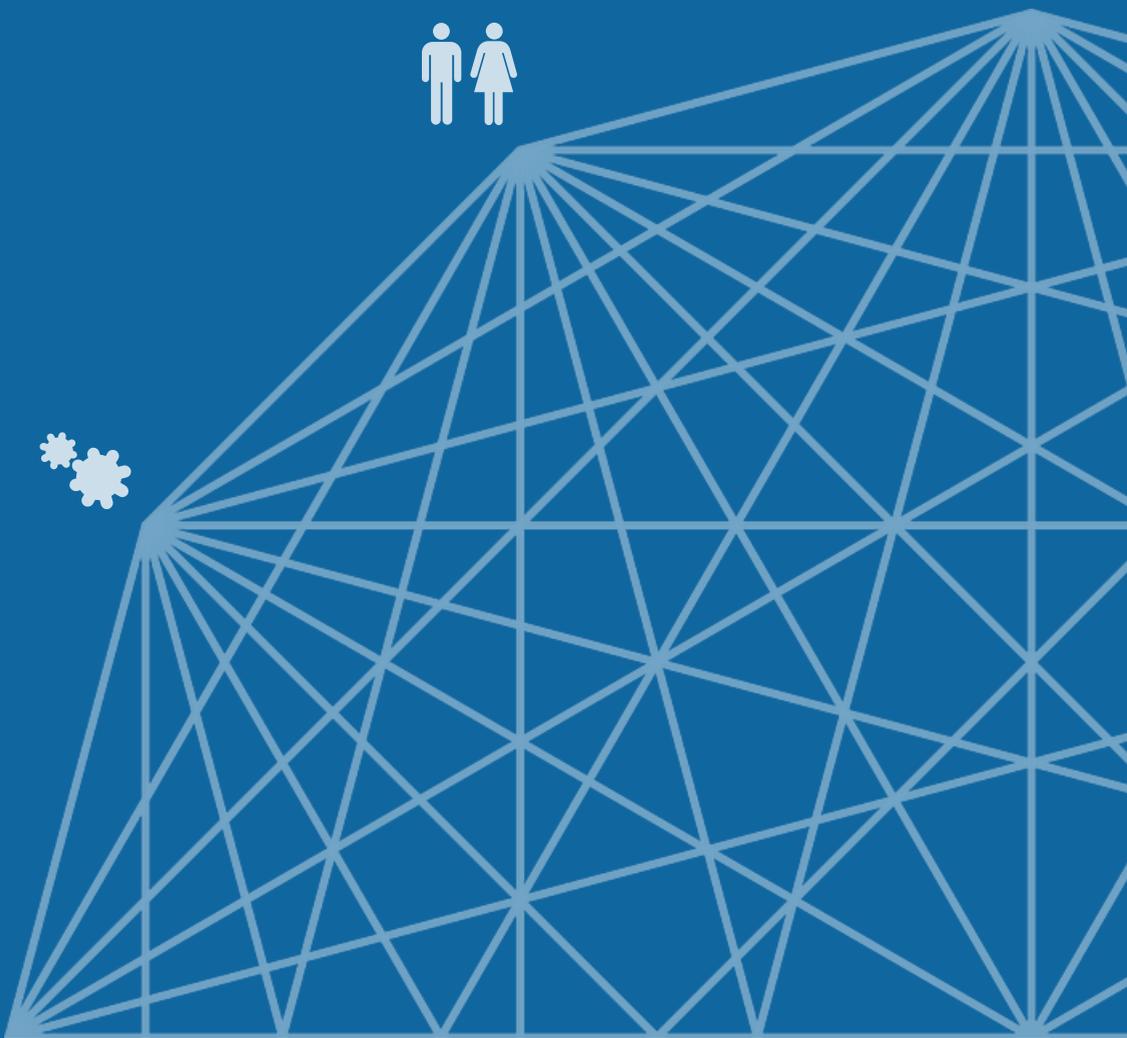


TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



Monográfico 2022

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado
MONOGRÁFICO

Sevilla, 2022

CONSEJO EDITORIAL

Presidencia

María Fernanda Fernández López (Universidad de Sevilla)
Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo (Universidad de Sevilla)

Dirección Ejecutiva

Francisco Javier Calvo Gallego (Universidad de Sevilla)
Juan Carlos Álvarez Cortés (Universidad de Málaga)
José Manuel Morales Ortega (Universidad de Málaga)

Secretario Ejecutivo y Coordinador

Miguel Ángel Martínez Gijón Machuca (Universidad de Sevilla)

Secretaría General

María Luisa Pérez Guerrero (Universidad de Huelva)
Emilia Castellano Burguillo (Universidad de Huelva)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Coordinación General

Antonio José Valverde Asencio (Universidad de Sevilla)
María Luisa Pérez Guerrero (Universidad de Huelva)

Secretario

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca (Universidad de Sevilla)

Vocales

María José Asquerino Lamparero (Universidad de Sevilla)
Pierre Cialti (Universidad Pablo de Olavide)
Ana Domínguez Morales (Universidad de Sevilla)
Iluminada Fera Basilio (Universidad de Huelva)
Carmen Ferradans Caramés (Universidad de Cádiz)
Macarena Hernández Bejarano (Universidad de Sevilla)
María del Junco Cachero (Universidad de Cádiz)
Francisco Lozano Lares (Universidad de Málaga)
Iluminada Ordóñez Casado (Universidad de Málaga)
Rosa Pérez Yáñez (Universidad de Málaga)
Gema Quintero Lima (Universidad Carlos III de Madrid)
María Sepúlveda Gómez (Universidad de Sevilla)
Adrián Todolí Signes (Universidad de Valencia)

CONSEJO ASESOR

Presidencia

Eva Garrido Pérez (Universidad de Cádiz)

José Manuel Gómez Muñoz (Universidad de Sevilla)

Vocales

Francisco Alemán Páez (Universidad de Córdoba)

Cristina Alessi (Università di Brescia)

Carlos Luis Alfonso Mellado (Universitat de València)

Jaime Cabeza Pereiro (Universidade de Vigo)

Jesús Cruz Villalón (Universidad de Sevilla)

Juan José Fernández Domínguez (Universidad de León)

Carolina Gala Durán (Universitat Autònoma de Barcelona)

Francisco Javier Hierro Hierro (Universidad de Extremadura)

Manuel Luque Parra (Universitat Pompeu Fabra)

Carolina Martínez Moreno (Universidad de Oviedo)

Maria do Rosario Palma Ramalho (Universidade de Lisboa)

María José Romero Ródenas (Universidad de Castilla-La Mancha)

Sebastián de Soto Rioja (Universidad de Huelva)

Patrizia Tullini (Università di Bologna)

Yolanda Valdeolivas García (Universidad Autónoma de Madrid)

Francisco Vila Tierno (Universidad de Málaga)

Cristina Antoñanzas Peñalva, en representación de UGT

José Blas Fernández Sánchez, en representación del Consejo Andaluz de Graduados Sociales

Fernando Rocha Sánchez, en representación de la Fundación 1º Mayo (CCOO)

COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

Coordinación general

Juan Carlos Álvarez Cortés (Universidad de Málaga)

José Manuel Morales Ortega (Universidad de Málaga)

Este trabajo está autorizado bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObra-Derivada 4.0 (CC-BY-NC-ND 4.0), lo que significa que el texto puede ser compartido y redistribuido, siempre que se reconozca adecuadamente la autoría, pero no puede ser mezclado, transformado ni se puede construir a partir de él. No se puede utilizar el material para una finalidad comercial. Para más detalles consúltese http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es_ES. Los términos de la licencia Creative Commons para reutilización no se aplican para cualquier contenido (como gráficas, figuras, fotos, extractos, etc.) que no sea original de la publicación Open Acces y puede ser necesario un permiso adicional del titular de los derechos. La obligación de investigar y aclarar los permisos necesarios será solamente de aquellos que reutilicen el material.



Ética en la publicación. La revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado solo publicará artículos originales y de calidad científica contrastada. Se velará estrictamente para que no se produzcan malas prácticas en la publicación científica, tales como la deformación o invención de datos, el plagio o la duplicidad. Los autores tienen la responsabilidad de garantizar que los trabajos son originales e inéditos y que cumplen con la legalidad vigente y los permisos necesarios. Los artículos que no cumplan estas normas éticas serán descartados. Las opiniones y hechos consignados en cada artículo son de exclusiva responsabilidad de sus autores. El Consejo de Redacción de Trabajo, Persona, Derecho, Mercado no se hace responsable, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos.

Declaración de privacidad. Los nombres, direcciones de correo-e, o cualquier otro dato de índole personal introducidos en esta revista se usarán solo para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito.

© Editorial Universidad de Sevilla
C/ Porvenir, nº 27. 41013 Sevilla
Telfs.: 954 487 451 - 954 487 447. FAX: 954 487 443 Correo electrónico: eus2@us.es
<https://editorial.us.es/>

© Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 2022
<https://revistascientificas.us.es/index.php/Trabajo-Persona-Derecho-Merca/index>
Correo electrónico: tpdmsecretaria@us.es

e-ISSN: 2660-4884

Nº DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM>

Dirección Postal:

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla
C/ Enramadilla, 18-20. 41018 Sevilla

Diseño de la cubierta: Espiral Patrimonio S.L.
Maquetación: Referencias Cruzadas.
referencias.maquetacion@gmail.com

INDICE

Emilia Castellano Burguillo M ^a Luisa Pérez Guerrero Presentación.....	9
Miguel Rodríguez-Piñero Royo Editorial: Siete tesis sobre la reforma laboral.....	17

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Miguel Rodríguez-Piñero Royo La reforma laboral de 2021: un análisis de la norma reformadora..... <i>The 2021 reform of Spanish Labour Law: an analysis of the reforming piece of legislation</i>	25
Jesús R. Mercader Uguina y Amanda Moreno Solana La última reforma de los contratos formativos: un nuevo intento para potenciar su utilización y mejorar la formación de los jóvenes	63
Fco. Javier Calvo Gallego La reforma de la contratación temporal coyuntural en el RDL 32/2021. <i>The reform of temporary hiring conjunctural in the RDL 32/2021</i>	89
M ^a Luisa Pérez Guerrero La reforma de la subcontratación: una reforma de mínimos	157
<i>The reform of outsourcing: a reform of minimum</i>	
Juan Carlos Álvarez Cortés La flexibilidad “interna” en el real decreto-ley 32/2021 a través de los expedientes de regulación temporal de empleo y el mecanismo red	183
Jose M. Morales Ortega Negociación colectiva, impasse negocial y convenio colectivo tras el RDL 32/2021	223
<i>Collective bargaining, business impasse and collective agreement after RDL 32/2021</i>	

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

TEMAS PARA EL DEBATE

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca	
De contratas y de contratos para obras y servicios determinados.....	261
<i>About contracts and fixed-term contracts because of specific work or service</i>	

PRESENTACIÓN

La Reforma Laboral llevada a cabo en los últimos meses justifica la publicación de este monográfico en el que se han pretendido abordar los principales aspectos de la misma. Sólo unas líneas para introducir el trabajo desarrollado de forma más amplia por los autores que incorporan sus aportaciones en este número extraordinario de esta revista.

La tan esperada Reforma Laboral de 2021 por fin ha visto la luz a través de la aprobación del RDL 32/2021 publicado en el BOE de 30 de diciembre de 2021. Cualquier evaluación que se haga de la misma tendrá luces y sombras y esto se verá en el texto finalmente aprobado el cual como era lógico ha sufrido modificaciones a lo largo del avatar que ha supuesto su negociación, pero sólo la lectura de su Preámbulo, más de 16 páginas de justificación y explicación de la norma, nos llevan a pensar que mucho se ha debido o tenido que explicar y justificar la misma, y mucho contenido de calado debe tener. Gracias al preámbulo podemos ver que se utilizan conceptos como precariedad ligada a la temporalidad, al desempleo, a la poca productividad de las organizaciones, a la afectación en especial de jóvenes y mujeres, y a un empeoramiento de todo ello como consecuencia de la crisis sanitaria generada por el COVID-19.

Expresamente se señala que con esta reforma, se dejan atrás las anomalías del mercado de trabajo, asegurando la calidad del empleo y el dinamismo de nuestro tejido productivo, existiendo otra cuestión que la hace especial, diferente y es que ha sido fruto de la negociación y el diálogo llevado a cabo con CC.OO, UGT, CEOE y CEPYME, partiendo para ello del componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que nuestro Gobierno aprobó en abril de este mismo año, dentro de la denominada Palanca VIII y que se centra, en la Nueva economía de los cuidados y política de empleo, y en las “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”.

Se trata de una Palanca, que busca bienestar económico y social; atajar la precariedad; la desigualdad, desde el dialogo social, reforzando la economía de los cuidados por el potencial de generación de empleo que tiene, asignatura ésta pendiente y puesta en evidencia con la pandemia; y en relación con mayores, personas vulnerables

y necesitadas de mayor atención, todo ello para situar a las “personas en el centro de la economía” poniendo en valor lo que cada generación pueda aportar.

Volviendo al Preámbulo del RDL 32/2021, esta reciente reforma busca, y citamos textualmente “completar de una vez por todas la transición de nuestras relaciones laborales hacia un modelo más justo y garantista” y para ello se busca modernizar el Estatuto de los Trabajadores, para plasmar un nuevo contrato social, concepto este último que para nada es novedoso, y ello a través de cuatro reformas fundamentales que se corresponden con lo indicando en el componente 23 antes referenciado:

1. Simplificación de contratos de trabajo, y encarecimiento de algunos de ellos, por ejemplo, se añade para los contratos de duración inferior a 30 días una penalizando para el empresariado que lo ha realizado con una cotización adicional. Esto se explicará ampliamente en el artículo elaborado por el profesor Calvo Gallego.
2. Modernización de la Negociación colectiva, fomentando la visibilidad de los negociadores, dando mayor peso específico a la negociación de sector, jugando con los mecanismos de contrapeso y cautelas necesarias, para no afectar en exceso a la negociación de empresa, quizás porque de lo contrario, la CEOE o la CEPYME no hubieran firmado este texto de reforma. Dándole en el seno de esa negociación sectorial, un papel importante a la fijación de los salarios, papel que creemos ya viene teniendo, pero que requiere ser revisado pues las nuevas formas de trabajo no convencionales, principalmente en el sector servicios, han dado lugar a un aumento de las profesiones mal remuneradas y poco cualificadas. Todo esto se analiza profundamente en el texto elaborado por el profesor Morales Ortega.
3. Modernización de la Contratación y Subcontratación de actividades empresariales, sobre esto la profesora Pérez Guerrero nos ilustrará en los cambios sustanciales que se han producido.
4. Y el establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad y estabilización del empleo. La mal entendida flexibilidad que ha hecho que se acuda más al descuelgue de convenios colectivos que a otros instrumentos de flexibilidad como la reducción de jornada que ahora se fomenta incluso por encima de la suspensión de la relación laboral, hacen necesario este mecanismo Red de flexibilidad y estabilización en el empleo que el Gobierno creará en un futuro próximo, esperemos.

Como si lo anterior no fuera suficiente se añaden:

- Siete disposiciones adicionales, para referirse al plazo de un año que tiene el Gobierno para poner en marcha el nuevo Mecanismo Red; para modificar en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta reforma, la norma que regula el Estatuto del Becario, como figura que no se puede

encuadrar en ninguno de los contratos formativos o temporales que quedan después de esta reforma; prorrogar hasta el 28 de febrero de 2022 la tramitación de los ERTES que estén en curso y vinculados a la pandemia; dotar de algo de normalidad al uso que las Administraciones Públicas hacen de algunos contratos temporales, sin perjuicio claro está de lo dispuesto en la reciente Ley 20/2021 de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes para reducir la temporalidad en el empleo público; también se nos señala cómo se deben contar los trabajadores a los efectos de las medidas de flexibilidad interna que se prevén en la reforma; y finalmente se prorroga la norma que regula el SMI para el año 2021.

- Nueve disposiciones transitorias, para referirse a la permisividad de que los contratos formativos actualmente vigentes agoten su vigencia; no como ocurre con otros contratos temporales; también se prevén los demás regímenes transitorios aplicables a los contratos temporales actualmente vigentes; la transitoriedad en la aplicación del artículo 84 ET que también resulta modificado en cuanto concurrencia de convenios colectivos; las comunicaciones que deben hacerse, a pesar de la modificación del artículo 47 y 47 bis ET, al SEPE para que las personas trabajadoras afectadas por medidas de flexibilidad interna pueden percibir transitoriamente las ayudas correspondientes, hasta que se ponga en marcha el sistema referido en esos preceptos del ET; y la irretroactividad respecto de las infracciones que hubieran podido comentarse antes de la entrada en vigor de esta reforma, aspecto lógico de cualquier reforma.
- Una disposición derogatoria, en la que además de derogarse toda norma que resulte incompatible o contradiga lo dicho en la reforma, añade expresamente como derogados:
 - a) Los artículos 12.3, apartados 1 y 2 de la disposición adicional 15^a, 16^a y 21^a del ET.
 - b) Todas las normas referidas a los contratos temporales del anterior artículo 15.1 a) ET, y en particular lo que se prevé en la LO 6/2001, de 21 diciembre de Universidades, y en la Ley 14/2011, de 1 de junio de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.
 - c) Y la disposición adicional 4^a del RDL 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de activación para el Empleo.
- Y ocho disposiciones finales, referidas a las modificaciones que proceden de las ETT; de la Ley de Empleo; de la protección por desempleo de las personas trabajadoras fijas discontinuas, para mejorar dicha protección en la medida que corresponda con la reforma que ahora se aprueba; entre otros aspectos.

Para terminar este breve comentario de lo que podemos esperar de la reforma recientemente aprobada, queremos hacer referencia a dos disposiciones, la disposición final quinta de esta reforma, que prevé el compromiso del Gobierno de aprobar en el plazo de tres meses las normativa de seguridad y salud laboral para los mayores de 16 y menores de 18 años que trabajen, cuando todos sabemos tienen prohibido el trabajo en puestos especialmente sensibles y peligrosos, aunque aquí utiliza la expresión “riesgos específicos”, algo que consideramos ya existe en muchas evaluaciones de riesgos y planes de prevención de riesgos laborales. Pensemos pues que será una mejora de todo ello. Y, por último, queremos resaltar, la disposición adicional quinta de esta reforma que lleva por título “Contratación en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Fondos de la Unión Europea”. Esta disposición viene a permitir que las entidades del sector público realicen contratos temporales siempre que estén vinculados a los proyectos que se pongan en marcha en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, por el tiempo que dure el mencionado proyecto, o bien se traten de contratos temporales financiados con fondos de la UE y que requieran este carácter. ¿Estamos pues ante una reforma en este punto o ante una continuación de lo que tradicionalmente ha ocurrido en el sector público con la contratación temporal?.

