propio ente público quien ha de valorar y acreditar sus necesidades de personal y, en su caso, proceder a la oferta de empleo público, así como a la convocatoria y cobertura de las plazas ofertadas a través de un procedimiento selectivo que cumpla los requisitos legales, en especial, los principios rectores del acceso al empleo público.

Por supuesto, tan importante –o más– que el requisito de que la decisión de contratar empleados públicos resulte esencial a los fines que persigue la entidad pública, es que tenga encaje presupuestario. Es aquí donde entra en juego la denominada tasa de reposición, que, como es bien sabido, consiste en un indicador que se utiliza para determinar el porcentaje de vacantes que pueden cubrirse con la incorporación de personal. Pues bien, la disposición adicional cuarta del RDL 32/2021 aclara que, amén de respetar la tasa de reposición “ordinaria”, esto es, la que se refleja cada ejercicio en la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado⁴, si se precisara una tasa de reposición específica para cubrir tales las plazas, la cobertura de las mismas se sujetará a la obtención de la preceptiva autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública. Esta exigencia no merece mayor comentario y se justifica en la necesaria política de contención del déficit público.

En suma, ahora como antes, la decisión de contratar personal laboral sigue correspondiendo a las entidades públicas, que podrán utilizar cualquier modalidad contractual prevista en el Estatuto de los Trabajadores. Ni que decir tiene que, si se trata de un contrato temporal, deberá estar presente la causa que legitime la temporalidad. Por lo demás, la decisión de contratar está condicionada por la observancia de una serie de exigencias impuestas por el legislador ordinario. Me refiero, en particular, a la dotación presupuestaria de los puestos que se van a cubrir; a la obligación de confeccionar la pertinente Relación de Puestos de Trabajo —o instrumento de ordenación similar—; y, por último, a la necesidad de que el puesto de trabajo esté reflejado en la correspondiente Oferta de Empleo Público.

² Un análisis de la tipología de administraciones públicas y sus principales características en RAMOS MORAGUES, Francisco, “Delimitación del sector público y ámbito aplicativo del EBEP”, en AA.VV. (Dir. BLASCO PELLICER, Ángel y LÓPEZ BALAGUER, Mercedes), *Las relaciones laborales en el sector público*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, págs. 13 a 54.

³ En efecto, es un hecho incontrovertido el que las Administraciones Públicas, de antiguo, vienen confeccionando sus plantillas mediante la contratación de trabajadores de conformidad con la legislación laboral. *Vid.*, Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (enero 2021). Disponible en: http://www.mptfp.es/dam/es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rfp/boletin/Boletines/200701_Boletin_julio_2021.pdf

⁴ Esta parte obedece a una modificación a la DA 4ª del RDL 32/2021, por parte del Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero, el cual, como curiosidad, en ninguna parte de su extenso título alude a que modifica, tras unas pocas semanas de vida, la reforma laboral.

Como colofón, quisiera significar a modo de recordatorio, que la Administración Pública goza de una amplia libertad para decidir si las necesidades de personal se cubren mediante empleados públicos laborales o a través personal funcionarial. No se trata, eso sí, de una facultad omnímoda, sino que aparece condicionada por la reserva de funciones contenida en el art. 9.2 EBEP, según la cual, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos.

3. Singularidades del nuevo contrato de sustitución por vacante en las Administraciones Públicas: régimen de responsabilidades y compensación económica

El art. 15.3 *in fine* ET, en la redacción dada por el RDL 32/2021 (vigente a partir del 31 de marzo de 2022), contempla la posibilidad de que se celebre el contrato de sustitución para la cobertura temporal de un puesto de trabajo mientras se desarrolla el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva a través de un contrato fijo. La norma, además, fija dos límites: 1) Su duración no podrá ser superior a 3 meses o al plazo previsto en el convenio colectivo; 2) Se prohíbe que pueda suscribirse nuevamente el contrato con el mismo objeto si se ha superado la duración máxima.

Partiendo de la norma común, la ya aludida Disposición adicional 4ª del RDL 32/2021, en su párrafo tercero, reconoce a las Administraciones Públicas la opción de celebrar estos contratos, manteniendo el mismo objeto, pero con una importante singularidad en punto a su duración máxima. En este ámbito, no existe la limitación legal de los tres meses, sino que se permite que su duración se prolongue hasta que finalice el proceso de selección por el que se cubre el puesto definitivamente. Se trata de una previsión que, en todo caso, no puede considerarse innovadora, pues ya el RD 2720/1998 daba cobertura normativa a una modalidad de “interinidad por vacante” en el ámbito de las Administraciones Públicas; y lo hacía en términos prácticamente coincidentes con la regulación vigente. Ahora, eso sí, se recoge en una norma con rango de ley. Dicho esto, vaya por delante que el incremento que se hace de la duración máxima del contrato es perfectamente razonable y obedece a la mayor complejidad que conlleva la puesta en marcha, desarrollo y resolución de los procesos selectivos en el sector público, que han de sujetarse a los imperativos legales y constitucionales habidos en la materia, lo que se traduce en una ampliación considerable de los tiempos de espera desde que se convoca la plaza hasta que la misma se cubre definitivamente.

La Disposición adicional 4ª completa su regulación señalando, de una parte, que la cobertura del proceso selectivo ha de llevarse a cabo respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad; y, de otra, remitiéndose a lo dispuesto en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Con respecto a la primera parte, se trata de una reiteración de los principios que han de presidir el acceso al empleo público, tal y como ya se viene exigiendo, a nivel constitucional, por los arts. 23.2 y 103 CE; y, a nivel de legalidad ordinaria, por art. 55 y, más recientemente, por el art. 11.3 –en relación con el personal temporal laboral– ambos preceptos, del EBEP.

Más interesante, sin duda, es la remisión a la Ley 20/2021. Fundamentalmente, porque dicha Ley ha incorporado, a través de la nueva Disposición Adicional 17ª al EBEP, un régimen de responsabilidades, tanto a nivel institucional como personal, para el caso en el que se incumplan los plazos máximos de permanencia como personal temporal; y, al mismo tiempo, porque prevé una “compensación económica” en favor del personal temporal que se vea afectado por tal circunstancia.

Categoría esta, la de “personal temporal”, en la que no sólo se incluye a los funcionarios interinos sino también a los empleados públicos laborales⁵. Vayamos por orden.

Comenzando por el régimen de responsabilidades, destacan dos previsiones: de un lado, con un alcance más general, se responsabiliza a las Administraciones Públicas del cumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 20/2021 y, en especial, de velar por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino.

De otro lado, se produce una remisión a la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas a efectos de dirimir la responsabilidad que pueda derivarse para el empleado público que lleve a cabo “actuaciones irregulares”. Interesa traer a colación ahora, por su condición de norma básica, el art. 94 EBEP, según el cual, no sólo se impone a las Administraciones Públicas el deber de corregir (literalmente, se dice “corregirán”) disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio de acuerdo con los clásicos principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad, culpabilidad y presunción de inocencia; sino que se admite expresamente la posibilidad de que junto a la imposición de sanciones disciplinarias, se pudieran derivar, en atención a la entidad de las infracciones cometidas, otro tipo de responsabilidad patrimonial o, incluso, penal.

A la espera de ver cómo se concreta esta cuestión en la normativa específica disciplinaria de cada Administración Pública, lo que si aclara la disposición adicional 17ª del EBEP es que se considerará como nulo de pleno derecho “todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal”.

Manteniendo esa cautela sobre cómo se desarrollará y, todavía más importante, sobre si tendrá una aplicación efectiva, su mera inclusión y los términos en que se hace es un aspecto a valorar positivamente. Que en la Administración Pública se hace un uso inadecuado de la temporalidad es un hecho que no admite discusión, y así viene siendo denunciado desde tiempo atrás por la doctrina científica⁶ amén de por otras instituciones públicas⁷. Pero igual de indiscutible es que para corregir esta situación disfuncional resulta capital arbitrar mecanismos efectivos que permitan exigir responsabilidades a las autoridades o empleados públicos que prolongan de manera artificial la relación de servicios o laboral del empleado interino o temporal⁸. El paso del tiempo será lo que nos permita verificar si finalmente se trata de una previsión meramente programática, como otras similares que

⁵ Debe advertirse que, en aplicación de lo dispuesto por la Disposición transitoria segunda de la Ley 20/2021, las previsiones contenidas en su artículo 1 –donde se ubican las medidas de control de la temporalidad– serán de aplicación respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor.

⁶ Hace más de dos décadas, MERCADER, en una obra que constituye un referente en esta materia, ya se refería de críticamente a la utilización flexible que hacía la Administración de las distintas modalidades de contratación temporal previstas en el ET, lo que había conducido, con el visto bueno de la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo, hacia una progresiva desnaturalización de las causas que legitiman el recurso a la contratación temporal en el ámbito público. MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, pág. 22.

⁷ El informe realizado por el Defensor del Pueblo denominado *Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público (2003)* ya entonces daba buena cuenta de este problema. El texto íntegro del documento se encuentra disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/funcionarios-interinos-y-personal-eventual-la-provisionalidad-y-temporalidad-en-el-empleo-publico-2003/>

⁸ Así lo evidenciaba en su Informe, la Comisión de expertos que se creó para la elaboración de los trabajos preparatorios del Estatuto Básico del Empleado Público. En dicho documento ya se defendía, con gran cierto, a mi entender, la conveniencia de que en el texto de la ley se incluyera, expresamente, el deber de emitir un informe previo por el titular del órgano que tuviera a su cargo el asesoramiento legal de la Administración, organismo o departamento en que presta sus servicios el trabajador, sobre la irregularidad de la prórroga expresa o implícita del contrato; de modo que, tras la emisión del referido informe, sería el titular del órgano de contratación quien asumiría la responsabilidad que le pudiera corresponder por la irregularidad cometida, ya fuera esta de carácter disciplinario, patrimonial o, en su caso, penal. *Vid., Informe de la Comisión de expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, págs. 62-63.

ya ha habido en este sentido; o si, por el contrario, ha servido de base para edificar un verdadero y eficaz régimen de responsabilidades.