Junto a esta reflexión inicial, algo amplia, que hacemos de la reforma, en este número extraordinario de la revista podemos encontrar varios artículos que han profundizado no sólo en los cambios principales del texto normativo sino también en las consecuencias de ese cambio. Por ello podemos ver en primer lugar, el trabajo realizado por el profesor Rodríguez Piñero Royo que realiza un análisis del Real Decreto Ley desde una doble perspectiva: se centra, por un lado, en el estudio de sus aspectos formales – redacción, técnica legislativa, estructura e imbricación con el resto del ordenamiento jurídico –; y, por otro, realiza una contextualización de la norma, destacando todo el proceso de reforma anterior y posterior a la misma. Particularmente interesante resulta este estudio por cuanto aporta una perspectiva reflexiva de todo el proceso reformador, incidiendo en las claves de la ingente producción normativa a la que nos hemos enfrentado en los últimos meses; pues parte del acuerdo de diciembre de 2021 y abarca hasta la promulgación del Real Decreto Ley 3/2022 y el repaso a la agenda reformadora del presente año.

A esta primera aportación le sigue la de los profesores Mercader Uguina y Moreno Solana, quienes nos muestran los principales y más novedosos cambios producidos en relación con los que tradicionalmente conocemos como contratos formativos en nuestro ordenamiento jurídico laboral; contratos que han cambiado no sólo de denominación, sino que también suponen un intento de respuesta a la angustiada necesidad que nos muestran los alarmantes datos del desempleo juvenil. Ahora los llamaremos contrato de formación en alternancia y contrato para la obtención de la práctica profesional, recogiendo así las figuras anteriores además

de todo lo relativo a la formación dual que parece integrada en estas dos nuevas modalidades contractuales. Cuestiones importantes de esta reforma y que se destacan en el artículo mencionado son la necesidad del Plan formativo individual que deberá existir en el contrato de formación en alternancia; se reduce así mismo el porcentaje de trabajo efectivo; se elimina el periodo de prueba; y se mejora la retribución a percibir por las personas trabajadoras titulares del contrato formativo en alternancia. Respecto del contrato para la obtención de la práctica profesional, se reduce el periodo en el que se puede llevar a cabo la contratación desde la obtención del título habilitante; también se reduce su posible duración (no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de un año), siendo esta una de las modificaciones más relevantes de esta modalidad, ya que la anterior regulación establecía una duración máxima de dos años. Se observa la relevancia otorgada a la formación en los nuevos tipos de contrato, ya que la presunción de indefinición del contrato no solo se producirá cuando haya fraude de ley, sino cuando la empresa incumpla sus obligaciones formativas. Sin duda, consideran estos profesores que se trata de uno de los apartados más relevantes del nuevo art. 11 ET. Por último, como modificación que afecta a ambos tipos de contratos, destacar la posibilidad de que sean celebrados a tiempo parcial, algo prohibido en la redacción anterior del artículo 12 del ET.

Por su parte, el profesor Calvo Gallego realiza una exhaustiva evaluación de la contratación temporal en España, a excepción de los contratos formativos analizados, como hemos visto, por otros autores en este mismo número de la revista; y aportando datos de los antecedentes normativos de cada uno de ellos, tanto los que se mantienen como los que se eliminan. Como nos señala el autor nos encontramos ante una reforma laboral que, sin ser una contrarreforma de la de 2012—con todo lo que ello supone—, sí tiene o puede tener una increíble importancia como factor determinante de un posible cambio de ciclo e incluso de una deseable modificación de la cultura preponderante en relación con el uso de las distintas modalidades contractuales en nuestro sistema de relaciones laborales, eso sí pendientes muchos de los aspectos del desarrollo reglamentario que debe realizar el Gobierno o la propia negociación colectiva a los cuales se remite el RDL 32/2021, o incluso de la interpretación que realicen nuestros Tribunales de Justicia.

La eliminación del contrato de obra o servicio determinado y del contrato fijo de obra, como señala el autor, seguramente tendrán un notable impacto estadístico, más aún cuando se hace en un momento de recuperación económica y de un cierto optimismo empresarial que quizás faciliten este tránsito y reduzcan el posible efecto de exclusión hacia el empleo formalmente autónomo, o hacia la simple economía laboral sumergida.

Por último, hay que destacar que quizás, según este profesor, esta reforma contribuya al cambio cultural que se precisa en nuestro mercado de trabajo para pasar de la

excesiva temporalidad a la normalidad en la utilización del contrato indefinido, pudiendo acudir solo al temporal o al formativo en los casos y situaciones previstos por la ley, cada vez más caracterizadas por su escasa duración temporal y su carácter ocasional y puntual. Lo que también es cierto, como señala el autor, ya que tardaremos en conocer los primeros resultados oficiales, pues este RDL prevé la evaluación por el Gobierno en enero de 2025, fecha demasiado tardía si tenemos en cuenta que desde Europa estaremos sometidos a una evaluación continua de la reforma realizada y de sus resultados.

El monográfico continúa con el estudio realizado por la profesora Pérez Guerrero que analiza los pormenores de la Reforma en relación con las contrata y subcontratas. Pese a que el RDL sólo incluye la modificación del aspecto referente al convenio colectivo aplicable a los trabajadores implicados en estas formas de descentralización productiva, son varios los puntos que han sido indirectamente modificados en esta figura de la subcontratación. Un ejemplo de ello lo constituye la eliminación del contrato de obra o servicio determinado, el más común de los utilizados por las empresas contratistas y subcontratistas. Con su eliminación se pone fin, en parte, al problema de la vinculación entre la temporalidad en la contratación y los procesos de descentralización productiva, generador de una alta rotación y precariedad en las condiciones de trabajo de los trabajadores implicados en ella. Este cambio de paradigma en la contratación de los trabajadores implicados en los procesos de descentralización productiva, desemboca en la necesidad de buscar alternativas que garanticen una mayor seguridad y estabilidad de los trabajadores. El objetivo es, como indica la norma, el recurso al contrato fijo discontinuo, cuya modificación también es objeto de análisis desde el punto de vista de su utilidad en el ámbito de las contrata y subcontratas, introduciendo la norma límites a los períodos de inactividad y brindando a la negociación colectiva la posibilidad de proponer actividades formativas durante los mismos. En el estudio se abordan, además, otros aspectos pendientes de reforma, como la equiparación de derechos, individuales y colectivos, entre los trabajadores implicados en estos procesos, o la determinación de las responsabilidades entre las empresas que acuden a estas formas de organización.

Por su parte, el profesor Álvarez Cortés realiza un concienzudo análisis de los mecanismos de flexibilidad introducidos por el Real Decreto Ley 32/2021. Comienza su estudio reflexionando sobre los aspectos modificados por la norma para adentrarse, seguidamente, en el análisis de los “ERTES”, en cuando medida estrella para la superación de situaciones de crisis en las empresas, distinguiendo entre las diferentes causas que pueden justificar el recurso a esta medida. Así, tras el estudio de los ERTES por causas ETOP, analiza el causado por Fuerza Mayor, en sus distintas modalidades; incluyendo en este último la novedad introducida por la reforma referida a la “fuerza mayor temporal por impedimentos o limitaciones”. El artículo va pormenorizando las reglas de esta nueva figura para desembocar en el estudio del denominado

“Mecanismo Red de flexibilidad y estabilización en el empleo”, recogido en el nuevo artículo 47 bis, y que constituye un instrumento más dirigido a fomentar la flexibilidad interna en las empresas como forma de mantenimiento de empleo y recualificación de trabajadores, para evitar la extinción de la relación laboral.

Incide, por tanto, el estudio del profesor Álvarez en la contextualización y evolución de la figura de los ERTES, en cuanto que “medida tremendamente útil” para facilitar el ajuste de plantillas y mantenimiento del empleo en situaciones de crisis. La evolución que presenta la regulación de los ERTES hasta su tratamiento por el RD-Ley 32/2021, muestra el intento del legislador por consolidar este instrumento como figura necesaria de flexibilidad interna de carácter temporal y, como indica el autor, “como medida de adaptación, alternativa más eficiente y de menor coste social que las reducciones de plantilla o el recurso a la contratación temporal”.

Por último, encontramos el profundo estudio realizado por el profesor Morales Ortega sobre los aspectos relacionados con la reforma de la negociación colectiva. Bajo el título “Negociación colectiva, impasse negocial y convenio colectivo tras el RDL 32/2021”, analiza, no sólo los preceptos recogidos en la norma reformadora, sino también el impacto que sobre el modelo de negociación colectiva consolidado tras la reforma de 2012, tiene la nueva regulación. Así, el trabajo se estructura en tres bloques correctamente diferenciados. En primer lugar, el referido a uno de los cambios más trascendentes de la reforma, la supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial; extendiendo el estudio al debate que subyace, en todo ello, relativo a la descentralización o centralización de la propia estructura de la negociación. En segundo lugar, aborda el análisis de la figura de la ultraactividad del convenio y, dentro de éste, los mecanismos instituidos para resolver las situaciones de “impasse negocial”. Por último, realiza una solvente reflexión sobre los objetivos de la reforma y su relación real con los cambios operados por la misma.

Se centra el estudio en el análisis de los cambios introducidos por el Real Decreto Ley, pero también se adentra en cuestiones ligadas a los mismos, como el equilibrio de fuerzas entre los negociadores, la utilidad de los medios de solución extrajudicial de conflictos colectivos o el impacto de la nueva regulación en el ámbito de las contrataciones y subcontratas. Repasa, para finalizar este trabajo, el autor, otras referencias a la negociación colectiva, incluidas en la norma; no sin antes realizar una reflexión sobre su razón de ser y la relación con los principios de la propia norma. Así, se evidencian referencias en la regulación de la contratación, formativa y temporal, y en la regulación de los fijos discontinuos, que no siempre evidencian una coherencia clara con el resto de la norma.

Para finalizar esta presentación, queremos dejar constancia de que este conjunto de estudios se inserta en el ámbito del proyecto de Investigación “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social” (US-1264479) financiado con fondos FEDER.

Consideramos necesario agradecer a todos los autores su dedicación y esfuerzo en el cumplimiento de los plazos, plazos perentorios en este caso por la urgencia de la publicación. Y esperamos que los estudios presentados permitan futuras reflexiones sobre estas materias analizadas y contribuyan a la resolución de los problemas que, sin duda, continuará planteando esta importante norma recientemente aprobada.

Emilia Castellano Burguillo
M^a Luisa Pérez Guerrero
Profesoras Titulares de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva
Secretarias del Consejo Editorial

EDITORIAL

SIETE TESIS SOBRE LA REFORMA LABORAL

Miguel Rodríguez-Piñero Royo
Catedrático de Derecho del Trabajo,
senior counsellor de PwC Tx & Legal

El acontecimiento laboral de la década en España lo ha sido, sin lugar a dudas, 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. Al estudio de esta norma monográfica se dedica este número de la revista “Trabajo, persona, derecho, mercado” que ahora se presenta. Es una norma capital en la historia de nuestro Derecho del Trabajo, más por lo que representa que por lo que contiene, que de una manera merecida ha recibido una gran atención, y a cuyo estudio la comunidad iuslaboralista española ha dedicado un notable esfuerzo de interpretación y comprensión.

Este número constituye la aportación final de un proyecto colectivo de presentación, estudio y difusión de esta norma, de sus antecedentes y de sus consecuencias, poniendo a disposición de un amplio abanico de interesados materiales, lecturas, interpretaciones y opiniones sobre este proceso de reforma.

Este proyecto ha sido desarrollado por nuestra revista electrónica, en colaboración con IUSLABLOG, el Grupo de Investigación PAIDI SEJ-322, el proyecto FEDER18-1264479 “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social”, y el proyecto de investigación “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: desigualdad, precariedad y exclusión social”, de la convocatoria 2018 de «Proyectos de I+D Retos Investigación», con referencia RTI2018-098794-B-C31.

Tres meses después de la promulgación de esta norma, y tras haber publicado más de cuarenta entradas en IUSLABLOG, presentamos este monográfico en el que se recoge la experiencia de este proyecto de trabajo colectivo y colaborativo, que creemos ha cumplido sus objetivos. Previamente, y como director de esta revista, me

permite compartir unas reflexiones generales sobre este proceso de reforma, a modo de editorial.

1. UNA REFORMA QUE HAY QUE ENTENDER

A esta reforma se le puede calificar de “maskirovka”, la estrategia rusa de ocultar tus intenciones y distraer al contrario: durante meses nos han vendido que era una derogación de la legislación de 2012, cuando en realidad era otra cosa: una norma dirigida directamente a cambiar las pautas de contratación en España. Si seguimos pensando lo primero, no la estaremos valorando adecuadamente, ni posiblemente la entendamos.

Es comprensible que se valorara el RDL 32/2021 comparándola con las novedades legales introducidas en 2012, porque a nivel político el proceso comenzó como uno contrarreformista. Pero deberíamos haber ido dándonos cuenta de la realidad a medida que las pretensiones originales se fueron quedando por el camino.

La denominación de la norma y su Exposición de Motivos apuntaron claramente a su verdadera naturaleza: aquélla habla de “garantía de la estabilidad en el empleo”; y en ésta las referencias a que su finalidad es “corregir de forma decidida esta temporalidad excesiva” son continuas. El contenido regulatorio confirma esta impresión. Una valoración negativa basada en el mantenimiento de elementos esenciales del Derecho de 2012 sería, por ello, injusta.

2. UNA REFORMA NO SOLO, PERO SI SOBRE TODO DE LA CONTRATACIÓN

Lo que se pretende con el RDL 32/2021 es que las empresas contraten de otra manera, con un reequilibrio de la contratación indefinida y de la temporal para reducir la presencia de esta última.

Para ello se acortan los contratos, y se alejan éstos de la idea de una obra u actividad determinada. El modelo de contratación temporal es uno en el que, creemos, se va a ser más permisivo con ésta (por lo genérico e indeterminado de los supuestos de utilización), pero sólo para períodos cortos. Esto es claro con el contrato de 90 días al año, que puede ser de uso casi libre, pero con este límite de duración. Si una necesidad es temporal, pero con una duración de cierta entidad, entonces habrá que acudir al contrato indefinido; y despedir cuando ésta termine. Las causas que justificaban la contratación temporal pasarán ahora a ser causas de despido.

En el caso particular del contrato formativo se ha pretendido reorganizar sus contenidos de enseñanza y de trabajo, buscando un equilibrio difícil entre un empleo de cierta calidad, que asegure el aprendizaje, con un instrumento que resulte cómodo y

atractivo para las empresas. Porque si éstas no colaboran, contratando por esta vía, la formación en alternancia fracasará. La ventaja que se les ofrece es un salario menor y una contratación temporal sin causa. Algo especialmente valioso cuando se han reducido considerablemente las posibilidades de utilizar los contratos temporales estructurales.

3. NO SE DEROGA LA LEGISLACIÓN DE 2012, PERO SI SE IMPIDEN ALGUNOS DE SUS EFECTOS PERNICIOSOS

Una cosa es que no se haya producido una derogación sustancial del Derecho de la crisis financiera mundial, y otra que las medidas adoptadas en esta nueva fase reformadora convaliden toda la reforma de 2012. Lo que se ha hecho es eliminar algunas prácticas abusivas que fueron hechas posibles por los cambios de entonces (preferencia del convenio colectivo de empresa en materia salarial, posible pérdida de vigencia del convenio). Hay una voladura controlada de algunas partes del edificio de la reforma del Partido Popular, mediante pocos pero certeros cambios. Éstos se suman a otros anteriores, que ya habían ido eliminando algunas figuras destacadas de aquella reforma, como el despido por absentismo. La derogación de la reforma de 2012 se inició, en realidad, hace varios años, y ésta comenzó a verse desmontada al poco tiempo de su entrada en vigor. Había incluso en ésta medidas con una vigencia pre-determinada en el tiempo. Todo ello pone de manifiesto el carácter extremo de esta regulación, su justificación en un momento de emergencia y sin voluntad de permanencia en muchos casos.

4. LA RECEPCIÓN DE LA EXPERIENCIA DE LA EMERGENCIA COVID

El RDL 32/2021 tiene un tercer objetivo, junto a los ya señalados de modificar la contratación laboral y eliminar las malas prácticas introducidas a partir de 2012: dar continuidad a algunos instrumentos introducidos durante el Derecho de la emergencia COVID, convirtiendo en elementos estructurales lo que se diseñó como algo coyuntural y de emergencia, visto su buen funcionamiento. En su regulación se importan elementos de los Reales Decretos-leyes de este período, incluyendo redacciones y denominaciones que nos habíamos acostumbrado a manejar.

Desde este punto de vista, el RDL 32/2021 puede contemplarse también como la última de las normas de la crisis sanitaria, en la que se prevé el fin de las medidas excepcionales y se dibuja el escenario de la normalidad laboral.

Hay otro aspecto de esta experiencia que ha sobrevivido a la normalidad post-emergencia: el papel de las nuevas formas de generación y difusión del conocimiento

respecto de los cambios legales producidos. Durante la fase de sucesión de normas especiales los iuslaboralistas no tuvimos acceso a los mecanismos tradicionalmente utilizados, ante medidas de interpretación difícil pero aplicación inmediata. Sin tiempo para esperar una maduración doctrinal ni mucho menos una construcción jurisprudencial, se tuvo que recurrir por un lado a un material jurídico particular (criterios interpretativos, boletines, consultas...), y por otro al apoyo de una comunidad de juristas activos en las redes sociales, que ofrecieron los primeros análisis de las sucesivas normas a medida que éstas iban siendo aprobadas. El proceso de 2021 ha consolidado el protagonismo de la información jurídica on-line, y del jurista bloguero como generador de contenidos y de opinión sobre los cambios normativos.

5. UN ELEMENTO MÁS DE UN PROCESO REFORMISTA EN CURSO

En nuestra experiencia las reformas laborales se articulan mediante una norma de urgencia de gran extensión y contenidos, que afectan a un número importante de disposiciones vigentes, y que llevan normalmente este título. El RDL 32/2021 coincide formalmente con este modelo, aunque su impacto, en términos del número de normas afectadas, es mucho menor que los homólogos anteriores de 1994 y 2012. Existe una gran diferencia, sin embargo, si nos fijamos en la producción normativa de todo este período, ya que en el cambio de década se han aprobado una batería de disposiciones que han alterado distintos aspectos del Derecho del Trabajo español. Comenzando con la Ley Orgánica para la Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales de 2018, los cambios producidos han sido importantes. La verdadera reforma es la suma de todas estas medidas, siendo el RDL 32/2021 una pieza más, sin duda la mayor, de esta cadena. Sería, desde este punto de vista, una reforma en cascada.

Los aspectos tratados son diversos, lo que explica la dispersión normativa. Pero pueden encontrarse elementos comunes, líneas de política del Derecho que las vertebran: la búsqueda de la igualdad y la no discriminación por razón de género; el reconocimiento de derechos para las personas que trabajan; la introducción de mecanismos para garantizar la efectividad de estos derechos; actualización del lenguaje de la norma...

Este proceso supone un cambio de tendencia en el Derecho del Trabajo español, ya que un elemento común de todas las normas de este proceso reformista es la mejora del estatuto jurídico de la persona que trabaja, en aspectos diversos de éste. Con ello se rompe una larga tradición de reformas prácticamente unidireccionales, que habían erosionado su posición en la relación laboral y en el mercado de trabajo, con la justificación de potenciar una flexibilidad que a la larga redundaría en una mejora del empleo.

6. LA CONSOLIDACIÓN DEL MODELO DE REGULACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Los cambios producidos en materia de negociación colectiva son escasos, aunque tienen un significado muy claro: se vuelve al modelo tradicional de regulación del convenio colectivo en nuestro Derecho. Las medidas más innovadoras de la legislación de 2012, la posibilidad de que el convenio perdiera su vigencia, y la prioridad aplicativa del convenio de empresa, se han visto modificadas. La primera, por completo, retornándose a la ultraactividad *sine die* que ha caracterizado nuestro Derecho colectivo desde las primeras ordenaciones de la negociación. Y la segunda, formalmente menos pero con un efecto material muy destacado.

Otros aspectos que se habían planteado, como establecer una prioridad aplicativa general del convenio sectorial, no han llegado a la norma. Y eso que este convenio es el claro ganador del proceso, ya que se le atribuyen todas las funciones importantes. Se ha domado a la negociación de empresa por vías indirectas, sin que su preeminencia haya sido eliminada, seguramente para no inquietar a las instituciones unioneuropeas. En realidad se ha vuelto a la técnica regulatoria tradicional: en lugar de prioridades aplicativas, que contradicen la regla general de igualdad entre convenios, se acude a la reserva de materias para ciertos niveles de negociación.

No se ha pretendido innovar en este campo, sino asegurar el retorno a una situación ya muy consolidada y considerada satisfactoria. Lo que contrasta, de alguna manera, con las críticas continuas que se hace a la realidad de nuestra negociación desde múltiples ámbitos, incluyendo el diálogo social. Y resulta llamativa en una norma que se fija como objetivo la “modernización de la negociación colectiva”.

7. UN DERECHO DE LA EMERGENCIA

Es común en España justificar las reformas por la existencia de una situación difícil, que impone medidas dirigidas siempre hacia un mismo objetivo, incrementar la flexibilidad laboral para mejorar la situación del empleo.

En Italia se acuñó hace décadas la expresión “Diritto dell’emergenza” para denominar este fenómeno. La reforma de 2012 se presentó bajo este paraguas, como también lo hizo el paquete de medidas aprobado para afrontar la crisis provocada por la pandemia COVID.

Durante el proceso reformador culminado con el RDL 32/2021 fue común el justificar los cambios por una mejora en la situación general, que hacía innecesarias las medidas introducidas en un contexto mucho peor. Al hacer esto, se justifica lo hecho en 2012 a la vez que se banaliza lo corregido en 2021, que se presenta como una

experiencia ligada a una coyuntura económica mejor, dependiente de unos fondos europeos además. Por lo tanto, coyuntural y reversible.

La realidad es otra. España afronta una emergencia, social y laboral, consecuencia de los modelos de regulación tradicionalmente utilizados en España, basados en la flexibilidad de entrada. El nivel de precarización al que se ha llegado lleva años siendo insostenible. A lo que se suma el impacto de la devaluación salarial promovida por las reformas de la crisis financiera mundial, que han empobrecido a los trabajadores. Tampoco los niveles de desempleo justifican los dolorosos sacrificios sufridos. El país no puede continuar así, y se ha afrontado esta emergencia con medidas decididas motivadas por una situación grave e insostenible.

TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



ARTÍCULOS
DOCTRINALES

LA REFORMA LABORAL DE 2021: UN ANÁLISIS DE LA NORMA REFORMADORA

THE 2021 REFORM OF SPANISH LABOUR LAW: AN ANALYSIS OF THE REFORMING PIECE OF LEGISLATION

Miguel Rodríguez-Piñero Royo
Universidad de Sevilla
ORCID: 0000-0001-7926-6175
mrodriguez7@us.es

RESUMEN: España está viviendo un proceso de reformas sin precedentes, por su alcance y amplitud, pero también por la forma en que se está produciendo, por medio de una sucesión de intervenciones legislativas en materias concretas, precedidas en la mayor parte de los casos por procesos de diálogo social. En este marco se produce la firma por los interlocutores sociales del acuerdo de 23 de diciembre de 2021, que se implementó mediante el Real Decreto Ley 32/2021 de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

El objetivo de este trabajo es doble: por un lado, se procede a analizar el RDL 32/2021 desde una perspectiva formal, centrándose en su redacción, técnica legislativa, estructura e imbricación con el resto del ordenamiento jurídico. Por el otro, se enmarcará esta norma dentro del proceso de reformas en que se encuadra.

El RDL 32/2021 supone un desarrollo adecuado del Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Afecta a las instituciones centrales del Derecho de Trabajo español, modificando un número importante de disposiciones legales y generando la necesidad de un importante desarrollo reglamentario. Su técnica legislativa es más correcta que la de normas anteriores, y se detecta un esfuerzo para conseguir un lenguaje neutral desde un punto de vista de género. En una valoración global merece un juicio positivo desde la perspectiva desde la que en este trabajo se le ha analizado.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

PALABRAS CLAVE: Reforma laboral; diálogo social; contratación temporal; técnica legislativa; lenguaje legal.

ABSTRACT: Spain is undergoing an unprecedented process of reform, in terms of its scope and breadth, but also because of the way in which it is taking place, through a succession of legislative interventions in specific areas, preceded in most cases by social dialogue. It is in this context that social partners signed the agreement of 23 December 2021, which was implemented through Royal Decree-Law 32/2021 on urgent measures for the reform of labour law, the guarantee of job stability and the transformation of the labour market.

The aim of this paper is twofold: on the one hand, RDL 32/2021 is analysed from a formal perspective, focusing on its wording, legislative technique, structure and interweaving with the rest of the legal system. On the other hand, this regulation will be framed within the reform process in which it is part of.

RDL 32/2021 is an appropriate development of Component 23 of the Recovery, Transformation and Resilience Plan. It affects central institutions of Spanish labour law, modifying a significant number of legal provisions and generating the need for significant regulatory development. Its legislative technique is more correct than that of previous regulations, and an effort has been made to achieve gender-neutral language. In an overall assessment, it deserves a positive judgement from the perspective from which it has been analysed in this paper.

KEYWORDS: Labour law reform; social dialogue; fixed-term employment contracts; legislative technique; language of the norms.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN. 2. EL PROCESO DE APROBACIÓN DEL RDL 32/2021. 2.1. El Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. 2.2. El acuerdo de 23 de diciembre de 2021. 3. LA NORMA REFORMADORA. 3.1. Características generales del RDL 32/2021. 3.2. Los contenidos de la norma. 3.3. El impacto del RDL 32/2021 en el ordenamiento jurídico. 3.4. El RDL 32/2021 y su desarrollo normativo. 3.5. Justificación del RDL 32/2021. 4. EL LENGUAJE DE LA NORMA. 4.1. El lenguaje de las normas laborales del siglo XXI. 4.2. Un lenguaje neutral. 4.3. Lenguaje y objetivos de la norma. 4.4. Un nuevo artículo duplicado en el Estatuto de los Trabajadores. 4.5. Una norma con un lenguaje preciso. 4.6. El artículo 47bis del Estatuto de los Trabajadores: el regreso de la flexiguridad. 5. LA REFORMA TRAS EL REAL DECRETOLLEY 3/2021. 5.1. Del pacto al BOE. 5.2. La corrección de errores. 5.3. La convalidación del RDL 32/2021. 5.4. El RDL 1/2022. 5.5. El RDL 2/2022. 5.6. El salario mínimo para 2022. 5.7. El RDL 3/2022. 6. LA AGENDA REFORMADORA PARA 2022.

1. PRESENTACIÓN¹

España está viviendo un proceso de reformas sin precedentes, por su alcance y amplitud, pero también por la forma en que se está produciendo, por medio de una sucesión de intervenciones legislativas en materias concretas, precedidas en la mayor parte de los casos por procesos de diálogo social. El número de cambios normativos es elevado, y éstos apuntan, de manera coherente, en una misma dirección, la mejora de la tutela jurídica de las personas que trabajan. Asistimos, así, a la aparición y refuerzo de nuevos derechos de los trabajadores como son los digitales, los vinculados a la igualdad y a la conciliación, y los relacionados con el tiempo de trabajo. Es una reforma que cambia la tendencia de los últimos años en cuanto a este carácter, pero también en el hecho de apoyarse en el acuerdo con representantes de empresas y trabajadores.

En este marco se produce la firma por los interlocutores sociales del acuerdo de 23 de diciembre de 2021, que se implementó mediante el Real Decreto Ley 32/2021 de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Este acuerdo supone una transformación en profundidad del régimen de contratación laboral y la vuelta al equilibrio previo al 2012 en aspectos importantes de la relación entre empresas y representantes de los trabajadores. Y ha sido generalmente calificado como un conjunto de medidas equilibrado que supone grandes cambios en algunas instituciones laborales, pero que a la vez permite una continuidad en otras.

El objetivo de este trabajo es doble: por un lado, se procede a analizar el RDL 32/2021 desde una perspectiva formal, centrándose en su redacción, técnica legislativa, estructura e imbricación con el resto del ordenamiento jurídico. Por el otro, se enmarcará esta norma dentro del proceso de reformas que se ha señalado, estudiando su proceso de elaboración, así como los cambios producidos con posterioridad a su entrada en vigor, para terminar con algún comentario sobre las reformas venideras que cabe esperar en los próximos meses.

Teniendo en cuenta este objetivo, no se estudiará su contenido, los cambios que introduce en el ordenamiento laboral, porque éste será objeto de atención en otros trabajos de este número monográfico.

La metodología de investigación se basará en el análisis normativo, centrado en el texto de la norma. Dado lo reciente de la norma, no se ha trabajado con un soporte bibliográfico, aunque éste comienza a publicarse ya, en trabajos de urgencia pero de indudable calidad.

1. Grupo de Investigación PAIDI SEJ-322. Esta ponencia es un resultado científico del proyecto de investigación FEDER18-1264479 “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social”.

2. EL PROCESO DE APROBACIÓN DEL RDL 32/2021

2.1. EL COMPONENTE 23 DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA

El proceso de diálogo social de 2021 no respondía únicamente a una prioridad política del Gobierno de Coalición, sino que era también consecuencia de un compromiso asumido por nuestro país en relación con la percepción de los fondos europeos Next Generation. Para poder recibirlos, y de acuerdo con las exigencias unioneuropeas, el Gobierno español aprobó un “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia”, que contiene un conjunto muy numeroso de medidas que expresan el compromiso de España para aplicar estos fondos en nuestro país. Este plan tiene una serie de “componentes”, que agrupan varias medidas en ámbitos concretos.

El texto que puede considerarse la espina dorsal de todo el proceso de reforma del año 2021 es el llamado “Componente 23”, titulado “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”. En este componente se incluyen una serie de retos y objetivos, para los que se diseñan unas reformas y unas inversiones.

Los retos son los siguientes:

El mercado laboral español arrastra desde hace décadas importantes desequilibrios que agravan los ciclos económicos, lastran los aumentos de productividad, aumentan la precariedad y profundizan las brechas sociales, territoriales y de género, perpetuando la desigualdad.

La elevada tasa de desempleo estructural y de paro juvenil, la excesiva temporalidad y rotación de contratos, la baja tasa de ocupación y la persistente brecha de género resultan en una baja inversión en capital humano, una baja productividad, y una elevada desigualdad económica y social.

A estos retos estructurales se añade la actual caída de la actividad derivada de la emergencia sanitaria, que está acelerando cambios importantes en el ámbito laboral que hacen necesario abordar algunos de los problemas arrastrados del pasado.

En cuanto a los objetivos a conseguir, se identifican éstos:

Este componente impulsará la reforma del mercado laboral español para adecuarlo a la realidad y necesidades actuales y de manera que permita corregir las debilidades estructurales. Esta reforma debe ser abordada en el marco del diálogo social, orientada a reducir el desempleo estructural y el paro juvenil, corregir la dualidad, mejorar el capital humano, modernizar la negociación colectiva y aumentar la eficiencia de las políticas públicas de empleo. Además, se dará un impulso a las políticas activas de empleo, orientándolas a la capacitación de los trabajadores en las áreas que demandan las transformaciones que requiere nuestra economía.

Por otro lado, la digitalización del SEPE será una importante reforma que contribuirá a la modernización y eficiencia de los servicios de empleo. Esta inversión se recoge en el componente 11.

Para lograr estos objetivos se estima una inversión total de 2.363 millones de euros. Dentro de este componente vamos a encontrar hasta 11 reformas a adoptar. Son éstas:

- R1 Regulación del trabajo a distancia
- R2 Medidas para eliminar la brecha de género
- R3 Regulación del trabajo de los repartidores a domicilio por parte de las plataformas digitales
- R4 Simplificación de contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad y simplificación de la contratación temporal
- R5 Modernización de políticas activas de empleo
- R6 Establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna y recualificación de trabajadores en transición
- R7 Revisión de las subvenciones y bonificaciones a la contratación laboral
- R8 Modernización de la negociación colectiva
- R9 Modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales
- R10 Simplificación y mejora del nivel asistencial de desempleo
- R11 Digitalización del SEPE, para su modernización y eficiencia

Algunas de estas medidas ya se habían producido antes de aprobarse el RDL 32/2021. En concreto, podemos identificar al menos la C23.R1 (Regulación del trabajo a distancia); la C23.R2 (Medidas para eliminar la brecha de género) o la C23.R3 (Regulación del trabajo de los repartidores a domicilio por parte de las plataformas digitales).

Otras coinciden con las materias objeto de negociación durante el proceso de diálogo social que llevó al acuerdo de 23 de diciembre de 2021: la C23.R4 (Simplificación de contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad y simplificación de la contratación temporal); C23.R6 (Establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna y recualificación de trabajadores en transición); C23.R8 (Modernización de la negociación colectiva); y la C23.R9 (Modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales). Como se observa, estas reformas coinciden con las líneas temáticas del proceso de diálogo social, lo que resulta coherente con el compromiso del Gobierno, expresado entre los objetivos a lograr con el Componente 23, de que “*esta reforma debe ser abordada en el marco del diálogo social, orientada a reducir el desempleo estructural y el paro juvenil, corregir la dualidad, mejorar el capital humano, modernizar la negociación colectiva y aumentar la eficiencia de las políticas públicas de empleo*”.

Esta conexión tuvo dos consecuencias importantes, en la medida en que el Componente 23 expresaba un compromiso del Estado español: por un lado, impuso un plazo para la firma del acuerdo y la aprobación de las medidas, el final del año 2021, ya que a ello se comprometió nuestro Gobierno ((aunque las instituciones de la

Unión expresaron posteriormente que aceptarían una ampliación de este plazo); por otro, condicionó los resultados del proceso, de tal manera que si se firmaba un acuerdo que no incluyera todas estas medidas cabría pensar, al menos teóricamente, que el Gobierno tendría que adoptar las que faltaran, para dar por cumplidas las obligaciones que habíamos asumido.

Existe un tercer paquete, de medidas relacionadas con las políticas activas y pasivas de empleo, cuya puesta en práctica sigue su propio procedimiento. Se incluirían en éste las reformas C23.R5 (Modernización de políticas activas de empleo), C23.R7 (Revisión de las subvenciones y bonificaciones a la contratación laboral), C23.R10 (Simplificación y mejora del nivel asistencial de desempleo) y C23.R11 (Digitalización del SEPE, para su modernización y eficiencia).

En diciembre de 2021 el Gobierno presentó un Informe de Ejecución del Plan de Recuperación, en el que hacía una valoración de las medidas previstas en este plan ya adoptadas en el momento de su elaboración.

En lo que a la reforma laboral interesa se afirma, dentro de lo que se considera como la “arquitectura básica para el despliegue del Plan, que *“en el curso de 2021 se han ido activando todos los instrumentos legales, institucionales, financieros y de gobernanza que constituyen la arquitectura básica para el despliegue del Plan de Recuperación, en paralelo con el avance del proceso de aprobación en el ámbito comunitario y la propia ejecución de las inversiones y reformas sobre el terreno”*. Y entre estas medidas se pone énfasis en que *“se han celebrado numerosas reuniones y encuentros con representantes económicos y sociales, expertos, grupos políticos y otros agentes colaboradores para el despliegue del Plan”*. Dentro de estas reuniones se destacan *“las reuniones de la Mesa de Diálogo Social y otros eventos con los agentes sociales”*.

Entre las actuaciones realizadas se destaca que *“está en marcha un proceso de intenso diálogo social”*, que tiene como finalidad *“aprobar en el cuarto trimestre de 2021 un paquete de reformas que permita europeizar el mercado laboral”*. Los objetivos de este proceso son impulsar la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, así como fomentar la generalización de la contratación indefinida, la modernización de la negociación colectiva y de la subcontratación junto la introducción de un mecanismo de flexibilidad y sostenibilidad del empleo ante las crisis. Como se ve, y a pesar de lo que muchos pensaron entonces, el Gobierno no pecó de exceso de optimismo sobre el desarrollo del proceso de negociación.

El Gobierno identifica también una serie de medidas ya producidas:

- Reformas legislativas destinadas a cerrar la brecha de género
 - Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre hombres y mujeres
 - Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de

28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

- Medidas para atender a los retos derivados de la digitalización,
 - Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia
 - Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (Ley Rider).
- Medidas en materia de empleo
 - Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 Activación para el empleo, publicada mediante RD1069/2021, de 4 de diciembre.
 - Real Decreto1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024.
 - Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo.
 - Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.
 - Plan Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes (BOE de 25 de junio).

Junto a estas se identifican varios proyectos en curso, en concreto:

- Medidas incluidas en el proceso de diálogo social
- Anteproyecto de la Ley de Empleo
- Proyecto de reforma de la Ley por la que se regula el Sistema de Formación Profesional en el trabajo
- Proyecto de Modernización del Programa de Fomento del Empleo Agrario,
- Proyecto de simplificación del Sistema Asistencial de protección por desempleo Proyecto de reforma de incentivos a la contratación

2.2. El acuerdo de 23 de diciembre de 2021

El proceso de diálogo social, iniciado en febrero de 2021, culminó con éxito en el acuerdo firmado por los interlocutores sociales el 23 de diciembre. Había pasado mucho tiempo sin reformas pactadas en nuestro país, ya que el último acuerdo relevante que dio lugar a una reforma laboral posterior se firmó en el año 2006. El caso de la reforma de 2012 fue especialmente llamativo desde este punto de vista, puesto que poco antes de la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012 los interlocutores sociales firmaron un acuerdo social cuyo contenido fue ignorado por el Gobierno. A la

vez, este acuerdo es uno más de una larga de serie iniciada en los últimos años, que ponen de manifiesto que estamos ante una nueva fase en el diálogo social español, que se está traduciendo en importantes resultados. Los grandes avances en el Derecho del Trabajo en la segunda década del siglo XXI tienen su origen en acuerdos sociales previos, que se han logrado incluso en materias tan complicadas de acordar como la cuantía del salario mínimo.