Retomando el análisis, el régimen de responsabilidades al que se ha aludido tiene como detonante el incumplimiento de los “plazos máximos de permanencia como personal temporal”. Ello exige cuestionarnos sobre qué plazos son estos. Pues bien, en coherencia con las modificaciones que introduce la Ley 20/2021 en la redacción del art. 10 EBEP, a través de las cuales, se endurecen las previsiones legales relativas a la duración máxima del nombramiento del interino por vacante; hemos de considerar, al menos en relación con el contrato que estamos analizando, que tanto la batería de responsabilidades como la compensación económica que veremos a continuación se activa con el transcurso del plazo de 3 años a contar desde la celebración del contrato.

Aclarado este extremo, es el momento de referirnos a cuál es la “compensación económica” que contempla el legislador y qué reglas se siguen para su determinación. Centrándonos, por razones obvias, en el caso del personal laboral temporal, la Disposición adicional 17ª del EBEP señala que estos trabajadores, en caso de que se incumpla el plazo máximo de permanencia –en el supuesto de la interinidad por vacante: 3 años– tienen derecho a una compensación económica equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año, con un tope máximo de 12 mensualidades. Además, se indica que el derecho a la compensación señalada se produce “sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica”.

Para cohonestar ambas previsiones –indemnización laboral y compensación económica – la propia disposición adicional establece una regla para determinar esta última. Literalmente, se afirma que: “Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año [...]”.

Como ha destacado la doctrina más autorizada⁹, a través de esta fórmula se configura por el legislador un régimen “enrevesado”, que, además, convierte en “inoperante” esta compensación económica a la luz de la reciente jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en punto a las consecuencias que derivan de ocupar una plaza de personal interino por vacante durante un período inusual e injustificadamente largo. En efecto, a raíz de la interpretación defendida en la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de junio de 2021 (Caso IMDRA)¹⁰, el Tribunal Supremo, mediante su sentencia de 28 de junio de 2021¹¹, dictada por el Pleno de la Sala ha precisado y, en algún punto, rectificado, la doctrina que hasta ese momento venía aplicando en relación con la duración máxima de la interinidad por vacante y sobre cuándo ésta debía considerarse fraudulenta. A los exclusivos efectos que ahora nos interesan, el cambio doctrinal puede sintetizarse en que la superación de un plazo de 3 años –a contar desde la celebración del contrato de interinidad– sin que la Administración correspondiente haya procedido a la cobertura definitiva de la plaza, hace pensar que, con carácter general, estamos ante una duración excesiva e injustificadamente larga. En estos casos, la consecuencia que se deriva es que ese trabajador debe considerarse como “personal indefinido no fijo”.

⁹ Vid. SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, 2021, “La temporalidad en el sector público tras la Ley 20/2021 de 28 diciembre”, en *Elderecho.com*. [en línea]. Disponible en: <https://elderecho.com/la-temporalidad-en-el-sector-publico-tras-la-ley-20-2021-de-8-diciembre> [Consulta: 34-01-2022].

¹⁰ asunto C-726/2019, Imdra.

¹¹ Rº. 3263/2019. Esta tesis jurisprudencial ha sido reiterada con posterioridad. Entre las más recientes: STS de 2 de diciembre de 2021 (Rº. 4609/2018).

Esta figura, polémica donde las haya, como muestra la enorme litigiosidad generada en torno a ella y su extensísimo tratamiento doctrinal, implica, a grandes rasgos, que el empleado público sigue ocupando el puesto como “personal indefinido (pero no fijo)” hasta que se proceda a la cobertura definitiva de la plaza a través del correspondiente procedimiento selectivo acorde con los principios de igualdad, mérito y capacidad. Será entonces cuando se producirá la extinción del contrato de trabajo. Ahora bien, la situación del indefinido no fijo, por lo que a su régimen extintivo se refiere, puede ofrecer diversos escenarios: a) Que la Administración proceda a la *amortización de la plaza*. En ese caso, el cauce extintivo adecuado es el art. 51 y/o 52 ET, con derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio y un tope de 12 mensualidades; b) Que se lleve a cabo la *cobertura reglamentaria de la plaza, y la obtuviera un tercero*. La tesis jurisprudencial vigente, tras no pocos vaivenes, es que el trabajador tendrá derecho a la misma indemnización que la señalada en la opción a), esto es, la propia del despido objetivo; c) Que se produzca la *cobertura reglamentaria de la plaza por el propio «indefinido no fijo»*. En este supuesto, dado que se ha producido la transformación del vínculo con consolidación de empleo por parte del trabajador, en principio cabe entender que aquél no tendría derecho a indemnización alguna; d) Que se produzca el *despido disciplinario u objetivo del trabajador*. Aquí, la existencia de indemnización o no y su concreto importe, se rige por lo dispuesto en la legislación laboral y dependerá, como es sabido, de si el mismo se califica de procedente o improcedente. Las posibilidades son: que no haya indemnización alguna, que ésta sea de veinte días o que se eleve a 33 días, en caso de improcedencia.

Volvamos a la regla prevista en la nueva Disposición adicional 17ª EBEP: “Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año [...]”. Pues bien, la inmensa mayoría de los escenarios expuestos en el párrafo anterior no permiten el juego de la nueva “compensación económica”. En todos ellos, la indemnización que prevé la norma laboral es superior (33 días) o como poco igual (20 días) a la prevista en el EBEP. De ahí que resulte muy adecuada, a mi parecer, la valoración de “inoperante” que ha señalado algún autor; lo que le lleva a vincular la existencia de esta regla a una razón distinta, a saber, minorar la litigiosidad al atribuir *ex lege*, esto es, sin necesidad, de acudir a los tribunales, la misma compensación patrimonial¹². Quizás el único escenario posible por carecer de indemnización, sería el de cobertura reglamentaria de la plaza por el propio indefinido no fijo. Sin embargo, es una hipótesis fácilmente descartable si tenemos en cuenta que, por ejemplo, en los nuevos procesos de estabilización del empleo temporal, la compensación económica sólo se prevé para quien, participando, no logra superarlo; no para quien finalmente obtiene la plaza.

Para zanjar este tema, tan sólo apuntar a un par de aspectos formales sobre la aludida “compensación económica”: en primer lugar, es necesario que se produzca la extinción contractual, de ahí que se afirme que “el derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo”; de otro lado, la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento, lo cual, como ya se ha avanzado, supone desatender la doctrina jurisprudencial consolidada en punto a la unidad esencial del vínculo para los casos de sucesión de contratos temporales¹³.

¹² SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, 2021, “La temporalidad en el sector público tras la Ley 20/2021 de 28 diciembre”, en *Elderecho.com*. [en línea]. Disponible en: <https://elderecho.com/la-temporalidad-en-el-sector-publico-tras-la-ley-20-2021-de-8-diciembre> [Consulta: 34-01-2022].

¹³ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, 2021, “La temporalidad en el sector público tras la Ley 20/2021 de 28 diciembre”, en *Elderecho.com*. [en línea]. Disponible en: <https://elderecho.com/la-temporalidad-en-el-sector-publico-tras-la-ley-20-2021-de-8-diciembre> [Consulta: 24-01-2022].

4. La contratación de duración determinada como vía para la ejecución de proyectos o programas temporales específicos

Otra de las previsiones que se contienen en la reforma laboral y que tiene incidencia en el sector público, es la Disposición adicional 5ª del RDL 32/2021. La norma proclama de forma expresa la posibilidad de que las entidades que integran el sector público suscriban contratos de duración determinada en dos supuestos que se corresponden con los dos primeros párrafos que conforman la citada disposición: a) de un lado, cuando se trate de contratos vinculados a la ejecución de proyectos en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia –párrafo primero–; b) de otro lado, cuando se trate de contratos necesarios para ejecutar programas de carácter temporal que se financien por la Unión Europea –párrafo segundo–. En ambos casos, la duración de los contratos se vincula a la del programa o proyecto; mientras que la selección de los candidatos, obvio es decirlo, ha de efectuarse a través de procesos selectivos que preserven los mentados requisitos de igualdad, mérito y capacidad.

A mi juicio, la razón por la que el legislador ha querido reconocer en la mencionada disposición adicional esta posibilidad, hay que relacionarla directamente con la desaparición del contrato de obra o servicio. La aludida modalidad contractual se ajustaba a la perfección para atender este tipo de necesidades temporales. Tal vez por ello, con el fin de evitar cualquier duda en torno a si las entidades públicas podían seguir recurriendo a la contratación laboral temporal con el nuevo marco contractual diseñado por la reforma laboral, el legislador ha optado por su reconocimiento expreso.

El problema es que la incertidumbre se traslada ahora a qué contrato temporal han de emplear los organismos públicos para atender estas necesidades. Lo cierto es que la solución no es sencilla. En principio, cabrían dos alternativas:

- a) la primera ellas, sería recurrir a los nuevos contratos de sustitución o de circunstancias de la producción (art. 15 ET). Sin embargo, esta solución presenta serios inconvenientes, cuando no impedimentos absolutos. En el caso del contrato por sustitución, no estaríamos ante una de las causas que la norma estatutaria establece como habilitantes para celebrar el contrato: ni hay un trabajador con reserva del puesto al que sustituir; ni tampoco una vacante temporal que deba proveerse definitivamente. En el supuesto del contrato por circunstancias de la producción, para el caso –no exento de dificultad– de que pudiera entenderse que tiene cabida en su objeto, se plantearía un problema de orden funcional, pero no menor, pues la duración ordinaria de este contrato es, como máximo, de seis meses. Lapso temporal que no se corresponde con la duración que, habitualmente, tienen este tipo de proyectos o programas, que, por lo general, suele ser superior.
- b) La segunda alternativa es que la atención de estas necesidades temporales se lleve a cabo a través de contratos temporales *ad hoc*. En pocas palabras, se trataría de regular una suerte de “contrato de obra o servicio específico”, aunque la denominación fuera distinta, que se ajustase a este tipo proyectos o programas.

Habrá que esperar, en fin, a un futuro desarrollo normativo para ver cuál es la solución que propone el legislador.

Un problema de orden similar, aunque con matices propios, lo encontramos en otro supuesto específico, a saber, el de contratación de investigadores por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes. De manera más concreta, se trataría de los contratos de obra o servicio asociados a un proyecto específico de investigación o de inversión. Pues bien, para estos supuestos, lo único que establece el RDL 32/2021 –Disposición transitoria tercera, párrafo segundo– es una singularidad en torno al régimen transitorio aplicable para los contratos que se

encuentren vigentes a 31 de diciembre de 2021. Literalmente, se afirma que: “los contratos por obra o servicio determinados [...] vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años y que estén vigentes [...] mantendrán su vigencia hasta el cumplimiento de la duración fijada de acuerdo a su normativa de aplicación, con el límite máximo de tres años contados a partir de la citada fecha”.