No se dispone, al menos no he podido obtenerlo, de un texto que recoja los acuerdos firmados. Lo que hay son borradores de la norma, ya articulados como un Real Decreto-Ley listo para su promulgación y publicación.

El acuerdo fue un gran éxito para los interlocutores sociales y para el Gobierno. Los asuntos tratados eran relevantes y complejos, y además las posturas iniciales de los firmantes estaban muy separadas. Para complicar aún más la situación se estaba sometido a la presión de tener una fecha límite para adoptar las medidas comprometidas con la Unión Europea.

Este acuerdo permite desbloquear un asunto que estaba complicando las relaciones laborales en nuestro país, el de la derogación de la reforma laboral de 2012, con un conjunto de medidas equilibrado que supone importantes renunciaciones de todas las partes, Gobierno incluido. A la vez, da cumplimiento a los compromisos asumidos por éste frente a las instituciones europeas en el famoso “Componente 23” del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, una parte importante de cuyas medidas se remitían al proceso de diálogo social que ahora se culmina.

En este compromiso se incluían varias reformas a adoptar, que han guiado todas las conversaciones. Éstas se centraban en los aspectos más relevantes de nuestra legislación laboral, algunos profundamente afectados por la reforma de 2012 (como la negociación colectiva), otros no tanto (como los contratos temporales). No hay en realidad una coincidencia de temas entre ambas reformas, la de 2012 y la de 2021, en realidad, y no debe considerarse ésta como una derogación de aquélla. Hay algo de esto, es cierto, pero sólo una parte.

Los resultados no son los esperados al principio del proceso, cuando había incluso muchas dudas que el diálogo iniciado pudiera tener éxito. Muchas de las propuestas de las partes y del Gobierno fueron aparcadas por mor a poder acordar, y aun así el conjunto de medidas resultante resulta significativo, por lo que tienen de rupturistas y por el impacto que van a tener en la práctica de las relaciones laborales en nuestro país, especialmente en materia de contratación temporal, donde tendremos nuevas reglas del juego, sin que, como ha ocurrido en reformas anteriores, haya formas alternativas para mantener los mismos niveles de temporalidad. Había que afrontar este problema esencial de nuestro mercado de trabajo, y se ha hecho con medidas consensuadas.

Con este acuerdo España demostró que está a la altura de los compromisos asumidos con la Unión Europea, superando los riesgos asumidos al fijar unos objetivos

muy ambiciosos tanto en cuanto al contenido de las reformas a adoptar, como en lo relativo al procedimiento para adoptarlas, vía diálogo social.

3. LA NORMA REFORMADORA

3.1. Características generales del RDL 32/2021

La norma que ha venido a poner en práctica el conjunto de medidas que ya se conoce como “la reforma laboral de 2021” es el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, que fue publicado en el BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021, retrasándose un día respecto de lo que es común en este tipo de normas, su publicación al día siguiente de su aprobación. Este RDL se une a la larga saga de normas de este tipo con las que se han introducido cambios en nuestra legislación laboral.

En los textos disponibles sobre el acuerdo firmado por los interlocutores sociales el 22 de diciembre sólo aparecían cinco artículos, cuatro disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y una disposición final. El texto finalmente aprobado ha incrementado el número de disposiciones: siguen siendo cinco artículos y una disposición derogatoria, pero encontramos siete disposiciones adicionales, nueve transitorias y ocho disposiciones finales. Lo que también se ha añadido es una voluminosa Exposición de Motivos de dieciséis páginas en formato BOE (frente a treinta y ocho del contenido normativo).

Cada uno de los artículos se dedica a las modificaciones de una norma laboral concreta,

- Artículo primero: modificaciones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RDL 2/2015, de 23 de octubre (en adelante TRLET).
- Artículo segundo: modificaciones del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante TRLGSS).
- Artículo tercero: modificaciones del Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.
- Artículo cuarto: modificaciones del Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.
- Artículo quinto: modificaciones del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Alguno de estos preceptos modifica sólo el articulado de la norma respectiva; otros introducen nuevas disposiciones adicionales.

3.2. Los contenidos de la norma

Un análisis de los contenidos de este RDL pone de manifiesto que no existe una coincidencia de temas entre esta reforma y la de 2012, por lo que aquélla no puede considerarse como una derogación de ésta. Algo de derogación hay, es cierto, especialmente en lo relativo a la negociación colectiva, pero poco más.

Es comprensible que en una primera valoración se juzgara al RDL 32/2021 comparándola con las novedades legales introducidas en 2012, porque el proceso comenzó como uno de derogación de éstas. Pero deberíamos haber ido dándonos cuenta de la realidad a medida que las pretensiones originales se fueron quedando por el camino.

La denominación de la norma y su Exposición de Motivos apuntaron claramente a su verdadera naturaleza: aquélla habla de “garantía de la estabilidad en el empleo”; y en ésta las referencias a que su finalidad es “corregir de forma decidida esta temporalidad excesiva” son continuas. El contenido regulatorio confirma esta impresión. Una valoración negativa basada en el mantenimiento de elementos esenciales del Derecho de 2012 sería, por ello, injusta.

La verdad es que lo que se pretende con el RDL 32/2021 es que las empresas contraten de otra manera, con un reequilibrio de la contratación indefinida y de la temporal para reducir la presencia de esta última. Para ello se acortan los contratos, y se alejan éstos de la idea de una obra u actividad determinada. El modelo de contratación temporal es uno en el que, creemos, se va a ser más permisivo con ésta (por lo genérico e indeterminado de los supuestos de utilización), pero sólo para períodos cortos. Si una necesidad es temporal, pero con una duración de cierta entidad, entonces habrá que acudir al contrato indefinido; y despedir cuando ésta termine. Las causas que justificaban la contratación temporal pasarán ahora a ser causas de despido.

En el caso particular del contrato formativo se ha pretendido reorganizar sus contenidos de enseñanza y de trabajo, buscando un equilibrio difícil entre un empleo de cierta calidad, que asegure el aprendizaje, con un instrumento que resulte cómodo y atractivo para las empresas. Porque si éstas no colaboran, contratando por esta vía, la formación en alternancia fracasará.

Una cosa es que no se haya producido una derogación sustancial del Derecho de la crisis financiera mundial, y otra que las medidas adoptadas en esta nueva fase reformadora convaliden toda la reforma de 2012. Lo que se ha hecho es eliminar algunas prácticas abusivas que fueron hechas posibles por los cambios de entonces (preferencia del convenio colectivo de empresa en materia salarial, posible pérdida de vigencia

del convenio). Hay una voladura controlada de algunas partes del edificio de la reforma del Partido Popular.

El RDL 32/2021 tiene un tercer tipo de contenidos: algunos instrumentos introducidos durante el Derecho de la emergencia COVID, a los que se le da continuidad como elementos estructurales. En su regulación se importan elementos de los Reales Decretos-leyes de este período, incluyendo contenidos regulatorios y terminología. Desde este punto de vista, el RDL 32/2021 puede contemplarse también como una más (no la última) de las normas de la crisis sanitaria, en la que se prevé el fin de las medidas excepcionales y se dibuja el escenario de la normalidad laboral.

También hay un componente de innovación, de medidas originales no aplicadas hasta ahora. Pero el grado de innovación debe valorarse adecuadamente: muchas medidas suponen la recuperación de otras preexistentes pero desaparecidas en 2012, como la ultraactividad sine die o la presunción de indefinición del contrato; otras fueron diseñadas durante la pandemia COVID, como ocurre, hasta cierto punto, con el Mecanismo RED; otras se han importado de otros ámbitos, como la aplicación del convenio sectorial en el trabajo en contratas, presente ya en el ámbito de la contratación pública.

Un aspecto que no debemos olvidar es que el texto finalmente aprobado por el Consejo de Ministros lo fue a propuesta tanto de la Ministra de Trabajo y Economía Social como del Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, por lo que no estamos ante una norma exclusivamente laboral, al contar con contenidos de seguridad social muy relevantes. Éstos, es cierto, son instrumentales respecto de las novedades laborales producidas, pero no deben ser menospreciados. Y se suman a las otras reformas producidas en materia de protección social en el mismo año 2021.

Para terminar este análisis de los contenidos de la norma es necesario poner de manifiesto un dato técnico reseñable: ésta es una implementación del acuerdo de los interlocutores sociales prácticamente puro. Esto es, que su contenido es exclusivamente laboral y de Seguridad Social, dirigido directamente a dar cumplimiento a lo acordado. No se ha aprovechado para introducir mandatos sobre otras materias o cuestiones, que es lo normal en normas de este tipo, en las que entre sus disposiciones solemos encontrar contenidos dispares, de naturaleza en muchos casos tributaria o regulatoria. Este no es el caso del RD 32/2021, que responde a un modelo de norma social pura. El hecho de que se promulgara prácticamente a la vez que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 puede explicar esta particularidad, porque se aprovechara esta última ley para hacer todos los cambios en el Derecho de la economía considerados necesarios.

Sólo encontramos una utilización que podemos considerar “impropia” del RDL 32/2021, considerando “propia” la mera aplicación del acuerdo previo. Ésta la hallamos en una disposición adicional, concretamente la séptima, en la que se dispone la prórroga de la vigencia del Real Decreto 817/2021, de 28 de septiembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2021. Esta prórroga resulta técnicamente

necesaria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 TRLET y en el propio Real Decreto 817/2021, puesto que este último terminaba su vigencia el 31 de diciembre de 2021. En la Exposición de Motivos se dice que con esta medida se garantiza la seguridad jurídica y se da “*continuidad a la función del salario mínimo interprofesional de servir de suelo o garantía salarial mínima para las personas trabajadoras*”.

3.3. El impacto del RDL 32/2021 en el ordenamiento jurídico

En total se ven afectadas ocho normas laborales preexistentes, entre las que destaca claramente, por el número de disposiciones modificadas, el TRLET.

En concreto se modifican las siguientes normas vigentes:

- texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RDL 2/2015, de 23 de octubre
- texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre
- Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral
- Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción
- texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto
- texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre.
- Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.
- Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo

3.4. El RDL 32/2021 y su desarrollo normativo

En el RDL 32/2021 se contiene también un programa regulatorio, de tal modo que en la disposición adicional segunda se habilita al Ministerio de Trabajo y Economía Social para que en el plazo de seis meses convoque a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, para desarrollar el estatuto del Becario. Mientras que en disposición final sexta se le encarga que adopte, en el marco de la reforma del nivel asistencial, las modificaciones necesarias para mejorar la protección del colectivo de fijos discontinuos. También se encarga al titular de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal que mediante una resolución regule el procedimiento para la solicitud y el reconocimiento del derecho a la prestación prevista para las personas afectadas por la aplicación del Mecanismo RED

Junto a estos encargos, encontramos en el articulado del RDL numerosas referencias a normas reglamentarias, muchas de las cuales deberán ser aprobadas en los próximos meses para poder aplicar adecuadamente las nuevas regulaciones. Entre otras podemos identificar las siguientes:

- el sistema de impartición, las características de la formación y la financiación de la actividad formativa en los contratos para la formación en alternancia.
- el alcance de la formación correspondiente al contrato de formación para la obtención de prácticas profesionales, particularmente en el caso de acciones formativas específicas dirigidas a la digitalización, la innovación o la sostenibilidad, incluyendo la posibilidad de micro acreditaciones de los sistemas de formación profesional o universitaria
- los límites de edad y en la duración máxima del contrato formativo cuando se concierte con entre personas con discapacidad o con los colectivos en situación de exclusión social, y empresas de inserción
- los límites de edad para los contratos formativos con personas con discapacidad o con los colectivos en situación de exclusión social, en los casos en que sean contratados por parte de empresas de inserción.
- los requisitos que deben cumplirse para la realización de contratos formativos, tales como el número de contratos por tamaño de centro de trabajo, las personas en formación por tutor o tutora, o las exigencias en relación con la estabilidad de la plantilla.
- el desarrollo reglamentario del procedimiento para aplicar las reducciones temporales de jornada de trabajo o la suspensión temporal de los contratos de trabajo
- el desarrollo reglamentario del Mecanismo RED
- el procedimiento único a través del cual las empresas puedan comunicar al Servicio Público de Empleo Estatal y la Tesorería General de la Seguridad Social el inicio y finalización de los períodos de suspensión temporal de contratos de trabajo y reducción temporal de jornada de trabajo de los trabajadores afectados por un expediente de regulación temporal de empleo.
- las peculiaridades aplicables a la contratación de personas jóvenes menores de dieciocho años en trabajos que presenten riesgos específicos
- la actualización de las cuantías del incremento del crédito para la formación previsto para las empresas que formen a personas afectadas por ERTE o por una de las modalidades del Mecanismo RED

La disposición final séptima, por otra parte, habilita al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución del real decreto-ley. Podemos esperar, por ello, un proceso de producción normativa de gran intensidad en los próximos meses. En tanto en cuanto no se produzca éste, la propia

norma prevé algún mecanismo para resolver temporalmente las necesidades de regulación.

Un ejemplo es el apartado undécimo del artículo primero del RDL, por el que modifica la disposición adicional vigésima del TRET que establece un régimen particular para los contratos formativos celebrados con trabajadores con discapacidad. En ésta, tras mantener el derecho de las empresas que celebren este tipo de modalidades formativas con tales personas tendrán derecho a una bonificación de cuotas del cincuenta por ciento de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a contingencias comunes, se añade que *“continuarán siendo de aplicación a los contratos formativos que se celebren con trabajadores con discapacidad que trabajen en centros especiales de empleo las peculiaridades que para dichos contratos se prevén en el artículo 7 del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas con discapacidad que trabajen en los Centros Especiales de Empleo”*.

Otro ejemplo es la disposición adicional cuadragésimo tercera RDL 32/2021, que establece que *“a los contratos formativos en alternancia les resultarán de aplicación los beneficios en la cotización a la Seguridad Social que, a la entrada en vigor de esta disposición, estén establecidos para los contratos para la formación y el aprendizaje”*.

En la disposición final tercera, por su parte, se señala que las referencias normativas al artículo 47 TRLET deberán extenderse, a los mismos efectos, al artículo 47 bis de esta disposición, en una muestra de economía legislativa cuya aplicación en la práctica puede provocar problemas, sin embargo.

La norma está cerrada como lo está el acuerdo que pone en práctica. Pero se prevé que pueda volver a abrirse el proceso de diálogo social, para adoptar nuevas medidas que eventualmente habría que implementar mediante un nuevo Real Decreto-Ley. En este sentido el apartado 12 del artículo primero introduce una nueva disposición adicional vigesimocuarta en el Estatuto de los Trabajadores, en la que se impone al Gobierno efectuar una evaluación de los resultados obtenidos por las medidas adoptadas para reducir la temporalidad, y en el caso de que los resultados demuestren que no se avanza en esta dirección, éste elevará a la mesa de diálogo social una propuesta de medidas adicionales para su discusión y eventual acuerdo con los interlocutores sociales. La primera evaluación se hará en enero de 2025, y después se harán otras cada dos años. Se prevé expresamente, de esta forma, la posibilidad de reabrir el diálogo social si lo acordado en materia de trabajo temporal no resulta tan eficiente como se espera.

3.5. Justificación del RDL 32/2021

La intervención legislativa se justifica en los artículos 149.1.7º, 13º y 17º de la Constitución, de acuerdo con lo señalado en su disposición final cuarta: competencia

exclusiva del Estado en las materias de legislación laboral, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social.

La naturaleza de norma de emergencia exige una justificación de su utilización, que debe basarse en motivos de extraordinaria y urgente necesidad, según dispone nuestra Constitución. El apartado V de la Exposición de Motivos encuentra esta justificación en la necesidad de dar cumplimiento a los compromisos asumidos por el Reino de España en relación con las reformas estructurales de su mercado de trabajo, en un plazo determinado: *“por ello, el compromiso adquirido de realización de dichas reformas estructurales, mediante el necesario dialogo social y su inclusión como hito específico en el período de 2021, implica su necesario cumplimiento, de cara a la presentación de la solicitud de pago de las contribuciones financieras correspondientes, de conformidad con el artículo 24.2 del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, y constituye el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad para dictar este real decreto-ley”*.

Una segunda justificación que se alega es el carácter instrumental de las novedades que se introducen en la legislación de seguridad social: *“por extensión, la misma extraordinaria y urgente necesidad que justifica la aprobación de las medidas laborales contenidas en el artículo se aprecia en el conjunto de previsiones recogidas en el artículo 3 que modifican diversos preceptos de la Ley General de Seguridad Social con el fin de garantizar la aplicabilidad inmediata de las citadas medidas laborales”*.

Se cita, finalmente, una tercera justificación en la prórroga del Real Decreto que establece el SMI: *“la necesidad de prorrogar el Real Decreto 817/2021, de 28 de septiembre, dejará de producir efectos el próximo 31 de diciembre, concurren razones de extraordinaria y urgente necesidad, que hacen ineludible mantener transitoriamente su vigencia a partir del 1 de enero. Se garantiza de este modo la seguridad jurídica y se da continuidad a la función del salario mínimo interprofesional de servir de suelo o garantía salarial mínima para las personas trabajadoras”*.

4. EL LENGUAJE DE LA NORMA

4.1. El lenguaje de las normas laborales del siglo XXI

El aluvión de normas aprobados en los últimos años, en los que han coincidido las iniciativas legislativas del Gobierno sobre los temas considerados prioritarios (como los derechos digitales o los vinculados a la igualdad de género) con las forzadas por la emergencia COVID, han generado un debate que ha ido más allá del tradicional sobre el contenido regulatorio de estas normas, para alcanzar también a la calidad técnica y al lenguaje usado en éstas. Existe la sensación generalizada de que se está

extendiendo una nueva forma de legislar, con redacciones particulares que constituirían una seña de identidad del legislador laboral en el tránsito de la segunda a la tercera década del siglo XXI.

Se suele criticar, para empezar, a la exposición de motivos de las normas de este período. Se considera que son excesivamente largas, muy programáticas y con poca información útil que pudiera servir para facilitar la aplicación de las nuevas regulaciones. Esto resultó especialmente criticable durante la alarma COVID, en la que se aprobaron sucesivos reales decretos-leyes, de aplicación inmediata y de difícil interpretación en muchos casos. Sólo se disponía del texto de la norma para poder guiar su aplicación, y dentro de ésta se consideraba que era la exposición de motivos dónde debían proporcionarse algunas directrices, lo que no pasaba en muchos casos. Estas exposiciones eran, paradójicamente, muy extensas, lo que no se correspondía con su escasa utilidad a efectos prácticos.

También se ha señalado la tendencia a mezclar declaraciones y mandatos concretos en una misma norma, al que se considera impropio de una técnica reguladora acertada, al menos en los términos en los que ésta se ha entendido tradicionalmente. La combinación, a veces en un mismo precepto, de mandatos con un contenido vinculante claro, que sí pueden considerarse normas jurídicas en sentido estricto, con redacciones que recomiendan, explican o justifican parece ser algo característico de las nuevas normas laborales, un fenómeno que fue especialmente llamativo durante la Emergencia COVID. A título de ejemplo puede citarse el artículo 6 del RDL 8/2020, en el que se dice que el derecho a la adaptación de jornada previsto en este artículo es un derecho individual de cada uno de los progenitores o cuidadores, que debe *“tener como presupuesto el reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles”*. El artículo 5 del RDL 8/2020, el que estableció el carácter preferente del trabajo a distancia, comienza afirmando que *“las medidas excepcionales de naturaleza laboral que se establecen en la presente norma tienen como objetivos prioritarios garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria”*, para después establecer la obligación, exigible, de establecer sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas. Antes de la pandemia ya se había planteado este debate con ocasión del texto del anteproyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación, durante el que se criticó este aspecto del texto elaborado por el Gobierno.

Analizar el RDL 32/2021 desde esta perspectiva del lenguaje de la norma parece, por ello, justificado; pero lo está más aún cuando se constata cómo en su articulado encontramos numerosos cambios en la redacción de los preceptos legislativos afectados que no alteran su contenido regulatorio, pero sí su redacción. No vamos a encontrar, sin embargo, en su Exposición de Motivos indicación alguna sobre esta cuestión, más allá de una declaración general en el sentido de que *“este real decreto-ley*

cumple con los principios de buena regulación exigibles conforme al artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, precepto en el que no se dice nada sobre el uso no sexista del lenguaje o cualquier otra consideración sobre la redacción normativa. Podría haberse hecho alguna referencia, por ejemplo, al artículo 14 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuando incluye entre los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos “*la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas*”.

4.2. Un lenguaje neutral

De hecho, la mayoría, por no decir todos, de estos cambios sólo de redacción se destinan a adaptar los preceptos afectados a los esquemas de lenguaje neutro desde el punto de vista del género. La expresión “persona trabajadora” es la que más encontramos, pero no la única, puesto que se utilizan también otras (“representación”, “empresa”, “persona contratada”, “personas con contratos”).

No se afectan preceptos sólo para esto, pero sí se aprovechan las modificaciones de contenido para hacer también otras con esta finalidad. Éste es claramente el caso del nuevo artículo 42 ET, en el que materialmente sólo se altera un apartado, pero para el que modifica el texto del conjunto de éstos: “empresa” por “empresario”; “representación” por “representantes”; “personas trabajadoras” por “trabajadores”. Esta adaptación se hace de manera, si se permite, muy natural, sin que se perciban expresiones forzadas o reiteradas, demostrando un buen conocimiento de los instrumentos del lenguaje no sexista. Es más, pone de manifiesto lo incongruente de mantener expresiones en el Derecho del trabajo, como “empresario”, que pueden ser fácilmente sustituidas sin que la calidad del texto se resienta. Es de esperar que en futuras leyes laborales la encontremos con mayor frecuencia.

Se ha llamado la atención, sin embargo, sobre el hecho de que la sustitución de la expresión “empresario” por la de “empresa” puede tener consecuencias indeseadas, en la medida en que esta última se refiere a una organización productiva autónoma, no a una de las partes del contrato de trabajo. No se trataría de términos perfectamente intercambiables. Ahora bien, en el TRLET el uso que se hace de esta terminología es poco riguroso, confundiendo incluso empresas con empleador y a veces con centro de trabajo.

En el artículo 16 ET se usa esporádicamente una expresión completamente nueva, “personas fijas discontinuas”, junto a la de “personas trabajadoras fijas discontinuas”, técnicamente más correcta pero seguramente excesivamente larga para el uso cotidiano.

Estos preceptos con el nuevo lenguaje se suman a los ya introducidos por reformas anteriores, por lo que su número se acrecienta, especialmente en el TRLET.

Ahora bien, esta adaptación a un lenguaje no sexista no se encuentra en todo el texto del RDL 32/2021, sino que vamos a seguir encontrado algunas de las anteriormente presentes, como “trabajador”, “empresario”, “los representantes”. También en la Exposición de Motivos encontramos los dos tipos de expresiones, las neutras desde el punto de vista del género y las que no lo son. Incluso en un mismo precepto se produce esta incoherencia (si se puede llamar así). Tal ocurre en el apartado 3º del artículo 3, que modifica la redacción del apartado 1 del artículo 267 LGSS, y en ésta aparecen utilizados indistintamente las expresiones “trabajador” y “persona trabajadora”. Lo mismo ocurre en el artículo 49.1.c) TRLETT, y en la disposición adicional vigesimoquinta de esta ley. En los artículos 15 y 47 TRLET se habla de “personas trabajadoras” de manera recurrente, pero igualmente encontramos referencias a la “representación legal de los trabajadores”.

Es difícil encontrar una lógica a esta situación, aunque hay algún dato que puede apuntar una: en el artículo primero, en el que se modifica el Estatuto de los Trabajadores, y que es por ello la parte más “laboral” (si se nos permite) del RDL 32/2021 la utilización del lenguaje no marcado está más extendida, con una presencia de la expresión “trabajador” que podemos considerar anecdótica. En el artículo segundo, mucho más breve, sólo se usa la de “persona trabajadora”, y lo mismo ocurre en el cuarto, en el que se reforma la legislación sobre formación profesional. En cambio, es en el artículo tercero, el que contiene normas de seguridad social, donde existe una presencia prácticamente equilibrada de las dos expresiones, casi en pie de igualdad (no hemos hecho el análisis detallado, debemos advertir).

Cabría pensar, de acuerdo con esta distribución, que aquellas redacciones que han dependido directamente del Ministerio de Trabajo y Economía Social han sido más atentas a esta cuestión, mientras que las correspondientes al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones no lo han sido tanto. Esto parece un factor que explica esta distribución desigual de la terminología neutra desde esta perspectiva. Aunque hay otro aspecto a considerar: en muchas ocasiones los textos que se aprueban mezclan redacciones antiguas con otras nuevas, y es en aquéllas donde permanecen las expresiones tradicionales, especialmente la de “trabajador”.

Ninguna de estas dos explicaciones funciona del todo: la disposición adicional vigesimoquinta aparece en el artículo primero, su contenido es laboral y ha sido redactada *ex novo*; y sin embargo encontramos en ella utilizada la palabra “trabajador”.

A pesar de ello, nos inclinamos a pensar que esta incongruencia en el lenguaje utilizado puede explicarse, al menos en parte, por el distinto origen de los textos que se han integrado finalmente en el RDL 32/2021.

4.3. Lenguaje y objetivos de la norma

Se producen otros cambios menores de lenguaje que expresan una voluntad del legislador gubernamental de enfatizar los objetivos de la norma. De esta manera debemos

valorar el cambio que se produce en el artículo 11 TRLET, cuyo título ha sido cambiado, pasando de «contratos formativos» a «contrato formativo». Con ello se pretende poner de manifiesto que realmente se ha cambiado la panoplia de contratos disponibles en nuestro país, existiendo sólo tres tipos (indefinido, temporal y formativo). Se dice claramente que los dos supuestos contemplados en este precepto son en realidad una única modalidad contractual. Se introduce también un primer apartado en el precepto en que se afirma que «el contrato formativo tendrá por objeto la formación en alternancia con el trabajo retribuido por cuenta ajena en los términos establecidos en el apartado segundo, o el desempeño de una actividad laboral destinada a adquirir una práctica profesional adecuada a los correspondientes niveles de estudios», reafirmando esta idea. El desarrollo del texto no es sin embargo del todo coherente con ello, y aunque en el apartado 3º habla de «contrato formativo para la obtención de la práctica profesional», en el 2º lo hace de «contrato de formación en alternancia» (cuando lo correcto hubiera sido, a nuestro juicio «contrato formativo para la formación en alternancia»). El apartado 4º es el más decidido en este sentido, cuando comienza su redacción diciendo que «son normas comunes del contrato formativo...»; del único contrato formativo que ahora hay.

La estructura del precepto sí apoya esta unicidad del contrato formativo, al tener cinco apartados transversales, aplicables a todos (1º, 4º, 5º, 6º, y 7º)), y dos monográficos para sus modalidades (2º y 3º). Mientras que en su anterior redacción había tres apartados monográficos, uno para cada una de los tipos de contrato formativo que había (incluyendo el nonato para la formación dual universitaria), y uno solo transversal, de escaso contenido normativo y que aplicaba, además, a «contratos formativos», expresados en plural.

En todo caso, la idea queda bien realizada, y se puede afirmar que en el TRLET de 2022 hay un único contrato formativo, mientras que anteriormente se partía de la existencia de varios.

Hubiera sido una buena ocasión para hacer lo mismo en el artículo 15 TRLET, y pasar a denominarlo «contrato temporal», haciéndolo más coherente con el resto del TRLET, en el que los preceptos dedicados a las distintas formas de contratar llevan la denominación que identifica a cada una (contrato formativo en el artículo 11, contrato a tiempo parcial y contrato de relevo en el 12). Sin embargo, se ha decidido mantener la denominación tradicional de «duración del contrato de trabajo», cuando sólo se dedica a esta cuestión el apartado 1º. Claro que para ello habría que haber movido este precepto a la sección cuarta del Capítulo I del Título II, dónde se ubica la regulación de las modalidades contractuales; abandonando la sección primera del capítulo segundo (dedicado, por cierto, a la «duración del contrato» en su totalidad). Esta sistemática, injustificada en la actualidad, es la misma que seguía la versión original del Estatuto, la de la Ley 8/1980, con todo lo que ha cambiado el contenido de la norma desde 1980. Da la impresión de que se ha optado por una

técnica de «intervención mínima» en el TRLET, alterando su redacción sólo cuando ello resultara indispensable por el cambio regulatorio pretendido o la adaptación del lenguaje propiciada. Nos parece, en todo caso, que hubiera sido una buena idea actualizar esta denominación.

4.4. Un nuevo artículo duplicado en el Estatuto de los Trabajadores

Otro aspecto destacable del RDL 32/2021 es la introducción del artículo 47bis en el TRET. Éste es el segundo número duplicado que aparece en este texto legal, tras el todavía reciente artículo 20bis, dedicado a los derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión, introducido en 2018. Parece que esta técnica, común en la legislación de seguridad social y en el Derecho sancionador del trabajo, se extiende también a la norma central de esta rama del ordenamiento. Hasta ahora se había evitado reutilizando preceptos del Estatuto para introducir nuevos contenidos, como se hizo con el artículo 16, hoy monográfico sobre el contrato fijo discontinuo, y originalmente dedicado a la colocación. A falta de espacios disponibles, se ha optado por esta solución, seguramente mejor que la alternativa de introducir la regulación del Mecanismo RED en el mismo artículo 47. Pero no deja de ser, al menos en nuestra opinión, poco recomendable. Es de esperar que la redacción de un nuevo “Estatuto de los Trabajadores para el Siglo XXI”, que está en la agenda del Gobierno, sirva para reenumerar todos los preceptos y evite estos números repetidos, que son siempre muestra de una mala técnica legislativa.

4.5. Una norma con un lenguaje preciso

Respecto de la precisión normativa del lenguaje usado en la norma, y en relación con la crítica antes indicada que se hizo respecto de normas precedentes, cabe afirmar que en este caso el texto aprobado responde bastante bien a los esquemas técnicos de las normas jurídicas, con mandatos precisos y un contenido regulador claro. No vamos a encontrar en esta norma el modelo de texto propedéutico o programático que sí se había podido identificar en otras de este período. Si quisiéramos encontrar algún ejemplo de este tipo tendríamos que irnos a la disposición adicional vigesimoquinta que se incorpora en el TRLET, que se ocupa de las acciones formativas en los expedientes de regulación temporal de empleo regulados en los artículos 47 y 47 bis. Esta disposición contiene mandatos concretos, como cuando se afirma que “*durante las reducciones de jornada de trabajo o suspensiones de contratos de trabajo a las que se refieren los artículos 47 y 47 bis, las empresas podrán desarrollar acciones formativas para cada una de las personas afectadas, que tendrán como objetivo la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras*”. Pero encontramos alguna referencia con un contenido poco preciso, en términos de vinculabilidad y de

consecuencias jurídicas: *“a través de estas acciones 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”*. Esta previsión incluye algún extremo, como la referencia a las competencias digitales, que quizás no resulte oportuna en una norma de este tipo, ya que la fijación del contenido concreto de la formación no debería quizás estar en una norma de aplicación general y perspectivas de permanencia en el tiempo. No podemos olvidar que estamos hablando del Estatuto de los Trabajadores, la norma central de nuestra legislación laboral. Puede justificarse esta referencia al hecho de que se está aplicando en España un Plan Nacional de Competencias Digitales que se fija como objetivo lograr la capacitación de la mano de obra en éstas. Aparte de esta disposición, no hemos encontrado en el texto del RDL otras que puedan recibir esta crítica, al menos desde nuestra perspectiva.

Curiosamente, donde sí vamos a encontrar un uso de un lenguaje excesivo, a nuestro juicio, es en la denominación de las nuevas figuras que se introducen en el ordenamiento. Así ocurre con el nuevo subtipo de contrato formativo, «contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios», en contraste con el otro, que sólo es «contrato para la formación en alternancia». Y también con la figura prevista en el artículo 47bis, el «Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo». No es de esperar que en el tráfico jurídico ordinario vayan a utilizarse ambas denominaciones de manera literal. Es cierto que más larga aún es la denominación de la figura recogida en el artículo 47, «Reducción de jornada o suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor», aunque en este caso este nombre incluya una pluralidad de supuestos.

En consecuencia, puede afirmarse que el RDL 322/2021 se aleja de la práctica anterior de mezclar mandatos con afirmaciones genéricas y declaraciones de intenciones en el texto articulado de la norma, lo que supone, a nuestro juicio, una mejora en la técnica de redacción de la norma. Esto era previsible, toda vez que no se trata de regulaciones que se introduzcan en el ordenamiento, sino de nuevas redacciones de mandatos preexistentes en la mayor parte de los casos, con lo que los redactores de la norma se han adaptado a lo que ya aparecía previsto en las disposiciones afectadas. Pero es que ni siquiera el precepto que se introduce en el TRLET, el artículo 47bis, utiliza esta técnica de redacción.

Esta precisión del lenguaje puede vincularse también con el origen de la norma, un acuerdo interconfederal, ya que los interlocutores sociales pueden ser menos proclives a un uso flexible del lenguaje legal. Y resulta coherente con otra característica del RDL 32/2021, ya señalada en un comentario anterior, y es que esta norma es muy estricta en cuanto a sus contenidos, ya que éstos son todos laborales y de

seguridad social, todos vinculados directamente con el acuerdo firmado el 23 de diciembre. No se ha aprovechado para introducir mandatos sobre otras materias o cuestiones, de naturaleza en muchos casos tributaria o regulatoria, como ha sido común en las últimas normas laborales de este tipo.

4.6. El artículo 47bis del Estatuto de los Trabajadores: el regreso de la flexiguridad

Volviendo al nuevo artículo 47bis haremos dos reflexiones para terminar éstas sobre el lenguaje de la norma. La primera es que en éste sí vamos a encontrar la utilización de algún concepto indeterminado que condicionará su aplicación práctica. Así, el Mecanismo RED en su modalidad cíclica se activará “*cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización, con una duración máxima de un año*”, mientras que la sectorial lo hará cuando “*se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras*”. Redacciones enormemente imprecisas, para dejar al Gobierno un amplio margen de apreciación a la hora de tomar decisiones en estas situaciones.

La segunda, a nuestro juicio de gran interés, es la denominación de la figura: Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo. Llamamos la atención sobre las expresiones utilizadas «flexibilidad» y «estabilización». Se habla de flexibilidad y de estabilidad como objetivos a alcanzar y a compaginar, en pie de igualdad. Suena mucho a una vieja conocida, la flexiguridad, aunque se ha alterado uno de sus términos, cambiándolo por otro en gran medida sinónimo («estabilidad» por «seguridad»). Es curioso que se haga este llamamiento a un concepto que ha quedado tan desvalorizado tras las experiencias reformadoras de las primeras décadas del siglo XXI.

La realidad es que esta filosofía para la legislación laboral, que en el cambio de siglo se pretendía fuera una guía para la modernización del Derecho del Trabajo (con una noción muy particular de lo que suponía, en este contexto, modernizar), en la práctica se mezcló íntimamente con los objetivos de flexibilidad absoluta y de devaluación salarial del Derecho de la crisis financiera mundial, lo que le hizo perder mucha, si no toda, su legitimidad como inspiradora de políticas públicas. Pero es lógico que se recupere en España cuando lo que se pretende, como se hace claramente con esta reforma de 2021, es potenciar los instrumentos de la flexibilidad interna frente a sus alternativas. La limitación de la flexibilidad de entrada no se ha visto acompañada de un efecto similar para la de salida, que en esta fase de la reforma no se ha modificado. Podemos decir, por ello, que nos movemos en un esquema de flexiguridad, pero de flexiguridad real, material, con una búsqueda efectiva de equilibrio entre ambos objetivos. A diferencia de cuando ocurrió en 2012, cuando lo que la reforma trajo fue una acumulación de flexibilidades, incrementando la interna, la de salida y la salarial (la de entrada no hizo falta, bastante flexible era ya). También es lógico que,

sosteniendo la sustancia, se huya de la palabra, porque en el recuerdo de todos está la famosa frase «el objetivo es la flexiseguridad» que aparecía en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Vistos el contenido y los efectos de aquella ley, nadie querría comenzar un cambio de tendencia amparándose en la misma noción.

5. LA REFORMA TRAS EL REAL DECRETO-LEY 3/2021

No es exagerado afirmar que la aprobación de la reforma de 2022 fue rocambolesca e inesperada. Sorprendió que se pudiera llegar a un acuerdo social, dadas las diferencias en las posiciones y la trascendencia de los temas a abordar. Pero sorprendió aún más que fuera en el Parlamento donde se plantearan los problemas más serios. Finalmente, el RDL se convalidó, de aquella manera, y ya es Derecho vigente.

Cuando comentamos por primera vez esta norma, y estudiamos lo que quedaba para su aprobación, pusimos de manifiesto que no nos encontrábamos ante un proceso terminado. Al margen del desarrollo reglamentario previsto en su articulado, y otro más no recogido expresamente pero igualmente inexcusable, la posición de algunos partidos en el Parlamento apuntaba a que se introducirían algunos cambios adicionales. La preferencia aplicativa del convenio de comunidad autónoma parecía cantada, como una contraprestación a cambio de un apoyo parlamentario altamente necesario. Sin embargo, ello no fue así, y las novedades legislativas se han ceñido, casi completamente, a lo pactado.

Ya se indicó que el RDL 32/2021 era un elemento en una cadena de intervenciones iniciadas un par de años antes. También es previsible que se vea continuada con otras posteriores. Mientras esto ocurre, la realidad es que su aprobación no detuvo la producción normativa en el Derecho del Trabajo español; y que esta misma norma se ha visto modificada tras su introducción por el acuerdo de los interlocutores sociales de 23 de diciembre de 2021.