La similitud con los supuestos recogidos en la Disposición adicional quinta RDL 32/2021, la encontramos en que la relación laboral en estos casos se venía formalizando, igualmente, a través del contrato de obra o servicio determinado. Sin embargo, en estos casos, de ahí lo de perfil propio, nada se dice, pese a la desaparición del anterior art. 15.1 letra a) ET, sobre la posibilidad de seguir realizando contratos de duración determinada y, mucho menos, se da alguna idea sobre cuál ha de ser la fórmula contractual adecuada para instrumentar este tipo de relaciones laborales. Ni que decir tiene que, aclarada la situación respecto a los contratos vigentes –regla transitoria expuesta–, el problema se presenta en el futuro inmediato. De nuevo, se abren varias opciones y ninguna está exenta de problemas:

- a) Si la necesidad de contratación surge en el intervalo temporal que va desde el 31 de diciembre de 2021 hasta el 30 de marzo de 2022, la entidad pública va a poder seguir celebrando un contrato de obra o servicio, pero –primer inconveniente– su duración no podrá exceder de los seis meses (Disposición transitoria cuarta RDL 32/2021). Y digo inconveniente porque los proyectos de investigación y de inversión suelen tener una duración que supera los seis meses. ¿Qué ocurrirá entonces?: si el trabajador continúa prestando servicios –que será, por otro lado, lo habitual, ya que el proyecto seguirá vigente– esa relación se convertirá en indefinida. ¿Hasta cuándo? Hasta que finalice la obra o servicio, momento en el cual, habría que proceder al despido objetivo *ex art. 52 letra e) ET*, con derecho a la indemnización establecida al efecto.
- b) Si la necesidad de contratación surge a partir del 31 de marzo de 2022, y a falta de una previsión expresa que siga admitiendo el recurso a la contratación de duración determinada, las posibilidades se reducen a celebrar un contrato indefinido que se mantendrá hasta que finalice el proyecto, debiendo producirse entonces el despido objetivo en los mismos términos que en el supuesto anterior.

La solución, a mi juicio, sería, de nuevo, la de reintroducir el contrato de obra o servicio para este tipo de supuestos específicos; o bien un contrato *ad hoc* con distinta denominación, pero de características similares, que se ajustase a este tipo de necesidades temporales. A la espera de ver cómo afronta el problema el legislador, si quisiera señalar que, si finalmente se llega a la conclusión de que en estos casos sólo es posible realizar contratos indefinidos, ello provoca un efecto perverso, consistente en reducir artificialmente la tasa de temporalidad a costa de un personal indefinido que, al final, se vería abocado a un despido, y que, a mayor abundamiento, correspondería su sostenimiento al erario público.

5. Efectos de la contratación temporal irregular o abusiva: ¿ha desaparecido el personal indefinido no fijo?

No es dudoso que esta reforma laboral se marca como uno de sus objetivos prioritarios, poner freno al uso claramente abusivo que desde tiempo atrás, se ha venido haciendo de la contratación laboral temporal en nuestro país. A tal fin, se configura por el legislador un nuevo marco de contratación

laboral en el que se dé preponderancia a la contratación indefinida. Para ello, entre otras medidas, se reformulan algunos contratos indefinidos ya existentes, se redefinen las causas de temporalidad, se prevén nuevas sanciones en caso de incumplimiento de la normativa en materia de temporalidad o se incrementa la cotización a la seguridad social para los contratos de duración determinada de escasa duración.

Una de las medidas que se dirigen a ese fin último de acabar con la temporalidad irregular se contiene en el art. 15.4 ET; precepto en el que se afirma que “las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas”. Una previsión de corte similar se contenía en la versión anterior a la reforma del art. 15.3 ET, que presumía el carácter indefinido del contrato de trabajo cuando se hubiera celebrado en fraude de ley. El hecho de que el legislador afirme ahora que las personas trabajadoras adquirirán la condición de “fijas”, podría suscitar la duda, como han apuntado algunos de los primeros comentaristas de la norma¹⁴, sobre si ello supone el fin de la figura del indefinido no fijo. Planteamiento que podría verse reforzado por la derogación de la Disposición adicional 15ª del ET, especialmente, de su apartado segundo, donde se recogía, implícitamente, aquella figura.

De llegar a esta conclusión, el cambio sería trascendental por sus indudables consecuencias prácticas. Y es que, ello supondría que en supuestos de contratación temporal fraudulenta o abusiva, el empleado público pasaría a ser un trabajador fijo de plantilla sin necesidad de superar un nuevo proceso selectivo conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Es decir, nos retrotraeríamos a los inicios de la década de los años 90 del siglo pasado, donde imperaba la tesis jurisprudencial en la que se entendía plenamente aplicable el Derecho laboral, sobre la base de que una vez nacía la relación laboral entre la Administración y el empleado público, esta debía regirse por la normativa laboral que le fuera aplicable, puesto que lo contrario iría en contra del principio de legalidad —art. 9.1 CE— al que está sujeta la Administración. En suma, esta doctrina jurisprudencial entendía que la repercusión de los principios rectores de acceso al empleo público en la relación individual de trabajo se limitaba al estadio preliminar de la misma, referido al procedimiento de selección o reclutamiento del personal laboral por el organismo público¹⁵.

Pese a las dudas suscitadas, no considero que los cambios operados en este punto por el RDL 32/2021, ni el terminológico, ni la derogación de la disposición antedicha, han de interpretarse en el sentido expuesto. A mi juicio, existen argumentos de mayor contundencia para defender que tras la reforma laboral, el personal indefinido no fijo sigue siendo el efecto principal que se deriva de la contratación temporal irregular en las administraciones públicas. Las líneas maestras que, a mi modo de ver, avalarían esta interpretación, serían las siguientes:

1º) Pervivencia de la necesidad de cohonstar las exigencias provenientes de dos ordenamientos jurídicos distintos. Las razones jurídicas que propiciaron la creación de esta figura jurisprudencial siguen plenamente vigentes. En efecto, ahora como antes, el problema de fondo surge por la imposibilidad de cohonstar las previsiones del derecho laboral para los casos en que un contrato temporal es irregular, esto es, la conversión de la relación laboral en fija; con las previsiones del derecho administrativo/constitucional, que impiden adquirir la condición de fijo al margen de un proceso selectivo acorde a los principios rectores del acceso al empleo público. Esta realidad, como señalaba, no se ha visto alterada lo más mínimo por la reforma laboral. Siendo así, entiendo que una interpre-

¹⁴ BELTRAN DE HEREDIA RUÍZ, Ignasi, 2021, “Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo y de la Contratación Temporal (anterior y posterior al RD Ley 32/2021)”, en: *Una mirada crítica a las relaciones laborales* [en línea]. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#321113> [Consulta en: 24-01-2022].

¹⁵ Entre otras, SSTs de 11 de febrero de 1991; de 18 de marzo de 1991; de 6 de mayo de 1992 y de 22 de septiembre de 1993 (Rec. núm. 1414/1991).

tación que supusiera avalar la transformación automática de una relación de servicios temporal en una permanente estaría conculcando las exigencias que por imperativo constitucional y legal han de presidir el acceso a la función pública. Podría razonarse que, en determinados casos, el trabajador que accedió a un puesto de naturaleza temporal ya superó un proceso de selección conforme a los principios rectores; sin embargo, esto no enerva la prohibición de transformación automática pues, aun en esos supuestos, nos encontraríamos ante una plaza o puesto de trabajo distinto que requeriría de un nuevo proceso selectivo. Más claro: la operatividad de los principios de igualdad, mérito y capacidad no se limita al momento de acceder al empleo público, sino que estos también despliegan sus efectos durante el desarrollo o promoción de la propia carrera profesional del empleado¹⁶.

2º) *Reconocimiento normativo de la figura a través del art. 8 EBEP*. El EBEP, ni en su versión primigenia (Ley 7/2007) ni en la actual (RDL 5/2015) ha destinado una sola línea a la configuración del indefinido no fijo, ni al establecimiento de su régimen jurídico. La única referencia la encontramos en el art. 8.2 letra c) del Estatuto Básico, que, de manera decepcionante, se limita a reconocer su figura, al afirmar que, en atención a su duración, el contrato de trabajo podrá ser “fijo, por tiempo indefinido o temporal”. Pues bien, esta previsión tampoco se ha modificado por la reforma laboral. Por tanto, sigue existiendo un reconocimiento normativo del personal indefinido no fijo.

Es lo cierto que el tratamiento dispensado por la Ley a un aspecto tan controvertido, la parquedad mostrada por el legislador, propició que la doctrina científica pusiera en cuestión que se efectuara tal reconocimiento, es decir, que la voluntad de la norma fuera la de contemplar esta figura; bien porque en realidad se trató de un error de redacción¹⁷; o bien porque si se atendía a la tramitación parlamentaria, no cabría alcanzar tal conclusión¹⁸. Sin embargo, sin desconocer la autoridad de los autores citados, discrepo de esta interpretación. Considero que ya en aquel momento se produjo tal reconocimiento, pues una cosa es que su intervención fuera vergonzante y otra que no fuera clara al diferenciar entre fijos, indefinidos y temporales (*Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal*)¹⁹. Aquella distinción –inexistente hasta la fecha en el derecho positivo– sólo cobraba sentido si se insertaba en el debate jurídico que deriva del nacimiento de la figura del indefinido no fijo. ¿O es que, de no haber existido esta creación jurisprudencial, el legislador hubiera utilizado una redacción en la que distinguiera entre dos términos que extramuros del ámbito público siguen siendo sinónimos: indefinido y fijo? No parece que hubiera sido así. Es más, si acudimos a los precedentes normativos al Estatuto Básico, ni la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (1964) ni la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública (1984) llevaron a cabo esta distinción. Pero es que, además, la Comisión de expertos, que fue creada por Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, y cuyo objeto, no se olvide, era el de “llevar a cabo los análisis y estudios previos, así como la elaboración de un documento que sirva de base para la posterior elaboración del anteproyecto de dicho Estatuto, en la propuesta que formuló como redacción, no establecía tal diferenciación, sino que proponía la siguiente: “*Personal laboral, ya sea fijo o temporal*”. En suma, el hecho de que hubiera sido mucho más

¹⁶ Así lo ha entendido, tanto la doctrina, entre otros, FERREIRA FERNÁNDEZ, A. Xavier, *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, Madrid, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, págs. 56-58; PUERTA SEGUIDO, Francisco, «El acceso al empleo público», en AA.VV. (Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, Luís), *Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos. LA LEY, 2007, págs. 404-405; como la jurisprudencia, entre otras, las SSTC 192/1991, de 14 de octubre; 212/1993, de 28 de junio y 80/1994, de 14 de marzo.

¹⁷ SALA FRANCO, Tomás. y ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio., “La contratación de personal laboral en la Administración Pública”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 112, 2008, pág. 69.

¹⁸ BOLTAINA BOSCH, Xavier, “Trabajo. Amortización de puesto. Extinción de contratos. Indemnizaciones. Fin del debate jurídico: el procedimiento correcto de extinción de los contratos de los trabajadores indefinidos no fijos por amortización de puesto”, *La Administración Práctica*, num.11, 2014, BIB 2014\368, p. 2

¹⁹ SALA FRANCO, Tomás., “Acerca de los contratos indefinidos no fijos de plantilla en las Administraciones Públicas”, en AAVV, *Jurisprudencia social a debate*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch 2015, pág. 186.

sencillo repetir formulas anteriores que evitarían generar confusión; que la literalidad de la norma es clara; y, sobre todo, que ya entonces hacía más de una década que se estaba suscitando un intenso debate judicial y jurisprudencial en torno a esta figura, del que no era ajeno el legislador, lleva a pensar que los términos en que aparece redactado el precepto fue decisión consciente por parte del legislador.

3º) *Respaldo de la jurisprudencia comunitaria, interna y del legislador español a la tesis del indefinido no fijo.* Otro argumento a favor de la continuidad del personal indefinido no fijo lo encontramos en su adecuación a la normativa europea, en concreto, a la Directiva 1999/70 CE del Consejo de Estado, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el contrato de duración determinada, tal y como se desprende tanto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) como de la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo. En el primer caso, debemos recordar que en la citada sentencia del TJUE, de 3 de junio de 2021 (Caso IMDRA) se afirmaba en su considerando número 73, que la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los “trabajadores indefinidos no fijos” podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco. Un tanto de lo mismo ocurre con el Alto Tribunal español, que ha reiterado en innumerables ocasiones que la solución del indefinido no fijo se ajusta a nuestro derecho interno y a la citada norma comunitaria, en la interpretación que de la misma ha efectuado el Tribunal de Justicia de la UE.

La misma conclusión se extrae si fijamos nuestra atención en el derecho positivo. El legislador español sigue abogando por la presencia de esta figura, como demuestra la exposición de motivos de la citada Ley 20/2021. Norma que, no se olvide, ha sido aprobada unos días antes que la reforma laboral y en la que se aborda la cuestión nuclear por la que surge esta figura: temporalidad. Literalmente, se afirma que: “el TJUE comparte la postura, defendida por España, de que no cabe en nuestra Administración la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente. Esta opción está excluida categóricamente en el Derecho español, ya que el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad”. A la vista de la rotundidad con la que se pronuncia el legislador, sería difícil y un tanto contradictorio interpretar que los cambios operados en el art. 15.4 y en la disposición adicional decimoquinta del ET por el RDL 32/2021 se dirigen a suprimir la figura del indefinido no fijo –las consecuencias que de ella se derivan, por ser más precisos–.

4º) *Existencia de referencias, previas a la reforma laboral de 2021, al término “fijo” y la razón de ser de la derogación de la Disposición adicional decimoquinta del ET.* En otro orden, el cambio terminológico que se ha producido entre la versión del art. 15.3 ET y la del art. 15.4 ET, como principal argumento para defender una interpretación a favor de la desaparición del personal indefinido no fijo, pierde fuerza, en mi opinión, si tenemos en cuenta que ya antes de la reforma laboral, otros pasajes del ET utilizaban el término fijo sin que ello cerrase la puerta a la aplicación de la doctrina del indefinido no fijo. En efecto, el art. 15.5 ET ya señalaba para el supuesto de que se celebrasen sucesivos contratos temporales –en las condiciones que en dicho precepto se establecen– que la consecuencia inmediata era la adquisición de la “condición de trabajadores fijos”. Pues bien, es un hecho notorio que, pese a los términos empleados, ello no ha sido óbice para que en el empleo público estos trabajadores no pasen a ser fijos de plantilla sino indefinidos no fijos.

Por otra parte, considero que la derogación de la Disposición adicional decimoquinta del ET (apartados 1 y 2) hay que interpretarla no tanto en relación con la desaparición del indefinido no fijo, como por la supresión del contrato de obra o servicio. En este sentido, recuérdese que el apartado pri-

mero de esta disposición se refería: de un lado, a la Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas; y, de otro, aludía, implícitamente, a la figura del indefinido no fijo, pues señalaba que el empleado seguía en el puesto sin convertirse en fijo hasta que se cubriera definitivamente, momento en el cual se extinguía el contrato. La supresión del primer apartado hace que pierda sentido el segundo de ellos.

5º) *La entidad del cambio merece un pronunciamiento expreso y en la norma específica.* Por último, poniendo en valor que se trata de una de las cuestiones más complejas que planteaba –y sigue haciéndolo– la irrupción de la Administración Pública en el ámbito de las relaciones laborales, generando múltiples conflictos en sede judicial; y que sus consecuencias prácticas, a la vista de los inadmisibles datos de temporalidad que se manejan en el sector público, sería de una magnitud enorme, su desaparición nunca debería ser fruto de una interpretación de la norma, por más que pudieran existir más o menos argumentos a favor o en contra, sino de un pronunciamiento expreso por parte del legislador. La entidad del cambio, insisto en ello, así lo exige, aunque sólo fuera en aras de establecer una mayor claridad en un panorama que, tradicionalmente, se ha caracterizado por la confusión y la inseguridad jurídica. A mayor abundamiento, creo que cualquier previsión en torno a esta figura, fuera su derogación o, quizás lo más razonable, su adecuada regulación normativa²⁰, debería efectuarse en la norma especial, pues no hay que olvidar que estamos ante una figura cuya virtualidad aplicativa sólo se produce en el ámbito de las administraciones públicas. Ello sin olvidar que en la tramitación de una eventual reforma de esta naturaleza se hace imprescindible la presencia de órganos como la Conferencia Sectorial de Administración Pública y la Comisión de Coordinación del Empleo Público; así como de organizaciones sindicales de máxima representación en el ámbito público como CSIF.

5. El despido por causas empresariales en el sector público: ¿prohibición o aplicación del régimen común?

El último de los cambios introducidos por la reforma laboral con incidencia en el empleo público se contempla en su disposición derogatoria única. Se trata de la derogación de la Disposición adicional decimosexta del ET (DA.16ª). Repárese, en todo caso, que su plena efectividad no se producirá hasta los tres meses desde la entrada en vigor del RDL 32/2021. Dicho esto, la mencionada disposición estatutaria, que fue introducida por la Ley 3/2012, se refiere a la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público.

La importancia del cambio introducido por la reforma laboral en este punto va a depender en gran medida de la interpretación que se haga del alcance de la derogación propuesta. Desafortunadamente, a diferencia de lo acontecido en otras materias, el legislador, a lo largo de la extensa exposición de motivos que se contiene en el RDL 32/2021, no nos ofrece ninguna pista sobre cuál era su propósito con esta medida. En una primera aproximación, cabrían dos posibles interpretaciones: a) entender que tras la derogación de la DA 16ª ET, queda prohibido que una entidad del sector público pueda efectuar despidos por causas empresariales; b) considerar que la derogación se refiere al régimen especial, pero no impide el recurso a este cauce extintivo.

De las dos interpretaciones planteadas me inclino por la segunda de ellas. Las razones que me llevan a defender este planteamiento son las siguientes: 1) Con anterioridad a la reforma laboral de

²⁰ Un ejemplo concreto de propuesta de regulación puede verse en: LÓPEZ BALAGUER, Mercedes y RAMOS MORAGUES, Francisco. *El personal «indefinido no fijo»: génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2020.

2012, ya era posible realizar despidos colectivos y objetivos por causas empresariales. En efecto, tanto la doctrina científica²¹ como los tribunales de justicia, avalaban esta posibilidad²². Es lo cierto que la forma de enjuiciar su viabilidad por parte de los órganos judiciales se hacía desde un prisma diferente al del sector privado, pues el foco de atención se ponía en el principio de eficiencia que ha de regir la actuación del ente público; 2) Sentado lo anterior, considero que la reforma laboral de 2012 ni establece, ni reconoce el despido por causas empresariales en el sector público, sino que se limita a proclamarlo, en el sentido que tiene este vocablo en la primera acepción del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, esto es, el de “publicar en alta voz algo para que se haga notorio a todos”. Y a ello, añadió unas especialidades, en particular respecto a la operatividad de la causa económica que responden a la naturaleza pública del empleador; 3) el último argumento exige una breve referencia al art. 7 EBEP. Dicho precepto, como es sabido, se encarga de señalar el régimen jurídico aplicable al personal laboral. En términos generales, se indica que los empleados públicos laborales se rigen por la legislación laboral y por los preceptos del EBEP que así lo dispongan, bien porque tengan como destinatarios directos al personal laboral o bien porque se refieran de un modo genérico a los empleados públicos; categoría en la que hay que incluir a los contratados laborales. Pues bien, no hay ningún precepto en todo el articulado del EBEP que hable de la extinción del contrato por despido colectivo u objetivo basado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Siendo ello así, hemos de aplicar la remisión que el citado precepto legal efectúa en favor de la norma común, en nuestro caso, el ET.

En conclusión, sobre la base de los argumentos expuestos, considero que la nueva reforma laboral lo que hace es derogar la regla especial prevista en la DA 16ª ET, pero deja expedita la vía de acudir a estos cauces extintivos en el sector público, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 51 y 52 c) ET.