5.1. Del pacto al BOE

Como suele ocurrir en los últimos años, los interlocutores sociales no firmaron un pacto, un texto acordado que después el Gobierno aplicaría mediante una norma. Lo que se acordó fue el texto de la norma misma. Así ha ocurrido con otras disposiciones recientes, como el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. La intención parece clara, tener seguridad absoluta de que lo pactado va a ser lo que finalmente se aplique. Esto resulta coherente con la actitud de las tres partes involucradas en el acuerdo respecto de una posible tramitación de la norma como proyecto de ley, abierto a cambios en el Parlamento: absolutamente contraria.

Ya se indicó que entre la firma de ésta y su publicación en el BOE pasaron un par de días, consecuencia de la acumulación de materias a publicar en los últimos días del año, Ley de Presupuestos incluida. Pues bien, parece que entre la firma y lo publicado se incluyeron algunas disposiciones no articuladas no contempladas en los textos finales de la negociación.

En efecto, y como ya se ha señaló, en el acuerdo firmado por los interlocutores sociales el 22 de diciembre sólo aparecían cinco artículos, cuatro disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y una disposición final. En el texto publicado se ha incrementado el número de disposiciones no articuladas: aunque siguen siendo cinco artículos, nos vamos a encontrar en el BOE una disposición derogatoria, siete disposiciones adicionales, nueve transitorias y ocho disposiciones finales.

5.2. La corrección de errores

El Boletín Oficial del Estado del 19 de enero de 2022 publicó la esperada corrección de errores del RDL 32/2021, una vez “advertidos” éstos, por lo que se hacen “las oportunas rectificaciones”. Son éstas catorce, lo que no es mucho para un texto de esta extensión y complejidad.

Entre estas encontramos varios tipos de correcciones. En algunos casos se trata de remisiones intranormativas. Gran parte de las modificaciones se deben a un error en la numeración de una disposición adicional del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS), a la que se refieren como trigésimo novena cuando en realidad es la cuadragésima cuarta. Hay tres rectificaciones de este tipo respecto del texto de la Exposición de Motivos del RDL. Y una en las reformas del TRLGSS se hacían referencias a una disposición adicional trigésimo novena del TRLGSS, sobre beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los ERTE y al Mecanismo RED, que en realidad debía ser una disposición adicional cuadragésima cuarta. También se detecta y corrige este mismo error en el apartado 7 de la nueva redacción del artículo 47 TRLET.

Esto puede deberse al cambio en el apartado de disposiciones no articuladas desde el acuerdo hasta el texto publicado, en el que se cambió la numeración de algunas. Es posible que la Exposición de Motivos y los textos afectados se redactaran con un texto previo, que no fue el finalmente aprobado, lo que explicaría que hubiera que cambiar estas referencias intranormativas.

Hay otras correcciones en la numeración de los preceptos del RDL 32/2021. Así, la referencia a que se introduce una nueva disposición adicional cuadragésima sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social era errónea, porque la que se introducía en realidad era una disposición adicional cuadragésima quinta.

Se corrigen también dos enumeraciones de apartados en otros artículos, sin cambios materiales.

Es posible que la corrección de más calado sea la que se produce en el apartado 2 de la nueva redacción del artículo 15 TRLET, concretamente en su párrafo primero 1º. Se trata de una cuestión enormemente sensible como lo es la definición de las causas que permiten la contratación temporal por circunstancias de la producción. El cambio es tenue, y resulta difícil de percibir y de interpretar. En el texto publicado se dice lo que sigue: *“A efectos de lo previsto en este artículo, se entenderá por circunstancias de la producción el incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no responda a los supuestos incluidos en el artículo 16.1”*.

La nueva redacción, que se pretende definitiva, es la siguiente: *“A efectos de lo previsto en este artículo, se entenderá por circunstancias de la producción 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, siempre que no respondan a los supuestos incluidos en el artículo 16.1”*.

El cambio se produce no en las palabras utilizadas, sino en su puntuación. Se produce una alteración en un concreto signo de puntuación, concretamente una coma, de tal modo que en la norma publicada se decía *“las oscilaciones que, aun tratándose”*, y en la vigente, tras la rectificación, dice *“las oscilaciones, que aun tratándose”*. Una modificación que ha sido objeto de todo tipo de interpretaciones, mereciendo valoraciones también varias; desde las que consideran que materialmente la definición no se altera, hasta quiénes entienden que se produce una alteración sustancial del ámbito de este contrato.

También se resuelve un problema de redacción en el artículo 47 TRLET, en cuyo apartado 2 se introduce un punto y coma (en lugar de una coma) para separar la enumeración de las distintas causas ETOP que permite utilizar un ERTE.

Cambia la definición de la situación legal de desempleo recogida en el apartado 1 del artículo 267 del texto refundido de TRLGSS que se había introducido por el RDL 32/2021. Esta norma introdujo la siguiente redacción: *“por expiración del tiempo convenido en el contrato de trabajo de duración determinada por circunstancias de la producción, formativo o por sustitución de persona trabajadora, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador”*. Ahora se sustituye por ésta: *“por expiración del tiempo convenido en el contrato formativo o en el contrato de trabajo de duración determinada, por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador”*. Sólo se cambia el orden en el que se enumeran las distintas modalidades contractuales.

Una corrección de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social es cuanto menos llamativa. Se modifica la redacción dada a la letra b), párrafo primero,

del artículo 18.2, para sustituir la referencia a el “*apartado 2 del artículo 6 de la Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal*”, por otra al “*artículo 6.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal*”. Sólo se cambia la forma de presentar el apartado y se completa la denominación de la norma. La misma corrección se hace en el apartado 19.2 del mismo texto legal.

Se introduce, finalmente, otra corrección de difícil interpretación, que afecta al artículo 16 TRLET. El texto a cambiar dice “*previstos en el artículo 10.3 la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal*”; y se dispone que debe decir “*previstos en el artículo 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal*”. Salvo error u omisión, los dos textos son idénticos.

5.3. La convalidación del RDL 32/2021

El Boletín Oficial del Estado de 8 de febrero de 2022, núm. 33, publicó la Resolución del Congreso de los Diputados de 3 de febrero de 2022, que ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

Este acuerdo, adoptado por el Congreso de los Diputados el 3 de febrero de una manera ciertamente singular, convalida tanto el RDL 32/2021 como la corrección de errores publicada en el BOE de 19 de enero de 2022.

5.4. El RDL 1/2022

El 18 de enero se publica el Real Decreto-ley 1/2022, 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. Éste es la primera norma de esta naturaleza del año, y su objeto era, como se observa por su denominación, bastante concreto. Pero de una manera bastante inesperada se produce con esta norma una primera reforma del RDL 32/2021, menos de un mes tras su aprobación. Es cierto que se trata de sólo dos cambios, ambos con un contenido normativo reducido; lo llamativo de una modificación tan inmediata resulta, con todo llamativa.

Son dos, como se ha dicho, las reformas. La primera afecta a la disposición adicional cuarta del RDL 32/2021, que como es sabido lleva por título “*Régimen aplicable al personal laboral del sector público*”.

En esta disposición se fijan reglas para la contratación de este personal en el sector público, de acuerdo con las nuevas modalidades contractuales. Se dice en este sentido que “*los contratos por tiempo indefinido y los fijos-discontinuos podrán celebrarse cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tenga encomendados, previa expresa acreditación*”. Esta referencia, cuya interpretación resulta compleja en la medida en que parece restringir la contratación indefinida en contra de la regla general, continua vigente sin cambios. De la misma manera, no se altera el tercer inciso de esta disposición, en la que se prevé la posibilidad de celebrar contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva; esta habilitación, que parece excluir la contratación por interinidad para los procesos de promoción como sí se admite para los empleadores privados, se completa con la referencia a que ésta debe realizarse de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Esta última, por cierto, se refiere a una situación diferente, la de los trabajadores públicos temporales que se consolidan mediante su conversión en fijos.

La modificación se produce en el segundo inciso: éste decía originalmente lo siguiente: “*si para la cobertura de estas plazas se precisara de una tasa de reposición específica, será necesaria la autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública*”. Ahora se afirma que “*sin perjuicio de la tasa de reposición establecida en la ley de presupuestos generales del Estado vigente para cada ejercicio, si para la cobertura de estas plazas se precisara de una tasa de reposición específica, será necesaria la autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública*”. La novedad es que somete la posibilidad de contratar de manera indefinida no sólo a una autorización, sino al respeto a la tasa de reposición establecida en la LPGE vigente en el momento de plantearse la contratación.

La Exposición de Motivos del RDL 1/2022, justifica esta modificación indicando que se hace “*con el fin de precisar su redacción y, en particular, añadir una salvaguarda expresa de la tasa de reposición de efectivos fijada en la ley de Presupuestos Generales del Estado vigente para cada ejercicio*”.

La segunda modificación afecta a la letra d) del apartado nueve del artículo primero del RDL 32/2021, por el que se da nueva redacción al apartado 2 del artículo 84 del TRLET. Esta letra d) incluía entre las materias en las que los convenios colectivos de empresa disfrutaban de una prioridad aplicativa “*la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios colectivos*”. Ahora queda redactada como sigue: “*la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa*”.

En la Exposición de Motivos del RDL 1/2022 se justifica esta nueva redacción señalando que es “*una corrección, en aras de garantizar la debida seguridad jurídica y evitar cualquier duda interpretativa en su aplicación*”. La realidad es otra: lo que quiere

limitar es el alcance de la prioridad del convenio de empresa en materia de modalidades contractuales, de tal modo que sólo puedan afectar a aquellos aspectos específicamente atribuidos a los acuerdos de este nivel; mientras que la redacción original les permitía alterar lo acordado en convenios de cualquier nivel, incluyendo a los sectoriales. Esto suponía una verdadera prioridad del nivel de empresa en esta materia concreta, que es lo que se ha querido eliminar. Este cambio es coherente con el conjunto de la reforma laboral de 2021, uno de cuyos objetivos, justificado como “modernización de la negociación colectiva”, era garantizar la preferencia del convenio sectorial frente al empresarial. Sólo que en lugar de hacerlo mediante una prioridad aplicativa, como se hizo en 2012, se ha acudido a la técnica tradicional en nuestro Derecho, la de la reserva de materias a niveles concretos de negociación. El resultado no deja de ser algo tautológico, ya que se viene a decir, con otras palabras, que el convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa en aquellas materias expresamente atribuidas al convenio de empresa. Nada puede obviarse a este razonamiento, es cierto, aunque parece aportar poco en términos de contenido normativo. Seguramente se habría conseguido el mismo efecto derogando esta letra, aunque luego hubiera habido que cambiar la numeración de las distintas letras.

Cabría plantearse si resulta aceptable, en términos de técnica legislativa, que se modifique una norma que a su vez modifique el TRLET, en lugar de proceder a modificar directamente este último, cuyo texto era ya el que se reformó mediante el RDL 1/2022.

La explicación la encontramos en la disposición transitoria sexta del RDL 32/2021. En ésta se dispone que la modificación operada en el apartado 2 del artículo 84.1 TRLET resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor sólo cuando éstos pierdan su vigencia expresa, con un límite máximo de un año desde la entrada en vigor del mismo RDL. Esto es, que el cambio producido en el alcance de la prioridad aplicativa del convenio de empresa todavía no se está aplicando a los convenios de este nivel previos a diciembre de 2021. Si se hubiera modificado directamente el texto del artículo 84.1.2.d) TRLET, este cambio hubiera sido aplicable inmediatamente, ya que estas modificaciones del RDL 32/2021 entraron en vigor al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición final cuarta del RDL 1/2022.

5.5. El RDL 2/2022

La aprobación del RDL 32/2021, se ha dicho ya repetidas veces, no supone el final de un proceso reformador, sino tan sólo, quizás, su momento culminante. Con posterioridad se ha producido otra intervención del legislador gubernamental que continúa con la línea de cambios, algunos de los cuales se relacionan directamente con las medidas introducidas por esta relevante norma.

Quedaron muchos asuntos pendientes, especialmente porque se pasó por encima de los problemas de los ERTES COVID. Para afrontar algunos de éstos el 22 de febrero se aprueba el RDL 2/2022, por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

Este RDL es uno más de una serie de normas que afronta la cuestión de las últimas fases de las medidas excepcionales introducidas para resolver las consecuencias laborales de la alarma COVID. En el RDL 32/2021 sólo se hacía una referencia a este asunto. En la disposición adicional tercera se establecía que la tramitación y efectos de los ERTES por impedimento o por limitaciones a la actividad normalizada vinculadas a la COVID-19, de los previstos en el artículo 2 del RDL 18/2021, seguirían rigiéndose por lo dispuesto en dicho precepto hasta el día 28 de febrero de 2022, fijando esta fecha como el límite máximo, uno más, para las medidas extraordinarias introducidas al principio de la pandemia.

Pues bien, la disposición adicional primera, en la que se ordena la transición de los ERTES COVID a los nuevos mecanismos de protección previstos en los artículos 47 y 47 bis TRLET. Se dispone que los que sigan vigentes en el momento de entrar en vigor el RDL 2/2022 se prorrogarán automáticamente hasta el 31 de marzo de 2022, manteniendo la aplicación las medidas previstas en el RDL 18/2021, salvo los beneficios en materia de cotización, que tendrán una cuantía distinta de acuerdo lo previsto en la disposición adicional segunda. Las medidas de protección por desempleo previstas en el RDL 18/2021 también se prorrogarán hasta el día 31 de marzo de 2022, que es, por el momento, la fecha para la finalización del Derecho de la emergencia COVID.

De la misma manera se prorroga de la vigencia del Plan MECUIDA hasta el 30 de junio de 2022, como también lo hacen las prestaciones y subsidios previstos del Real Decreto-ley 32/2020: subsidio especial por desempleo y acceso extraordinario a la prestación por desempleo de artistas en espectáculos públicos, subsidio por desempleo excepcional para personal técnico y auxiliar del sector de la cultura, acceso extraordinario a la prestación por desempleo de profesionales taurinos.

Para completar las previsiones del RDL 32/2021 sobre los ERTES por fuerza mayor la disposición final primera del RDL 2/2022 introduce una modificación de la legislación de seguridad social para establecer un régimen especial de protección social para el colectivo de personas afectados por estos ERTES.

Este tratamiento se contiene en una nueva disposición adicional cuadragésima sexta que se introduce en el TRLGSS, y se caracteriza por las siguientes notas:

- La cuantía de la prestación se determinará aplicando a la base reguladora el porcentaje del 70 por ciento, durante toda la vigencia de la medida. No

obstante, serán de aplicación las cuantías máximas y mínimas previstas en el artículo 270.3.

- El acceso a esta prestación no implicará el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto.
- Las personas afectadas tendrán derecho al reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo, aunque carezcan del período de ocupación cotizada mínimo necesario para ello.

Aparte de estas dos medidas directamente relacionadas con el RDL 32/2021, el RDL 2/2022 introduce otras muchas. Así, se establece una exención de la obligación de cotizar a favor de los trabajadores autónomos que hayan percibido alguna modalidad de prestación por cese de actividad al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, fijándose una tabla con estas exenciones que más bien recogen un regreso progresivo al pago de las cotizaciones. Se contempla igualmente una prestación extraordinaria por cese de actividad para los trabajadores autónomos afectados por una suspensión temporal de toda la actividad como consecuencia de una resolución de la autoridad competente por el COVID-19, cuya cuantía será del 70 por 100 de la base mínima de cotización que corresponda por la actividad desarrollada como regla general.

También se introducen medidas contra los efectos del volcán de La Palma: en la disposición adicional cuarta se declara la situación de fuerza mayor temporal a efectos de ERTE para empresas y personas trabajadoras afectadas por la erupción volcánica de Cumbre Vieja. Y en la quinta se establecen otras medidas para las empresas y autónomos en idéntica situación.

Junto a las medidas relacionadas por el COVID y el volcán encontramos otras medidas de distinto contenido y alcance, que tampoco afectan al contenido de las medidas del RDL 32/2021.

5.6. El salario mínimo para 2022

La disposición adicional séptima del RDL 32/2021 había decretado la prórroga de la vigencia del salario mínimo interprofesional para 2021, establecido en el RD Decreto 817/2021. Era un contenido ajeno a los temas planteados por los interlocutores sociales, aunque se llegó a un acuerdo entre éstos para esta prórroga, con una marcada provisionalidad.

Tras la firma del RDL el diálogo social continuó sobre esta materia, esta vez sin éxito, lo que llevó al Gobierno a acordar con los sindicatos más representativos la cuantía de este salario de referencia.

El mismo día 22 de febrero se aprobó el Real Decreto 152/2022, que fija el salario mínimo interprofesional para 2022. Éste se fija en para cualesquiera actividades

en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, queda fijado en 33,33 euros/día o 1.000 euros/mes, según el salario esté fijado por días o por meses. Estas cuantías representan un incremento del 3,63 por ciento respecto de las previstas para el SMI para el año 2021, según se indica en la Exposición de Motivos del Real Decreto.

A esta cuantía se adicionarán los complementos salariales, según lo establecido en los convenios colectivos y contratos de trabajo, así como el importe correspondiente al incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción.

Se prevén reglas específicas de absorción y compensación, así como otras para trabajadores eventuales, temporeros y temporeras, y empleados de hogar.

Esta nueva cuantía no afectará a las referencias contenidas en determinadas normas no estatales y relaciones privadas al SMI, que a estos efectos seguirá siendo el de 2021. En el caso de contratos y pactos privados vigentes sí se podrá producir este efecto si las partes acuerden la aplicación de las nuevas cuantías. Sí deberán modificarse los salarios establecidos en contratos o pactos de naturaleza privada inferiores que resulten inferiores al nuevo SMI en su conjunto y en cómputo anual, en la cuantía necesaria para asegurar la percepción de dichas cuantías, aplicando las reglas sobre compensación y absorción.

5.7. El RDL 3/2022

El 1 de marzo la producción normativa gubernamental dio lugar a otro resultado, una nueva norma de emergencia con un contenido parcialmente laboral, y con cuya aprobación se aprovechó para continuar con la tarea de completar la ordenación de las figuras afectadas por el RDL 32/2021, en este caso en aspectos vinculados a la protección social.

Su denominación expresa su contenido: Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras. Un objeto bien determinado, que como se ha dicho es en parte laboral, al contener disposiciones relativas a los trabajadores del sector del transporte por carretera.

En las disposiciones de la parte final se incorporan algunas medidas que el gobierno califica como “adicionales o complementarias” a las del articulado del RDL. Algunas de estas medidas afectan a las materias reguladas por el RDL 32/2021, por lo que deben ser traídas a colación en esta sede. Estas previsiones afectan a dos

cuestiones, los trabajadores fijos discontinuos, por una parte; y los programas de empleo y de colaboración social, por otro.