En cualquier caso, si la interpretación dada por los tribunales de justicia fuera en favor de la primera de las tesis planteadas –prohibición de despedir por estas causas– hay un par de cuestiones que merece la pena traer a colación en este momento: de un lado, esa opción limitaría mucho las herramientas de que dispone un organismo público para afrontar coyunturas económicas difíciles, pues a la posibilidad de despedir que ahora se negaría, se suma la prohibición, ya existente, de aplicar la suspensión y reducción por causas empresariales en las Administraciones Públicas; de otro lado, merece la pena recordar que la todavía vigente DA 16ª del ET se refiere tanto a las Administraciones Públicas en sentido estricto, como a los entes sector público institucional, donde hay que incluir a las sociedades y/o fundaciones del sector público. Resulta llamativo que, a estas entidades, que muchas veces interactúan en el mercado como una empresa más, no se les permita esta vía extintiva.

²¹ Es el caso, por citar un par de trabajos relevantes, GOERLICH PESET, José María, y NORES TORRES, Luís Enrique, “Reestructuración de plantillas en los entes locales: un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en la Administración Pública”, *Justicia Laboral*, núm. 4, 2000; y de MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Especialidades de la extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Actualidad Laboral*, núm. 14, 2004.

²² En efecto, no son pocos los casos en que la jurisprudencia enjuicia este tipo de despidos cuando son acordados por entes públicos, sin poner en duda la posibilidad de su existencia. Entre otras, SSTS de 4 de julio de 1996 (Rº. 4006/1995); de 17 de julio de 1998 (Rº. 151/1998) y de 10 de marzo de 1999 (Rº. 2138/1998).

La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores

The Nth amendment of the Tenth Additional Provision of the Workers' Statute

Amparo Esteve Segarra

Profesora titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social . Acreditada CU

Universidad de Valencia

ORCID ID: 0000-0003-3773-4668

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6646>

Resumen: La disposición adicional décima del ET ha sufrido cambios constantes en sucesivas reformas. La última versión del precepto pretende prohibir las jubilaciones forzosas previstas en los convenios colectivos por debajo de los 68 años y establece como única justificación de política de empleo la nueva contratación de un trabajador con un contrato indeterminado y a jornada completa. Además, se introduce una medida de acción positiva para fomentar la contratación de nuevas trabajadoras que cubran los puestos de trabajo de los jubilados forzosamente en sectores de baja ocupación femenina, posibilitando la rebaja de la edad de jubilación en las cláusulas convencionales de jubilación forzosa hasta la edad ordinaria de jubilación.

Palabras clave: jubilación forzosa, convenio colectivo, política de empleo, jubilación activa

Abstract: The tenth additional provision of the ET has undergone constant changes in successive reforms. The latest version of the precept aims to prohibit forced retirements provided for in collective agreements below 68 years of age and establishes as the only justification for the employment policy the new hiring of a worker with an indeterminate contract and full time. In addition, a positive action measure is introduced to encourage the hiring of new workers to fill the jobs of forced retirees in sectors with low female employment, making it possible to lower the retirement age in the conventional clauses of forced retirement up to normal retirement age.

Keywords: Forced retirement, collective agreement, employment policy, active retirement.

*Amparo.esteve@uv.es

1. La orientación de la reforma del 2021: prohibir las cláusulas de jubilación forzosa por debajo de los 68 años

Pocas instituciones en el Estatuto de los Trabajadores han estado sometidos a tan notables vaivenes normativos como la posibilidad de pactar convencionalmente la finalización del contrato de trabajo por jubilación por razones de política de empleo. La Disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores ha sido históricamente la que contenía la habilitación legal para que los convenios colectivos pudieran establecer cláusulas de jubilación forzosa¹. La mencionada habilitación, muerta y resucitada no en una, sino en varias ocasiones, habría sido objeto de numerosas reformas legales², y la del 2021 también ha modificado su redacción³.

La ley 20/2021, de 28 de diciembre, ubica la modificación de la DA 10ª ET en las políticas de jubilación activa. Este objetivo se hace patente a partir de dos elementos:

1. La propia redacción literal de la DA 10ª ET que comienza señalando: “En aras de favorecer la prolongación de la vida laboral...”. Y a continuación, fija indirectamente una prohibición de cláusulas convencionales que prevean la jubilación forzosa del trabajador a una edad inferior a los sesenta y ocho años. La prohibición es indirecta porque se admite sólo la operatividad de las cláusulas de los convenios colectivos cuando los trabajadores tengan 68 años o más.

¹ La primera previsión de la jubilación forzosa en el ordenamiento laboral fue la contenida en la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo). Esta disposición no introducía una figura desconocida, pues las jubilaciones forzosas se hallaban previstas en el ordenamiento funcionarial, ni en el ordenamiento laboral, donde ya existían jubilaciones forzosas, si bien, con carácter atípico. Así, la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953 (BOE de 7 de julio, núm. 188) consagró la jubilación como un derecho del trabajador, dejando a salvo la posibilidad del empresario de extinguir el contrato de trabajo por ineptitud. Sin embargo, el bajo rango normativo en el que se estableció la voluntariedad de la jubilación permitió que posteriores órdenes ministeriales regularan jubilaciones forzosas. Así la Dirección General de Trabajo mediante una resolución de 1 de mayo de 1954 estableció la subsistencia del régimen de jubilación establecido para el Banco de España por Orden de 21 de diciembre de 1948. En segundo lugar, la Orden del Ministerio de Trabajo de 18 de enero de 1955 exceptuó la aplicación de la Orden de 1 de julio de 1953 en diversas reglamentaciones.

² En la DA 5ª del ET de 1980 se establecía una edad máxima de 69 años, lo que planteó inmediatamente problemas de interpretación y dudas acerca de la constitucionalidad de la regulación prevista. La institución, que rompería la que hasta ese momento era configuración típica de la jubilación como causa de extinción de la relación laboral como derecho, recibiría el aval del Tribunal Constitucional, con fundamento en un reparto del empleo. Sin embargo, la edad máxima de trabajo fue eliminada posteriormente. De este modo la regulación se sustituyó por la disposición adicional décima del ET, admitiendo la jubilación forzosa como instrumento de política de empleo. La disposición fue nuevamente objeto de reforma en el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo (BOE núm. 64, 3-3-2001) convalidado después por la posterior Ley 12/2001, de 9 de julio, Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE núm. 164, 10-7-2001) que procederían a la derogación de la mencionada disposición. Un giro completo se produjo con la Ley 14/2005, de 1 de julio, que habría facilitado de nuevo la posibilidad de jubilaciones forzosas convencionales. Este giro respondía a la reivindicación de los agentes sociales de recuperar la institución, así como al momento de fortaleza de las arcas públicas. El nuevo capítulo de la historia normativa se ubicaría en la gran reforma de la pensión de jubilación operada por la Ley 27/2011. Pese a la recomendación 12ª de la Comisión del Pacto de Toledo contenida en el informe del 2011 de eliminar la jubilación obligatoria e incentivar el retraso de la jubilación de forma voluntaria, la Ley 27/2011, en su DA 36ª mantuvo la posibilidad de cláusulas convencionales de jubilación forzosa en la DA 10ª del ET, con dos ajustes: que la jubilación forzosa exigiría el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación en cada momento y la exigencia de que el trabajador afectado pudiera alcanzar el 80 por cien de la base reguladora de su pensión de jubilación. Empero, la Ley 27/2011 no tendría efectos, puesto que poco tiempo después de la aprobación de la ley y antes incluso de su entrada en vigor (el 1 de enero de 2013 conforme a la disposición final duodécima de la Ley 27/2011), se volvería a modificar el texto de la disposición adicional décima del ET. A la postre, la posibilidad de incluir en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa se derogaría en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 182, 7-7-2012) en concreto en la DF 4ª, apartado 2. Posteriormente, el art. 1 del RD-L 28/2018, de 28 de diciembre, volvería a reintroducir la posibilidad de jubilaciones forzosas establecidas en convenio colectivo.

³ Vid. DA 1ª Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

2. El segundo elemento que evidencia la orientación es el propio preámbulo de la norma que, al prologar la reforma introducida, la sitúa entre las medidas para posibilitar una jubilación activa⁴, en línea con las mayores penalizaciones para las jubilaciones anticipadas y la promoción del envejecimiento activo a través de la llamada jubilación demorada.

La reforma se enmarca en un contexto pandémico y delicado por la situación financiera de déficit, la utilización sucesiva del fondo de reserva y los desafíos demográficos del sistema de Seguridad Social, que impondría retos al sistema de protección social, en particular, en materia de pensiones de la jubilación. Las razones del cambio serían tanto económicas como políticas. Entre las primeras se aludiría a la necesidad de promover el envejecimiento activo, término eufemístico para aludir a la necesidad de prolongar la vida laboral, por el incremento en gasto en pensiones, la minoración en las cotizaciones sociales y las presiones demográficas. Sin embargo, también existiría una concreta orientación política en la reforma laboral del 2021. Y es que las antedichas razones ligadas a la viabilidad del sistema, ya se habrían invocado con anterioridad en la década pasada para modificar la DA 10ª ET, derogando la posibilidad de jubilaciones forzosas por la vía del convenio colectivo. Pero, a diferencia de reformas anteriores instadas por gobiernos de orientación conservadora⁵, se optaría por mantener la posibilidad de una extinción por razón de la edad en los convenios colectivos, pero sujetándola a requisitos más estrictos de política de empleo y de edad de los trabajadores jubilados.

2. Los cambios más relevantes de la reforma del 2021

2.1. La prohibición de las jubilaciones forzosas por debajo de los 68 años

Se prohíben las cláusulas convencionales de jubilación forzosa por debajo de los 68 años. La fijación de un límite mínimo para habilitar cláusulas convencionales supone un planteamiento distinto a versiones anteriores, porque no se trata de derogar la habilitación legal a las cláusulas convencionales de jubilación forzosa, sino de limitarlas por la vía de incrementar la edad mínima en la que pueden producirse. La fijación de un suelo de 68 años se sitúa en la tendencia al alargamiento de la edad legal de jubilación pensionable en nuestro ordenamiento, situada desde 1919 (R.D. de 11 de marzo de 1919, Gaceta del 12) en los 65 años, y que se ha ido alargado progresivamente, por mor de la Ley 27/2011. La edad de 68 años fijada como mínima para la legalidad de las cláusulas de jubilación forzosa es, curiosamente, próxima a la que en otro momento fue la edad máxima de trabajo, que en el ET de 1980 se situaba en los 69 años.