Comenzando por el trabajo fijo discontinuo, uno de los elementos nucleares de la reforma de 2021 y sin duda la gran apuesta de ésta, como alternativa a los contratos temporales, el RDL 3/2022 introduce una disposición final sexta, que incluye una nueva modificación del TRLGSS. Se cambia, en particular, la redacción de los artículos 277 y 280, aplicables a este colectivo.

La primera modificación se produce respecto del artículo 277 TRLGSS, que como es sabido establece la duración del subsidio por desempleo en el nivel asistencial de la protección de esta contingencia por el sistema público de seguridad social. Se elimina su apartado 4, que contenía un régimen especial para el colectivo de fijos discontinuos en el acceso a este subsidio, con dos reglas: la duración del subsidio en el caso de trabajadores fijos discontinuos era equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud; y no resultaba de aplicación a estos trabajadores, mientras mantuvieran dicha condición, el subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y cinco años previsto del artículo 274.4 TRLGSS.

Ambas reglas desaparecen ahora del ordenamiento jurídico, y para evitar la existencia de un apartado sin contenido en este precepto se dispone que el antiguo apartado 5 pase a ser el 4.

La segunda medida, que aparece en el apartado segundo de esta disposición final sexta, da una nueva redacción al artículo 280 TRLGSS. El cambio que supone esta nueva redacción (al margen de algunos puntuales en el apartado 1, es la eliminación de los apartados 2 y 3, que contenían la regulación propia de la cotización durante la percepción del subsidio para los trabajadores fijos discontinuos, correspondiendo ésta a la entidad gestora durante un período de sesenta días, a partir de la fecha en que nazca el derecho al subsidio, si el beneficiario era menor de cincuenta y cinco años y había acreditado, a efectos del reconocimiento del subsidio, un período de ocupación cotizada de ciento ochenta o más días; o durante toda la percepción del subsidio si había cumplido la edad de cincuenta y cinco años. Se tomaba como base de cotización a efectos de determinar la cotización el tope mínimo de cotización vigente en cada momento.

La consecuencia de ambas eliminaciones es la normalización del tratamiento de estos trabajadores respecto del subsidio por desempleo, al desaparecer las especialidades que el TRLGSS preveía a este respecto.

La desaparición de estos apartados obliga a incluir en el 1º la referencia a la cuantía de la base de cotización, que se fija en el 125 por ciento del tope mínimo de cotización vigente en cada momento (hasta ahora era el tope mínimo de cotización vigente en cada momento). También se amplían los efectos de esta cotización, que antes se limitaban al cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquella, y ahora se extiende a cualquiera de las modalidades de

jubilación, así como para completar el tiempo necesario para el acceso a la jubilación anticipada.

En el apartado 2º de este nuevo artículo 280 TRLGSS se prevé que el Gobierno pueda extender a otros colectivos de trabajadores lo dispuesto en el apartado 1. Lo que resulta significativo, porque en la redacción anterior lo que se permitía era aplicar a otros colectivos el régimen especial de cotización de los fijos discontinuos; desaparecido éste, se habilita al Gobierno a proceder a esta extensión respecto de la regulación general, esto es, para todas las personas que perciban el subsidio por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y cinco años.

La justificación de esta medida la encontramos en la Exposición de Motivos del RDL 3/2022: se introduce una modificación necesaria en el TRLGSS, se dice, “*en relación con la protección de nivel asistencial por desempleo de las personas trabajadoras fijas discontinuas, con el fin de garantizar el acceso de este colectivo a los subsidios por desempleo en las mismas condiciones y con los mismos derechos que se aplican al resto de personas trabajadoras por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social protegidas por la contingencia de desempleo*”. También se nos explican los motivos que han llevado a su introducción mediante una norma de urgencia, que son dos:

- Por un lado, porque “*resulta imprescindible para el cumplimiento efectivo de los objetivos esenciales pretendidos con la reciente reforma abordada a través del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, en el sentido de evitar situaciones que puedan desincentivar la puesta en marcha de las medidas que la norma incorpora para la regulación del mercado de trabajo y que pueda desplegar plenamente sus efectos, como la reducción al máximo de la tasa de temporalidad*”.
- Por otro, evitar “*el desequilibrio existente y una diferencia de trato— ahora injustificada— en la protección por desempleo de las personas trabajadoras a las que les es de aplicación el contrato fijo-discontinuo respecto de los trabajadores temporales*”.

Estos motivos exigen que “*se resuelva y entre en vigor con carácter inmediato*” esta medida

En la disposición transitoria cuarta encontramos un régimen transitorio aplicable a la reforma de los artículos 277 y 280 TRLGSS, que establece las siguientes reglas:

- La derogación del apartado 4 del artículo 277 TRLGSS se aplicará a los subsidios cuyo hecho causante tenga lugar a partir de la entrada en vigor de esta norma.
- Sin perjuicio de lo anterior, los preceptos derogados del TRLGSS mantendrán su aplicación para los subsidios de los trabajadores fijos discontinuos cuyo hecho causante haya tenido lugar antes de la entrada en vigor del RDL.
- A estos efectos se considerará como fecha del hecho causante del subsidio aquella en que se cumpla el plazo de espera de un mes o se produzca la situación legal de desempleo.

El segundo conjunto de novedades del RDL 3/2022 que resultan de interés para este estudio se refieren a programas de políticas activas de empleo y de colaboración social.

Respecto de los primeros, la disposición transitoria segunda establece que durante el año 2022, los contratos temporales vinculados a programas de políticas activas de empleo que respondan a bases reguladoras, convocatorias o instrumentos jurídicos del correspondiente programa, aprobados antes de 31 de diciembre de 2021, podrán concertarse con el plazo previsto en las bases reguladoras, convocatorias o instrumentos jurídicos correspondientes. Esto es, se establece una nueva excepción a la aplicación de las nuevas reglas sobre contratación temporal, esta vez respecto del plazo, y sólo para los vinculados a estos programas.

Para los programas de colaboración social pendientes de ejecución la disposición transitoria tercera, cuyas convocatorias (previstas en el artículo 272.2 TRLGSS) estén incluidas en el Plan Anual de Política de Empleo para 2021 pero estén pendientes de ejecución, se dispone en la disposición transitoria tercera que las contrataciones se seguirán realizando en el modelo establecido al efecto (modelo de código 904). Se establece también que las Administraciones Públicas completarán la prestación o subsidio hasta el importe total de la base reguladora utilizada para el cálculo de la prestación contributiva que hubiese agotado antes de percibir el subsidio. En todo caso, se garantizará el 100 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento. Se prevé también que dichas administraciones públicas ingresen en la Tesorería General de la Seguridad Social las cuotas correspondientes por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

La justificación de estas dos disposiciones transitorias es que permiten garantizar la continuidad, el cumplimiento y la íntegra ejecución de los programas de activación para el empleo y de los programas de colaboración social, ya aprobados o en fase de ejecución, dirigidos a la mejora de la empleabilidad, especialmente de colectivos vulnerables, porque de no hacerse así estos programas “se verían comprometidos”.

6. LA AGENDA REFORMADORA PARA 2022

La idea de que el RDL 32/2021 es una pieza de un proceso mucho más amplio de transformación de nuestro Derecho de Trabajo se comprueba no sólo por la sucesión de disposiciones promulgadas previamente a su adopción, sino también, y especialmente, por el número de aquellas otras cuya elaboración está prevista en estos momentos. Puede afirmarse con cierta seguridad que 2022 va a ser un año especialmente activo para la legislación laboral española, incluso cuando los cambios de mayor calado que se pretendían ya se han producido.

Como se ha indicado *supra*, en el RDL 32/2021 se contiene también un verdadero programa regulatorio, al aparecer en su articulado numerosas referencias a

normas reglamentarias que deberán ser aprobadas para hacer posible una aplicación adecuada de las innovaciones legislativas. Son numerosas las remisiones en materia de contratación, especialmente en la regulación del contrato formativo, para el que habrá que elaborar un nuevo reglamento. De hecho, en la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 se prevé la derogación del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual; y su sustitución por una norma actualizada. Está previsto igualmente un desarrollo reglamentario del procedimiento para aplicar las reducciones temporales de jornada de trabajo o la suspensión temporal de los contratos de trabajo; y otro para el Mecanismo RED.

Una norma de gran importancia a aprobar es el Estatuto del Becario, cuya elaboración se prevé en la disposición adicional segunda del RDL 32/2021. En ésta, como se vio en su momento, se habilita al Ministerio de Trabajo y Economía Social para que en el plazo de seis meses convoque a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, para desarrollar esta norma mediante diálogo social. La importancia de esta norma en relación con el RDL de 2021 es que coincide con uno de sus objetivos principales, la lucha contra la precarización del mercado de trabajo español. Aunque esta figura está teóricamente excluida del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, por su finalidad formativa y por la ausencia de un intercambio de trabajo por retribución, la realidad demuestra lo extendida que está su utilización fraudulenta, como mecanismo para ocultar verdaderas laborales en las primeras fases de integración en la empresa y en el mercado de trabajo. En 2021 se ha adoptado un enfoque holístico frente al exceso de temporalidad, combinando cambios en la regulación de los propios contratos con otras medidas en materia de Inspección de Trabajo y de Derecho sancionador, buscando evitar vías de escape para estas prácticas. En este marco una regulación adecuada de la figura de la beca resulta del todo imprescindible.

Como ya se indicó *supra*, el Informe de Ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia presentado por el Gobierno en diciembre de 2021 identifica varios proyectos normativos en curso:

- Anteproyecto de la Ley de Empleo
- Proyecto de reforma de la Ley por la que se regula el Sistema de Formación Profesional en el trabajo
- Proyecto de Modernización del Programa de Fomento del Empleo Agrario,
- Proyecto de simplificación del Sistema Asistencial de protección por desempleo Proyecto de reforma de incentivos a la contratación

La Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 incluye, dentro de su Objetivo Estratégico 4 (Mejora de las capacidades de los servicios públicos de empleo), un Objetivo Específico 3 (Planificar, actualizar y asegurar el acceso a la

Formación Profesional para el Empleo, para fortalecer su prestación personalizada en base a las demandas del sistema productivo) para cuya implementación se prevé adoptar “las previas modificaciones normativas y presupuestarias”. Se anuncian, en concreto, reformas de las siguientes disposiciones:

- Texto refundido de la Ley de Empleo;
- Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral;
- Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre;
- Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual;

Desde un punto de vista sectorial es conveniente señalar que se está tramitando un Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (se ha manejado la versión publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 25 de febrero de 2022). Varias de las modificaciones que se prevén tienen un claro contenido laboral, ya que afectan a las modalidades especiales de contratación previstas en su articulado para el personal investigador y de apoyo a la investigación.

Esta reforma en curso resulta plenamente coherente con la operada por el RDL 32/2021, en la medida en que se orientan a la lucha contra la precariedad laboral en un sector, el de la investigación, en el que ésta está muy presente. Los objetivos de la norma, manifestados en su exposición de motivos, así lo expresan: “*esta Ley se enfoca en resolver las carencias detectadas en el Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (...) en primer lugar, poniendo el acento en las carencias relativas a la carrera y desarrollo profesional del personal investigador*”.

Debemos recordar que este RDL operó ya una primera modificación de la ley 14/2011, al derogar las referencias a la contratación por obra o servicio determinado vinculado a proyectos de investigación. Ahora se continúa con esta línea, reordenando las modalidades contractuales propias de este sector. De esta manera, a grandes rasgos se mantienen las tradicionales: contratos predoctorales, contratos de accesos al sistema de personal investigador doctor y contratos de investigador distinguido. Para éstos se establece un régimen indemnizatorio por finalización de la relación laboral.

Pero, como novedad, se incluye un nuevo tipo de contrato indefinido para el desarrollo de actividades científico-técnicas para el personal de investigación. La contratación de este personal, hasta ahora articulada como obra o servicio determinado, deberá hacerse por medio de una vinculación de carácter indefinido. De esta manera, la supresión de los contratos de obra de personal técnico laboral para la realización

de proyectos específicos de investigación científica y técnica operada por el RDL 32/2021 se consolida.

El artículo 23bis regularía esta nueva modalidad contractual, en los siguientes términos:

Artículo 23 bis. Contrato de actividades científico-técnicas.

1. *El objeto de los contratos de actividades científico-técnicas será la realización de actividades vinculadas a líneas de investigación o de servicios científico-técnicos, incluyendo la gestión científico-técnica de estas líneas que se definen como un conjunto de conocimientos, inquietudes, productos y proyectos, construidos de manera sistemática alrededor de un eje temático en el que confluyan actividades realizadas por uno o más grupos de investigación y requerirá su desarrollo siguiendo las pautas metodológicas adecuadas en forma de proyectos de I+D+I.*
2. *Los contratos de actividades científico-técnicas, de duración indefinida, no formarán parte de la Oferta de Empleo Público ni de los instrumentos similares de gestión de las necesidades de personal a que se refiere el artículo 70 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, ni su convocatoria estará limitada por la masa salarial del personal laboral.*

Para su celebración se exigirán los siguientes requisitos:

- a. *El contrato se podrá celebrar con personal con título de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto, Diplomado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico, Grado, Máster Universitario, Técnico/a Superior o Técnico/a, o con personal investigador con título de Doctor o Doctora.*
 - b. *Los procedimientos de selección del personal laboral previsto en este artículo se regirán en todo caso a través de convocatorias públicas en las que se garanticen los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y concurrencia.*
3. En todo caso, cuando los contratos estén vinculados a financiación externa o financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad, no requerirán del trámite de autorización previa.
 4. En lo no previsto en este artículo, con especial referencia a sus derechos y obligaciones, serán de aplicación el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, correspondiendo al personal contratado la indemnización que resulte procedente tras la finalización de la relación laboral.

El objetivo de la introducción de este contrato indefinido para el desarrollo de actividades científico-técnicas es “*la retención, atracción y retorno del talento y en el*

marco del nuevo diseño de carrera científica". Esta figura puede resultar útil a los empleadores de este sector en la medida en que quedan exentos de la obligación de autorización previa en los términos exigidos por la normativa presupuestaria si existe una financiación específica que soporta las contrataciones laborales. Además, el coste económico de estos contratos no computa a efectos de incremento de masa salarial, pudiéndose sortear así las limitaciones impuestas por dichas normas presupuestarias. Puede contribuir a paliar los efectos de la desaparición del contrato de obra o servicio, el instrumento que tradicionalmente vehiculaba el empleo de investigadores para proyectos. De hecho, en las comunicaciones realizadas desde diversos ministerios a los rectores de las Universidades españolas para responder a las inquietudes planteadas por la comunidad universitaria respecto del impacto de la reforma se ha hecho referencia a esta figura, como una solución para las carencias detectadas por la eliminación de las modalidades tradicionales.

Junto a estas medidas es necesario reseñar, finalmente, las dos grandes leyes que se prevén para los próximos meses, con un lugar central en nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, se está elaborando un Proyecto de Ley Orgánica de Ordenación e Integración de la Formación Profesional que implicará sin duda importantes cambios en la materia. Y por otro sigue pendiente la elaboración del llamado "Estatuto de los Trabajadores para el Siglo XXI", un proyecto anunciado hace ya varios años, y que parece haber dejado de ser una prioridad. Al menos, como se pretendía originalmente, un nuevo texto completo y actualizado de la norma central de nuestra legislación laboral. Por el momento, el RDL 32/2021 ha sido presentado como una "*modernización del Estatuto de los Trabajadores que plasme las bases de un nuevo contrato social que permita hacer compatible la estabilidad en el empleo con las necesidades de una economía en plena evolución marcada por las transiciones ecológica y digital*". Que ya es algo importante.

LA ÚLTIMA REFORMA DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS:
UN NUEVO INTENTO PARA POTENCIAR SU UTILIZACIÓN
Y MEJORAR LA FORMACIÓN DE LOS JÓVENES

THE LATEST REFORM OF TRAINING CONTRACTS: A NEW ATTEMPT
TO PROMOTE THEIR USE AND IMPROVE THE TRAINING
OF YOUNG PEOPLE

Jesús R. Mercader Uguina
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid
Orcid: 0000-0001-6301-6788
Amanda Moreno Solana
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid
Orcid: 0000-0003-2734-6135

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto hacer un primer acercamiento a la regulación actual del contrato formativo, analizando sus dos modalidades: el contrato de formación en alternancia y el contrato para la obtención de la práctica profesional. El trabajo parte de la premisa de la formación como elemento nuclear de estos contratos, observando cómo las reformas han ido encaminadas a una puesta en valor de tal elemento. También se hace alusión a los problemas que podría seguir planteando esta regulación si no va acompañada de otras reformas normativas que regulan las mismas o parecidas situaciones a través de becas o prácticas que se encuentran fuera del ámbito laboral.

PALABRAS CLAVE: contrato formativo, contrato para la formación en alternancia, contrato para la obtención de la práctica profesional, becas, prácticas.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado - Monográfico (2022) 63-88
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.mon.2022.02>

ABSTRACT: The purpose of this paper is to make a first approach to the current regulation of the training contract, analyzing its two modalities: the alternating training contract and the contract for obtaining professional practice. The work is based on the premise of training as a nuclear element of these contracts, observing how the reforms have been aimed at enhancing the value of such an element. Reference is also made to the problems that this regulation could continue to pose if it is not accompanied by other regulatory reforms that regulate the same or similar situations through scholarships or internships that are outside the workplace.

KEY WORDS: training contract, alternating training contract, contract to obtain professional practice, scholarships, internships.

SUMARIO: 1. UNA REFORMA QUE MIRA AL FUTURO. 2. LA FORMACIÓN COMO ELEMENTO CENTRAL DEL CONTRATO FORMATIVO. 2.1. La formación en el contrato de formación en alternancia. 2.2. La formación en el contrato de formación para la obtención de la práctica profesional. 3. EL CONTRATO DE FORMACIÓN EN ALTERNANCIA: CUESTIONES LABORALES. 3.1. Objeto, unidad de contrato y destinatarios. 3.2. Duración del contrato, periodo de prueba, tiempo de trabajo y retribución. 4. EL CONTRATO DE FORMACIÓN PARA LA OBTENCIÓN DE LA PRÁCTICA PROFESIONAL: CUESTIONES LABORALES. 4.1. Objeto, destinatarios y límites temporales. 4.2. Duración del contrato, periodo de prueba y retribución. 5. ELEMENTOS COMUNES A AMBAS MODALIDADES FORMATIVAS Y REMISIONES REGLAMENTARIAS. 6. LAS PREVISIONES DE FUTURO: EL ESTATUTO DEL BECARIO Y LA FUTURA LEY ORGÁNICA DE ORDENACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL. 7. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. UNA REFORMA QUE MIRA AL FUTURO

El documento Desafío 7, España 2050. *Propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, define un preocupante escenario¹. En él se dice que: “En las últimas cuatro décadas, España ha incrementado enormemente su proporción de habitantes con un título terciario (universidad o FP superior) hasta converger con los países de la UE-8. Sin embargo, sigue teniendo una proporción de personas sin formación “profesionalizante” (ESO o inferior) excesivamente elevada (el 48% de nuestra población activa), algo que está condicionando la productividad, el empleo, y el bienestar de todo el país”. Y, añade “en el futuro, a medida que la economía del conocimiento avance, la tecnología vaya transformando nuestro tejido productivo, la población activa disminuya, y la competencia global aumente, las carencias mencionadas se volverán más

1. https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf

onerosas para el país, y el hecho de contar con una fuerza trabajadora bien formada y actualizada cobrará aun mayor trascendencia”. La digitalización de la economía y el desarrollo de la robotización del trabajo obligan a utilizar la formación como instrumento para enfrentarnos de manera inmediata a estos trascendentales cambios. La cualificación profesional resulta, en este escenario, un factor fundamental.