⁴ Así se señala: “Por lo que a la jubilación activa se refiere, en coherencia con todo lo anterior, se exige como condición para acceder a esta modalidad de jubilación el transcurso de al menos un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Por último, se contempla la prohibición de cláusulas convencionales que prevean la jubilación forzosa del trabajador a una edad inferior a los sesenta y ocho años, así como la reducción del 75 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante la situación de incapacidad temporal de los trabajadores que hayan cumplido sesenta y dos años de edad”.

⁵ El Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo (BOE núm. 64, 3-3-2001) convalidado después por la posterior Ley 12/2001, de 9 de julio, Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE núm. 164, 10-7-2001) que procederían a la derogación de la mencionada disposición por necesidades demográficas ligadas al equilibrio del sistema de protección social y la necesidad de incentivar la prolongación de la vida activa. El legislador exponía en el RDL 5/2001, que la jubilación forzosa configurada originalmente como estímulo o instrumento de política de empleo, estaba inspirada en “concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo claramente desactualizadas”. En este sentido, las líneas del Pacto de Toledo desde una perspectiva de preocupación por la financiación del sistema de Seguridad Social desincentivaban las jubilaciones anticipadas y, en la misma línea desde instancias comunitarias, se promovía una jubilación voluntaria y progresiva.

El fijar una edad elevada para permitir la jubilación forzosa prevista en el convenio colectivo parece dar por superadas las tendencias sostenidas en otras etapas históricas de reducir la edad de acceso a la pensión de jubilación y, en general, promover las jubilaciones, como medida de política de empleo, dado que diversos estudios incidirían en la escasa eficacia de estas medidas de potenciar la salida de determinados colectivos de trabajadores y la entrada de otros, para contribuir a reducir la tasa de desempleo y aliviar el problema de desempleo juvenil. Ello explica los giros del legislador en cuanto a la posibilidad de establecer en convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa.

2.2. La redefinición de la política de empleo en términos más estrictos para conseguir el relevo generacional

La nueva cláusula define en términos mucho más concretos que en su versión anterior, los objetivos de política de empleo. Y ello, no sólo porque se cambia la redacción en el sentido de suprimir la enumeración de los objetivos de política de empleo con carácter meramente enunciativo que se contenía en la versión anterior⁶; sino porque se utiliza en la nueva redacción un término concreto y claramente vinculante, de manera que sólo cabe la admisión de la jubilación forzosa si se produce un solo objetivo, la contratación de un nuevo trabajador o trabajadora por tiempo indefinido y a jornada completa. Así se señala como requisito que la medida de jubilación forzosa “*deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora*”. La redacción de la norma despeja parte de los problemas relacionados con el cese en el trabajo por razón de la edad vinculados a objetivos de política de empleo, que se delimitan de una forma mucho más estricta. Ello va a obligar a un cambio de redacción de muchas cláusulas convencionales en los convenios que se suscriban a partir del 2022, en contraposición con las cláusulas convencionales que, hasta esa fecha venían contemplando un elenco de medidas de políticas de empleo mediante la transformación de contratos a tiempo parcial en a tiempo completo, de contratos temporales en indefinidos, suscripción de contratos de relevo o nuevas contrataciones por cada extinción (sobre el régimen de vigencia de estas cláusulas vid. infra el apartado dedicado al derecho transitorio). Ahora sólo se admite esta última posibilidad y con un contrato indefinido y a jornada completa.

La razón de ser de este cambio es tratar de evitar la amortización de puestos de trabajo por la vía de la jubilación forzosa. El objetivo no es novedoso, pues el TC en una de sus primeras resoluciones, en concreto, en la sentencia de 2 de julio de 1981, ya había dicho que la jubilación era voluntaria en el ámbito privado como regla general y que las jubilaciones forzosas se justificaban sólo por objetivos de reparto de empleo. El problema es que en la práctica ello se fue relativizando, de manera que las finalidades de política de empleo se presumían y parecía que bastaba que el jubilado tuviera derecho a la pensión y luego ya se vería si su puesto se cubría, con quién o si este se amortizaba.

El Tribunal Constitucional en sentencia de 2 de julio de 1981, establecería que la institución de la jubilación forzosa tendría como fundamento una política de reparto de empleo, la cual plasma una determinada concepción del valor general de solidaridad. Es justamente, este valor de solidaridad —que se concreta en el aspecto colectivo del derecho al trabajo— el que justifica la anulación del derecho del trabajador a decidir su jubilación, limitando el aspecto individual de ese mismo derecho. La doctrina de la sentencia sirvió de pauta interpretativa para los posteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de jubilación forzosa vía negociación colectiva. Esta justifi-

⁶ Estos objetivos se enunciaban anteriormente de la manera siguiente: “tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo”.

cación inicialmente parecía ligada al requisito de no amortización de puestos de trabajo. Pero este condicionamiento luego no se seguiría en la jurisprudencia constitucional, que ya no hizo mención de este requisito en las sentencias de 1985, ni en la jurisprudencia de finales de los ochenta y de los noventa, que formó un concepto de política de empleo indeterminado. Así se estableció que para la validez de las jubilaciones forzosas basta que se garanticen los derechos a la pensión del trabajador jubilado, pues las finalidades de política de empleo se presumen, STS de 2 de junio de 1986. El TS también admitió que con las jubilaciones forzosas pudieran producirse una reducción de plantilla, precisamente por razones de política de empleo para amortizar puestos de trabajo y superar una situación crítica de la empresa (STS de 2 de marzo de 1983, FJ. 3º). Ello se trasladaría a la doctrina judicial que admitió establecer medidas de jubilación forzosa para garantizar la viabilidad de la empresa o para evitar despidos colectivos (STSJ de Galicia de 29 de octubre de 1996). En esencia, la limitación del derecho individual del trabajador jubilado se fundamentaba en un concepto de política de empleo, pero el concepto estaba aquejado de un cierto grado de indeterminación, lo que permitiría una relativización.

La reforma del 2021 trataría de volver al inicio, permitiendo sólo las jubilaciones forzosas cuando no se amortizara el puesto de trabajo del trabajador jubilado, y, además, el trabajador contratado para cubrir su puesto lo fuera en las condiciones de un empleo típico (indefinido y a jornada completa). A la concreta exigencia, ha contribuido la experiencia pasada de cuatro décadas. Y es que la configuración de la jubilación forzosa como potencial instrumento de reparto de empleo ha adolecido siempre controles que garantizaran el cumplimiento del fin que le servía de fundamento. Es preciso tener en cuenta que la introducción de la disposición adicional quinta del ET de 1980 creó importantes expectativas en cuanto a los efectos automáticos de la medida como instrumento de creación o, más bien, de reparto de empleo. Sin embargo, su uso pronto generaría una actitud más escéptica en la doctrina científica, cuando no claramente negativa al comprobar la utilización no como instrumento de creación de empleo, sino como una medida para amortizar puestos de trabajo y facilitar la salida de las empresas de situaciones de crisis. Téngase en cuenta que la jubilación forzosa frente a otras soluciones como los despidos colectivos ofrece importantes ventajas de simplicidad de trámites y de costes, ya que sólo existe como indemnización, la pensión de jubilación, frente a otras indemnizaciones más elevadas (art. 53 TRET). Es verdad que, en el ámbito de la jubilación forzosa pueden y suelen preverse mejoras voluntarias, tales como premios de jubilación, pero si no existe previsión al respecto, no existe obligación.

Los tribunales posteriormente intentaron acotar mejor la explicitación de estos objetivos en los convenios, pero ello no se consiguió nunca del todo⁷. A estos efectos, la jurisprudencia ha establecido que no sólo es necesario que el convenio exprese formalmente los objetivos de política de empleo, sino que es obligatorio que se pruebe que dichos objetivos se han cumplido o están en trámite de cumplimiento⁸. Si se han cumplido, los tribunales legitiman las jubilaciones forzosas, aunque las mismas causen un perjuicio a los trabajadores que se jubilan, que no pueden acceder a incrementos en la pensión de jubilación por prolongar su vida activa o pierden poder adquisitivo por las diferencias entre su pensión y la retribución que tenían en activo. En conclusión, aunque los tribunales han establecido una doctrina en la que se intentaba ser más exigente con las finalidades de política de empleo fijadas en el convenio, pero esta doctrina ha tenido escaso impacto por dos factores:

⁷ Vid. Alfonso Mellado *et alii*: Capítulo sobre “Contratación, Fomento del Empleo y Extinción” del *Observatorio de Negociación colectiva Fundación Primero de Mayo, 2022*, (en prensa). En el análisis se concluye que muchos de los convenios se limitaban a enunciar con carácter ejemplificativo las medidas posibles de política de empleo establecidas en la versión anterior de la DA10ª ET.

⁸ STS 4 mayo 2017 y, aplicando la citada doctrina, a la acreditación efectiva del cumplimiento de las medidas, STSJ Galicia 28 enero 2021, rec. 3289/2020.

- La escasa litigiosidad de las cláusulas de jubilación forzosa de los convenios colectivos en el sector privado. Ha habido conflictividad, pero ésta se ha concentrado mayormente en el ámbito del empleo público, en concreto en el personal estatutario y por otros motivos (derecho a prolongar la actividad hasta los 70 en particular del personal estatutario)⁹.
- Cierta inercia en la redacción de los convenios colectivos, en los que en muchos casos se mantenían redacciones de cláusulas de convenios anteriores, al margen de los cambios de redacción de la DA 10ª ET.

2.3. La orientación de género

2.3.1. Los menos importantes: los cambios formales de supresión del masculino genérico

La reforma ha profundizado en la línea de los cambios formales de redacción relativos a la sustitución de “trabajador” por términos neutros como “persona trabajadora” o “persona afectada” o “trabajador o trabajadora”. Este uso de un lenguaje androcéntrico o no sexista es una orientación de la LOIEMH y de diversos organismos internacionales que lo fijan como recomendación¹⁰. Sin embargo, el uso del género gramatical masculino como universal en una lengua como el castellano que tiene un lenguaje de sustantivos por géneros, es una cuestión polémica, que para algunos supone una discriminación y subordinación lingüística, fruto de una visión androcéntrica del mundo y de la lengua; mientras que para otros es simplemente una regla gramatical, sin connotaciones sexistas.

2.3.2. La rebaja de la edad de jubilación forzosa por razón de género y la medida de acción positiva de contratar mujeres en determinados sectores con tasas de ocupación femenina inferior al 20%

Una de las novedades más importantes de la reforma es que se establece un sesgo de género en los requisitos de la jubilación forzosa para alcanzar la igualdad entre sexos introduciendo una medida de acción positiva, que como es sabido, tiene amparo en el art. 11 de la LOI 3/2007. Comienza el precepto señalando que este sesgo se configura como excepción. Así se dice literalmente: “*Excepcionalmente, con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género, el límite del apartado anterior podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas*”.

⁹ Un estudio de estos conflictos en RODRÍGUEZ CARDO, I.A. (2016). La jubilación forzosa de los funcionarios públicos (y en especial del personal estatutario). *Trabajo y Derecho* (14). pp. 1-7.

¹⁰ Vid. Resolución 109 aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, en su 25ª reunión, párrafo 3, 1989. Tras ellas, elaboró la publicación “Recomendaciones sobre un uso no sexista del lenguaje” de 1991, que inicia señalando “*El lenguaje no es una creación arbitraria de la mente humana, sino un producto social e histórico que influye en nuestra percepción de la realidad. Al transmitir socialmente al ser humano las experiencias acumuladas de generaciones anteriores, el lenguaje condiciona nuestro pensamiento y determina nuestra visión del mundo*”. Y también, la Recomendación de 21 de febrero de 1990 aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, núm. R (90), constituye la primera regulación sobre la eliminación del sexismo en el lenguaje, en la que subrayan “*el papel fundamental que tiene el lenguaje en la formación de la identidad social de los individuos y la interacción que hay entre el lenguaje y las actitudes sociales*”, y expresan que “*el sexismo que se refleja en el lenguaje utilizado en la mayor parte de los estados miembros del Consejo de Europa —que hace predominar lo masculino sobre lo femenino— constituye un estorbo al proceso de instauración de la igualdad entre mujeres y hombres, porque oculta la existencia de las mujeres, que son la mitad de la humanidad, y niega la igualdad entre hombre y mujer*”.

Se trata de posibilitar la rebaja de la edad de jubilación forzosa en los convenios del mínimo de 68 años a la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social. Para ello, se han de cumplir una serie de requisitos.

El primero es que la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena en la actividad económica correspondiente al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 por ciento, en los términos de cálculo que fija la propia DA 10ª ET¹¹.

El segundo requisito reitera la condición de que la jubilación forzosa sólo puede operar cuando el trabajador o trabajadora jubilado tenga derecho al 100 por 100 de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

El tercer requisito es que cada extinción contractual en aplicación de esta previsión deberá llevar aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad.

Finalmente, se establece la previsión de que la decisión extintiva de la relación laboral será comunicada por la empresa a los representantes legales de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada, con carácter previo, pero sin fijar un concreto plazo. Obviamente esta medida informativa se encamina, sobre todo, en el caso de los representantes, a un control del cumplimiento de los requisitos anteriores.

3. El régimen de transitoriedad

La DA 10ª del ET tiene un régimen temporal que trata de evitar la enorme litigiosidad que generaron otras reformas anteriores del precepto, como la derogación de la posibilidad de jubilaciones forzosas producida en 2001. La DT 9ª de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, contiene dos reglas: En primer lugar, la nueva redacción de las cláusulas de jubilación forzosa, sólo se aplica a los convenios colectivos que se suscriban a partir del 1 de enero del 2022. En segundo lugar, respecto de los convenios colectivos suscritos con anterioridad a esta fecha, las cláusulas de jubilación forzosa podrán ser aplicadas hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio en cuestión. Las anteriores cláusulas de jubilación forzosa de convenios previos van a mantener durante la vigencia del convenio y más allá porque se prevé que se aplicarán hasta 3 años después de finalización de la vigencia del convenio.

4. El contraste con la vigencia de la jubilación forzosa en el ámbito funcional

La jubilación forzosa ha tenido su origen en el ámbito funcional, donde ha pervivido con un régimen diferente y regulado por la ley. El establecimiento de una edad diferente plantea cuestiones

¹¹ Se establece que “Las actividades económicas que se tomarán como referencia para determinar el cumplimiento de esta condición estará definida por los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) en vigor en cada momento, incluidos en el ámbito del convenio aplicable según los datos facilitados al realizar su inscripción en el Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON), de conformidad con el artículo 6.2 y el anexo 1 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. La Administración de la Seguridad Social facilitará la tasa de ocupación de las trabajadoras respecto de la totalidad de trabajadores por cuenta ajena en cada una de las CNAE correspondientes en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio”.

Posteriormente el precepto establece otra precisión: “En el CNAE al que esté adscrita la persona afectada por la aplicación de esta cláusula concurra una tasa de ocupación de empleadas inferior al 20 por ciento sobre el total de personas trabajadoras a la fecha de efectos de la decisión extintiva. Este CNAE será el que resulte aplicable para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”.

de política de derecho por la convivencia de un régimen diferente de jubilación forzosa con edades diferentes dentro del vigente sistema normativo. En el ámbito del régimen funcionarial, la jubilación forzosa por razón de la edad es una figura clásica, junto a la jubilación voluntaria y la jubilación por imposibilidad física¹². Sin embargo, lo más llamativo es que el art. 67.3 del EBEP mantiene la jubilación de los funcionarios a los 65 años, con carácter general. Es verdad que, el art. 67.4 EBEP establece que la edad de la jubilación forzosa del personal funcionario incluido en el Régimen General de la Seguridad Social será, en todo caso, la que prevean las normas reguladoras de dicho régimen para el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva sin coeficiente reductor por razón de la edad. Sin embargo, se mantiene una clara diferencia entre la jubilación forzosa de los funcionarios de los Regímenes especiales de Seguridad Social, y los de del RGSS, y de los primeros con la edad de jubilación forzosa prevista en la DA 10ª ET.

Para entender la diferencia hay que partir de que desde la perspectiva de la Administración, la jubilación forzosa no ha perseguido jamás un objetivo directo de reparto de empleo, sino de mejor funcionamiento de la Administración, y ahorro de costes de personal. En ese sentido, resulta curioso que no se haya procedido a alargar la edad de jubilación de los funcionarios y se mantenga la institución de la jubilación forzosa. En este terreno, se advierte con nitidez las específicas características de una política sólo aparentemente contradictoria. Y es que ello se explica por un objetivo de recorte de gastos en la Administración, no interesada en el alargamiento de la vida activa de su personal, al ser profesionales con retribuciones por antigüedad elevadas.

A este respecto, conviene traer a colación que la edad de jubilación de los funcionarios públicos se rebajó con carácter general a los 65 años en 1984. Empero, dicha rebaja no fue interpretada por muchos funcionarios como un avance social, en particular en los niveles altos de funcionarios de la Administración, fundamentalmente por la merma de ingresos que se producía al cesar en su vida activa por las diferencias entre el salario en activo y los haberes pasivos. No es intrascendente poner de manifiesto que diversas SSTC han reconocido que no existe un derecho adquirido de los funcionarios a jubilarse a una edad de jubilación determinada (la del momento de su ingreso a la función pública), sino que el régimen funcionarial puede ser alterado por la potestad del legislador, pudiendo causar en algunos casos unos perjuicios compensables económicamente. El TS, no sin ciertas vacilaciones, acabaría por rechazar la posible responsabilidad patrimonial del Estado por la anticipación de la edad legal de jubilación respecto a la regulación anteriormente prevista en esencia, al no tratarse de un derecho patrimonializado del funcionario ni una medida expropiatoria de derechos⁵².

En la situación actual hay un claro contraste con la edad de jubilación forzosa de los funcionarios. El art. 67.3 EBEP habla de los 65 años y el art. 26 del Estatuto Marco del personal estatutario. Es verdad que se han anunciado cambios en el régimen de clases pasivas o para colectivos de funcionarios. Pero esto es complejo, reformar pensiones de funcionarios es abrir una caja de pandora. Un gobierno puede salir muy escaldado, salvo que las reformas sean favorables para los funcionarios. En el caso de los notarios y registradores que tenían la edad de jubilación forzosa a los

¹² El fundamento de la jubilación forzosa en el ámbito funcionarial estaría en una especie de presunción de ineptitud. Ha de tenerse en cuenta que la configuración inicial de la jubilación como causa de extinción se realiza históricamente en el marco de la invalidez. Al no existir en principio una protección social de la vejez, el funcionario debía continuar su prestación laboral para garantizarse la subsistencia, por tanto, no existía una causa de extinción para los funcionarios fundada en el hecho natural del envejecimiento del individuo. En este sentido, la edad actuaba como una de las causas de desgaste fisiológico que podían motivar la terminación de la prestación de servicios. Buena muestra de la primacía de esta concepción de la vejez en el marco de la Administración pública lo constituye la primera disposición, que con carácter general, reconoció el derecho de jubilación: la Real Orden de 23 de diciembre de 1776, por imposibilidad física referida a los individuos de resguardo de Madrid, o bien, el Real Decreto de 13 de octubre de 1828, que preveía la posibilidad de jubilar a los empleados, cuando por su avanzada edad o por alguna enfermedad habitual se hallasen absolutamente imposibilitados de continuar el servicio. Asimismo, la propia denominación de la pensión de jubilación como pensión de “retiro”, denominación que aún se conserva en el ámbito militar, presupone el apartamiento de los funcionarios por una presunta ineptitud para continuar prestando la relación funcionarial.

70 años, se posibilita su alargamiento voluntario hasta los 72¹³, pero ahí se juega en otro terreno, pues muchos lo habían reclamado porque no les interesaba jubilarse por el salto de lo que cobra un notario o registrador en activo y cuando se jubila, aunque cobre la máxima.

5. La orientación de limitar las jubilaciones forzosas, pero ¿qué hay de las prejubilaciones?

La habilitación legal para establecer cláusulas convencionales de jubilación forzosa en términos más estrictos despeja parte de los problemas relacionados con estas cláusulas, pero traslada la cuestión a otro terreno, pues muchas veces las jubilaciones forzosas se han establecido en los convenios colectivos para facilitar las reestructuraciones en las empresas, encubriendo una suerte de despido sin derecho a indemnización. Aunque el tribunal constitucional ya descartó, en un grupo de sentencias, que esta limitación de la libertad de trabajo de los trabajadores de más edad fuera inconstitucional¹⁴, la nueva orientación plantea algunas cuestiones en el terreno de las medidas de reestructuración para rejuvenecer la plantilla y, por qué no decirlo, amortizar puestos de trabajo. Obviamente el tema conecta con la selección de los trabajadores mayores en despidos colectivos y objetivos y las prejubilaciones.

La utilización del criterio de la edad como selección en despidos colectivos y objetivos ha planteado la duda sobre si, como en otros ordenamientos, como el norteamericano, ello puede resultar discriminatorio o violar los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (art. 55.5 TRET 2015 en relación con Directiva 98/59 en materia de despido colectivo, en el que la edad, no debe influir en la decisión empresarial y Directiva 2000/78 y arts. 4.2 y 17 ET), y puede conducir a la calificación de nulidad del cese. Es verdad que hasta hace bien poco, apenas existían impugnaciones por discriminación en los despidos por causas empresariales que afectaban mayoritariamente a trabajadores de 52 o 55 años, en buena medida porque la adscripción a los despidos colectivos era casi siempre voluntaria y se combinaba con medidas de prejubilación. Sin embargo, el panorama ha empezado a cambiar, al hacerse difíciles y caras las prejubilaciones, y desaparecer buena parte de las redes de protección más allá de los dos años de protección por desempleo. En relación con la edad como criterio de selección, la doctrina que ha examinado el tema ha señalado que la respuesta judicial es menos exigente que con otros criterios como la discapacidad o el género¹⁵. La principal referencia es la STC 66/2015, de 13 de abril, que desestimó un recurso de amparo planteado en relación con la utilización del criterio de la edad superior a cincuenta y cinco años como factor determinante para la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo. El pronunciamiento consideró que la selección de trabajadores no era discriminatoria por la edad, dada la mayor protección social brindada a los mayores de cincuenta y cinco años. De manera, que *“sólo puede considerarse legítima y proporcionada si se ve acompañada de medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo, sin que en ningún caso pueda considerarse justificación suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación”*¹⁶. En la misma línea,

¹³ Acogiendo una enmienda del PDCAT, se ha regulado en la DF 6ª Ley 21/21 modifica artículo primero de la Ley 29/1983, de 12 de diciembre, sobre jubilación de Notarios, Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores colegiados de Comercio

¹⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional 58/1985, de 30 de abril, 95/1985, de 29 de julio, y 111/1985 a 136/1985, de 11 de octubre.

¹⁵ Sobre esta cuestión, Martínez Barroso, M.R. (2019). Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia. *Revista de trabajo y Seguridad Social*. CEF, 430, 15-51.

¹⁶ El TC descartó esta discriminación sobre la base de varios argumentos: primero, obligación de la empresa de suscribir un convenio especial de seguridad social para los mayores de 55 años. Segundo, otras medidas de compensación social para evitar o minimizar los efectos del despido. La sentencia tuvo crítica en un sector de la doctrina por basarse en argumentos eficientistas, que solo tienen en cuenta los intereses de la empresa y los trabajadores como sujetos directamente interesados, no teniendo en cuenta los de la

otros pronunciamientos judiciales en la jurisdicción social han descartado en su mayoría el carácter discriminatorio de la selección de los trabajadores mayores, y a ello ha contribuido el carácter casi siempre voluntario de las prejubilaciones¹⁷.

Al hilo de lo anterior, conviene analizar el tema de las prejubilaciones, que han venido siendo dificultadas en sucesivas reformas de Seguridad Social. El cambio normativo que más ha erosionado la eficacia de las prejubilaciones es la aportación al Tesoro público por despidos colectivos de trabajadores de 50 o más años, en empresas en beneficios¹⁸, aunque han existido otros¹⁹. Pero estos cambios no han impedido las prejubilaciones en empresas solventes. Ello contrasta con los costes sociales e individuales de un despido colectivo y las prejubilaciones. Y es que las prejubilaciones tienen un impacto que va más allá de las empresas, personas y sindicatos afectados, y que conviene no perder de vista, incluso cuando los sujetos intervinientes han cerrado a plena satisfacción un proceso de despido colectivo. Los costes sociales e individuales de un despido que pueden agravarse o amortiguarse en función de los mismos o la protección de trabajadores especialmente protegidos, genera más gastos a las arcas públicas el despido de trabajadores de edad o con discapacidad. Sin embargo, en nuestro ordenamiento, a diferencia de otros que incluyen a unos u otros como trabajadores que deben estar sometidos a una especial tutela, no se ha considerado discriminatorio que el despido colectivo afecte mayormente a trabajadores de edad avanzada²⁰, sobre la base de los dos argumentos antes comentados. Es decir, de una visión centrada en el carácter voluntario de la adscripción a las prejubilaciones y que generalmente el prepensionista tenía garantizado sus ingresos hasta la jubilación. En nuestro sistema ha predominado una visión “individualista” de las consecuencias de las prejubilaciones, que ha posibilitado prejubilaciones masivas en sectores como el financiero²¹. Sin embargo, en algunos países como Alemania, los criterios de selección de las personas afectadas por un despido colectivo son una cuestión enjuiciada con otros parámetros. En esencia, se entiende que las decisiones empresariales del despido forman parte del funcionamiento económico de la empresa y no son cuestionables por los órganos judiciales. También que los aspectos sociales del despido, como planes sociales, indemniza-

Seguridad Social y olvidando la apuesta gubernativa por el envejecimiento activo. Solà Monells, X. (2016), *La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo*, pp. 12-24.

¹⁷ Por todas, STS de 14 de diciembre de 2017, rec. 17/2017, que ha considerado razonable conectar los excedentes de plantilla que han de amortizarse con los trabajadores próximos a la edad de jubilación.

¹⁸ Regulado en la DA 16ª de la Ley 27/2011.

¹⁹ Así, en primer lugar, la protección por desempleo que es la primera a la que suele acceder el prejubilado y que como es sabido, se extendería a dos años, si el trabajador acredita seis años de cotización, se ha visto reducida en su cuantía, a partir de los seis primeros meses de percepción. Además, la utilización del subsidio por desempleo de mayores, conocido como prejubilación, se ha visto afectado por diferentes modificaciones legales que han reducido su nivel de protección. Entre ellas, el endurecimiento de la forma de determinar la renta por encima de la cual se excluye el derecho al subsidio; el mantenimiento del subsidio hasta la primera edad posible de jubilación y no hasta la edad ordinaria, y la reducción de la base de cotización. El cuarto punto es que el acceso a la jubilación anticipada se ha visto sometido a requerimientos cada vez más exigentes.

²⁰ Por todas, STS (C-A) de 15 de junio de 2005, rec. núm. 7284/2000;6

²¹ Por ejemplo, el despido colectivo efectuado en CAIXABANK que fue acordado en período de consultas. Inicialmente la representación empresarial pretendía realizar más de 6.000 despidos, proponiendo varios criterios. Estas propuestas merecieron reacciones políticas y sindicales, que, entre otros aspectos, incidieron en que una de las entidades bancarias fusionadas había sido salvada con dinero público y que era inadmisibles que transcurridos unos años se procediera al mayor despido colectivo en la historia de España. Tras varias huelgas, la representación sindical consiguió reducir el número de despidos y un plan de prejubilaciones al que los trabajadores de las entidades fusionadas podían adscribirse voluntariamente. El período de consultas del procedimiento de despido colectivo y modificación de condiciones de trabajo promovido tras la fusión concluyó con “Acuerdo de finalización del período de consultas” que se formalizó el 7 de julio de 2021. Las consecuencias de este acuerdo fueron las siguientes. En primer lugar, el volumen de personas trabajadoras que solicitaron estas prejubilaciones superó ampliamente las previsiones dadas las excelentes condiciones “conseguidas” (apropiándome aquí del adjetivo utilizado por algún portavoz sindical). En segundo lugar, los sindicatos participantes manifestaron su satisfacción por el acuerdo conseguido. En tercer lugar, la empresa sufrió una subida en bolsa tras el proceso de reestructuración con acuerdo. Finalmente, el gobierno de coalición manifestó su respeto por el acuerdo en período de consultas. En conclusión, el balance del que, algunos medios de prensa calificaron como el mayor despido colectivo efectuado en España, sería a priori positivo para todos los intervinientes. Sin embargo, no está claro que esta sea la única valoración y que el acuerdo no sea bueno para todos, que haya una víctima silenciada: el conjunto de la sociedad.

ciones, etc., deben negociarse con la representación de los trabajadores. Entonces, ¿dónde se centra el examen judicial de los despidos por razones empresariales? En síntesis, el control judicial debe posibilitar un despido de los mejor preparados para reinsertarse en el mercado de trabajo precisamente por los costes sociales que genera un despido colectivo (en materia de prestaciones por desempleo, ayudas a la recualificación profesional y otras políticas públicas)²².

Es un criterio diferente al seguido en nuestro ordenamiento que ha permitido durante bastante tiempo la afectación –casi libre– de los trabajadores de edad avanzada, sin que las limitaciones de contribución de las empresas solventes haya resuelto este controvertido tema, posibilitando la amortización de puestos de trabajo o que la empresa sustituya la mano de obra por trabajadores baratos, por ejemplo, mediante contratas.

6. Conclusiones

En conclusión, la nueva redacción de la DA 10ª ET introuce una limitación de las cláusulas de jubilación forzosas en convenios colectivos: en términos de edad y de política de empleo, pero se ha establecido un régimen de transitoriedad, o, mejor dicho, de vigencia para las cláusulas de los convenios vigentes con anterioridad al cambio normativo. Además, por primera vez se ha previsto un sesgo de género como posibilidad en las jubilaciones forzosas convencionales en sectores de baja ocupación femenina.

El régimen de la jubilación forzosa laboral establecida en convenio colectivo y la edad fijada contrasta con el régimen funcionarial de la institución y la edad para este colectivo. Asimismo, otro plano de contraste se relaciona con la posibilidad de prejubilaciones, que pese a su encarecimiento, continúan siendo una vía preferente de amortización de puestos de trabajo, en empresas solventes.

²² Sobre los distintos modelos de regulación de los criterios de selección en el Derecho comparado europeo puede verse TORMOS PÉREZ, J.A. : *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, Tesis Doctoral, 2019, pp. 42-54.