Que la formación es un elemento indispensable para encontrar un empleo, o para mantenerlo, es un hecho por todos conocido, que no pasa desapercibido por nuestros legisladores, ni europeo², ni nacional³. Como tampoco lo hace que la tasa de desempleo juvenil es uno de los problemas socio-laborales más enquistados en nuestro país, con la segunda más elevada de los países de la UE, el 29,2 %, solo por debajo de la de Grecia⁴.

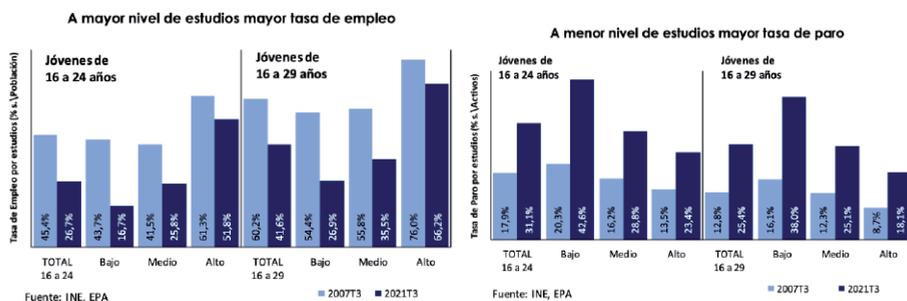
La importancia de la formación tiene un evidente reflejo en las tasas de empleo y en las tasas de paro de los jóvenes. Esto lo podemos observar de manera clarificadora en el Informe “Jóvenes y Mercado de Trabajo” de diciembre de 2021, donde se observa que el nivel de estudios alcanzado es determinante en la situación de la población en el mercado de trabajo (ver figuras 1 y 2). A mayor nivel de estudios, la situación dentro del mercado de trabajo es más favorable y viceversa, siendo esta característica más marcada entre los jóvenes que entre los adultos. En este sentido, los

2. En noviembre de 2017, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron el Pilar Europeo de Derechos Sociales, que enuncia veinte principios y derechos para apoyar unos mercados de trabajo y unos sistemas de protección social justos que funcionen correctamente. El principio 4, “Apoyo activo para el empleo”, establece que “los jóvenes tienen derecho a educación continua, una formación como aprendices, un período de prácticas o una oferta de trabajo de buena calidad en los cuatro meses siguientes a quedar desempleados o finalizar los estudios”. Además, Las Orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, adoptadas por el Consejo en su Decisión (UE) 2019/1181, y en particular la orientación 6, instan a los Estados miembros a seguir abordando el desempleo juvenil y la cuestión de aquellos jóvenes que ni trabajan, ni estudian, ni reciben formación, a través de una prevención del abandono escolar prematuro y una mejora estructural en la transición de la enseñanza al trabajo, entre otras cosas mediante la ejecución completa de la Garantía Juvenil. También debemos destacar la 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, cuyo eje vertebrador es la formación para la adquisición de competencias digitales. Y, por último, destacar, Recomendación del Consejo de 30 de octubre de 2020 relativa a un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil que sustituye la Recomendación del Consejo, de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil 2020/C 372/01.

3. Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral; Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual; o incluso el más reciente 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, que establece que desde el 1 de noviembre de 2021 las organizaciones que continúan en ERTE deben ofrecer acciones formativas para beneficiarse de las mayores rebajas en las cotizaciones a la Seguridad Social.

4. Datos de EUROSTAT de noviembre de 2021. Donde se observa una ligera disminución de la tasa, respecto de meses y años anteriores que siempre se ha colocado por encima del 30%, llegando incluso a 55,9% en el peor pico de desempleo juvenil entre 2008 y 2019, previo a la pandemia.

jóvenes con una mayor cualificación tienen una tasa de empleo más alta y una tasa de paro más baja y los jóvenes con menor cualificación tienen una tasa de empleo más reducida y una tasa de paro más elevada⁵.



Figuras 1 y 2

El Plan de Acción del Pilar Europeo de Derecho Social de la Comisión de la UE establece entre sus objetivos elevar las tasas de empleo para la población trabajadora, instando a los Estados Miembros a aplicar mecanismos y herramientas que ayuden en la mejora de la integración estable en el mercado laboral. En este contexto, encontramos la Recomendación del Consejo de la UE de 30 de octubre de 2020, relativa a un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil, que sustituye la Recomendación del Consejo, de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil, en la que se insta a los Estados a que garanticen que todos los jóvenes menores de 30 años reciban una buena oferta de empleo, educación continua, formación de aprendizaje o prácticas en los cuatro meses siguientes a quedar desempleados o al finalizar la educación formal⁶.

En este contexto, la Reforma Laboral de 2021 viene a implantar medidas y objetivos establecidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia⁷, en cuyo Componente 23, relativo a las “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, se incluyen diferentes reformas para modernizar y mejorar la eficiencia, abordando un conjunto de deficiencias estructurales y aportando soluciones a las mismas, todo ello en el marco del diálogo social. En concreto,

5. Informe “Jóvenes y Mercado de Trabajo”, de la Secretaría de Estado de empleo y Economía social. Subdirección General de Estadística y análisis socio-laboral, diciembre de 2021: https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/jovenes/2021/Diciembre_2021.pdf

6. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32020H1104%2801%29>

7. Que fue aprobado formalmente por las instituciones europeas (a través del Consejo ECOFIN) el 13 de julio de 2021, tras ser adoptado por el Consejo de Ministros el 27 de abril, presentado a la Comisión Europea el 30 de abril y valorado positivamente por dicha institución el 16 de junio

se trata del bloque de Reformas 4, entre las que se encuentra la adecuada regulación del contrato de formación.

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 adelante, RDL 32/2021), supone un nuevo episodio de la reforma laboral permanente, en afortunada expresión del Profesor Palomeque, que afecta, además, a uno de los ámbitos en los que de forma más notoria se han venido sucediendo las respuestas normativas de la más variada índole. La angustiada necesidad de dar respuesta a los siempre alarmantes datos de desempleo juvenil, ha venido animando a los distintos legisladores a buscar soluciones de variada índole si bien, todas ellas, han concluido con un resultado común: su ineficacia para alcanzar los referidos fines.

La última y actual reforma persevera en esta idea clásica y procede a modificar, una vez más, uno de los preceptos del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), más transitados por legislador reformador: el art. 11. En este caso el objetivo, tal y como declara su Preámbulo, es el “de 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”. En este sentido, en el mismo se subraya, que la reforma del art. 11 ET “supone en sí un cambio de modelo, estableciéndose un contrato formativo con dos modalidades. En primer lugar, el contrato de formación en alternancia, que tendrá por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo”.

2. LA FORMACIÓN COMO ELEMENTO CENTRAL DEL MODELO DE CONTRATO FORMATIVO

De la lectura de este nuevo art. 11 ET podríamos decir, que más que un nuevo modelo de contrato para la formación⁸, nos encontramos con una serie de modificaciones del precepto, probablemente muy necesarias, que tienen como objetivo poner en valor lo que debiera haber sido el eje central de esta modalidad contractual desde su concepción inicial, esto es, su dimensión formativa. Dimensión que, a su vez, define

8. Aunque se trata de un contrato con dos modalidades, lo que se observa es un cambio de denominación se ajustan más al objetivo, y una modificación del régimen jurídico. Sobre la existencia de un cambio de modelo, ver Pérez Del Prado 2022, 10-11.

su propia causa de temporalidad⁹ algo que debería proyectarse en el plano indemnizatorio (art. 49.1 c) ET)¹⁰. En este sentido, la reforma parece venir a poner en valor el elemento formativo, y, además, hace algunas mejoras en las condiciones laborales incorporando importantes garantías frente a posibles abusos, buscando, de este modo, alejarse de los usos irregulares de estos contratos como herramienta de inserción de trabajadores¹¹, todo ello, en unos mercados cada vez más exigentes en cuanto a las cualificaciones requeridas para su acceso.

En todo caso, la promoción de esta lógica formativa ya comenzó a vislumbrarse en la Reforma Laboral de 2012, muy especialmente con la aprobación del RD 1529/2012, de 8 de noviembre, y la Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre. En estas normas el contrato para la formación y el aprendizaje aparecía vinculado a la formación dual del sistema de formación profesional, bien para el empleo, bien del sistema educativo¹². La formación profesional dual se definía de este modo como “el conjunto de acciones e iniciativas formativas, mixtas de empleo y formación, que tienen por objeto de cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral en una empresa con la actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo” (art. 2 RD 1529/2012).

La formación dual desde el sistema educativo tiene por objetivo posibilitar que el alumno del centro educativo complete su formación teórica con formación práctica en la empresa, reguladas a través de convenios de colaboración con el centro, mejorando la cualificación del estudiante y adaptándolo al desarrollo de la realidad laboral. Mientras que la formación dual para el empleo tiene por objeto el desarrollo de la actividad formativa inherente a los contratos para la formación y el aprendizaje. Es un mecanismo destinado a jóvenes que combinan su actividad laboral en una empresa con períodos de formación recibida en centros formativos relacionados con la actividad que desarrolla en su puesto de trabajo. La inclusión de los estudios universitarios¹³ ha supuesto un

9. De hecho, algunas autoras han manifestado en sus trabajos que: “las reformas efectuadas en el ordenamiento jurídico español en relación al contrato para la formación y aprendizaje han debilitado las obligaciones empresariales de formar al trabajar en los conocimientos teóricos, lo que supone, no solo, un clara merma de los derechos de protección social, sino lo más relevante para este trabajo del derecho de formación que es inherente a esta modalidad contractual” Nieto Rojas 2019, 73; Gomez Millan Herencia 2015.

10. Precepto que excluye de la indemnización por extinción a esta tipología de contratos formativos, partiendo de la base de la inexistente expectativa de permanencia, y por tanto, poniendo en valor el elemento formativo.

11. Escudero Rodríguez 2012.

12. Sobre la formación dual en España ver: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer 2013; Mercader Uguina 2014; Nieto Rojas 2015.

13. Contrato para la formación dual universitaria ya introducido en la versión del ET anterior a la reforma de 2021, por la Disposición final trigésima sexta. Modificación del texto refundido de la Ley

salto cualitativo respecto de las regulaciones previas, de forma que se dota de mayor amplitud a los ámbitos sobre los que el mismo se proyecta.

No obstante, no podemos perder de vista que el objetivo formativo en cada modalidad regulada en el art. 11 ET es completamente diferente. Mientras que, en el caso del contrato de formación en alternancia, la formación se proyecta tanto en el plano teórico, como en el práctico, configurando al propio contrato como vehículo necesario para la obtención de la titulación o certificado de profesionalidad correspondiente, en el caso del contrato para la obtención de una practica profesional, la formación se obtiene a través de una práctica profesional adecuada al nivel que estudios del que trae causa, y que la persona ha cursado, y respecto del que ya ha obtenido el título correspondiente. En este caso el contrato no es el vehículo para la obtención del título. Veamos a continuación brevemente, las características de la formación en cada caso.

2.1. La formación en el contrato de formación en alternancia

En el contrato de formación en alternancia, la actividad desempeñada por la persona trabajadora en la empresa deberá estar directamente relacionada con las actividades formativas que justifican la contratación laboral. De este modo, tal y como expresa el art. 11.2 ET, el contrato de formación en alternancia “tendrá por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo”.

La vinculación entre formación práctica y formación teórica forma un par inescindible. De este modo, como expresa de forma rotunda el art. 11.2 c) ET, “*la actividad desempeñada por la persona trabajadora en la empresa deberá estar directamente relacionada con las actividades formativas que justifican la contratación laboral, coordinándose e integrándose en un programa de formación común, elaborado en el marco de los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por las autoridades laborales o educativas de formación profesional o Universidades con empresas y entidades colaboradoras*”. Por ello, hay que destacar el carácter sustancial de la formación teórica, dispensada por el centro o entidad de formación o la propia empresa, cuando así se establezca, y la formación práctica, desarrollada por la empresa configurándose ambas como parte inescindible de este contrato.

Es por ello, que todas las actividades formativas deberán coordinarse e integrarse en un programa de formación común, elaborado en el marco de los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por las autoridades laborales o educativas

del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

de formación profesional o Universidades con empresas y entidades colaboradoras. Dentro de ese Programa de formación común, se deberá articular el Plan formativo individual (sobre el que se pone el acento ya desde los primeros documentos de la reforma de fecha 14 de julio de 2021, y que va modulándose en el resto de versiones, hasta su regulación actual), en el que se especifique el contenido de la formación, el calendario y las actividades y requisitos de tutoría para el cumplimiento de sus objetivos. Sin duda, este detalle de la información que debe contener ese Plan Formativo Individual se configura como una de las garantías más importantes frente a posibles intentos de uso fraudulento, ya que contribuye a que las partes identifiquen claramente sus derechos y obligaciones. Además, la persona contratada contará con una persona tutora designada por el centro o entidad de formación y con otra designada por la empresa. Todas estas cuestiones ya aparecían recogidas en el RD 1529/2012 (arts. 20 y 21), pero ahora quedan integradas en el ET, otorgándole a estas cuestiones el reconocimiento normativo necesario para poner en valor la dimensión formativa de este contrato.

En todo caso y para garantizar la calidad de la enseñanza práctica, hubiera sido conveniente que la norma hubiera retomado (en la línea de lo que recogía el derogado art. 8.3 RD 488/1998 de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos) la exigencia un tope máximo de personas trabajadoras por cada tutor encargado del proceso formativo¹⁴. Bien es cierto, que ésta, puede ser una cuestión que haya quedado a la determinación del desarrollo reglamentario correspondiente, por lo que deberemos permanecer atentos a esas futuras previsiones.

2.2. La formación en el contrato de formación para la obtención de la practica profesional

En el caso del contrato de formación para la obtención de la práctica, el puesto de trabajo deberá permitir la “obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios”, tal y como expresa el art. 11.3 ET, o de “formación objeto de contrato”, añade el apartado d) de ese mismo artículo. En este caso, sigue diciendo este último apartado, “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”. En este caso, no será necesario realizar ningún tipo de acuerdo o convenio de cooperación con una entidad formativa, ya que, en este contrato, la persona trabajadora tendrá un vínculo exclusivamente con la empresa,

14. Algo que ya fue objeto de crítica con la anterior reforma laboral, la de 2012, por Esteban Legarreta 2019, 30.

por lo que no habrá dos tutores, sino solo el tutor de la empresa. A la finalización del contrato la persona trabajadora tendrá derecho a la certificación del contenido de la práctica realizada (art. 11.3 g) ET).

El objetivo de la obtención de la práctica adecuada, para complementar la formación de los estudios vinculados a la obtención de un “título universitario o de un título de grado medio o superior, especialista, máster profesional o certificado del sistema de formación profesional, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, así como con quienes posean un título equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral” que la persona haya cursado. El objetivo perseguido por la norma de conseguir en este contrato una finalidad esencialmente formativa se ve reforzado por el hecho de que, de acuerdo con lo establecido en el art. 11.3 b) ET: “No podrá suscribirse con quien ya haya obtenido experiencia profesional o realizado actividad formativa en la misma actividad dentro de la empresa por un tiempo superior a tres meses, sin que se computen a estos efectos los periodos de formación o prácticas que formen parte del currículo exigido para la obtención de la titulación o certificado que habilita esta contratación”.

3. EL CONTRATO DE FORMACIÓN EN ALTERNANCIA: CUESTIONES LABORALES

3.1. Objeto, unidad de contrato y destinatarios

El objeto central del contrato de formación en alternancia es compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo.

Desde una perspectiva eminentemente laboral, la norma recoge la posibilidad de formalizar un único contrato de formación en alternancia, por cada ciclo formativo de formación profesional y titulación universitaria, certificado de profesionalidad o itinerario de especialidades formativas del Catálogo de Especialidades Formativas del Sistema Nacional de Empleo (art. 11.2 h) ET). Y para ello, es la propia norma la que se encarga de establecer algunas precisiones, en principio, coherentes con el objeto y causa del contrato. En primer lugar, “podrán formalizarse varios contratos de formación en alternancia con varias empresas en base al mismo ciclo, certificado de profesionalidad o itinerario de especialidades del Catálogo citado, siempre que dichos contratos respondan a distintas actividades vinculadas al ciclo, al plan o al programa formativo y sin que la duración máxima de todos los contratos pueda exceder el límite previsto en la norma, esto es, dos

años”. Esto permitiría que la persona trabajadora pudiera tener varios contratos formativos con varias empresas al objeto poder adquirir conocimientos prácticos sobre distintas actividades relacionadas con el programa formativo. En segundo lugar, a través del art. 11.2. j) ET se vuelve a poner en valor el elemento formativo del contrato. Es por ello, que la norma no permite la celebración de este contrato cuando la actividad o puesto de trabajo correspondiente ya haya sido desempeñado con anterioridad por esa persona trabajadora bajo cualquier modalidad contractual por tiempo superior a 6 meses. Cuestión esta última que ya establecía la anterior regulación, pero con un límite de doce meses. Reducción significativa que trata, igualmente, de limitar el encadenamiento de contrataciones o relaciones de base formativa.

Si nos centramos en el ámbito subjetivo del contrato de formación en alternancia, dos son las cuestiones que debemos tener en cuenta. La primera que el contrato se podrá celebrar con personas que carezcan de la cualificación profesional reconocida por las titulaciones o certificados requeridos para concertar un contrato formativo para la obtención de práctica profesional regulada en el art. 11.3 ET. Sin perjuicio de esto, se podrán realizar contratos vinculados a estudios de formación profesional o universitaria con personas que posean otra titulación, siempre que no haya tenido otro contrato formativo previo en una formación del mismo nivel formativo y del mismo sector productivo.

La segunda cuestión que tenemos que destacar es la desaparición, como regla general, de la edad de la persona como requisito de acceso al mismo. No obstante, la propia norma contiene una excepción en el apartado b) del art. 11.2 ET, estableciendo como edad máxima los 30 años para contratos suscritos en el marco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo/formación, que formen parte del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. Por tanto, desaparece cualquier referencia a la edad máxima para las personas con titulación universitaria y de formación profesional de nivel 3, a lo que debemos añadir la posibilidad expresa, que ya existía con anterioridad a la Reforma, contemplada en la Disposición Adicional Novena del RD-Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, de superación de la edad de los 30 años para los casos de las personas trabajadoras que participen en programas públicos de empleo y formación previstos en esa Ley de Empleo, y que podrán ser contratadas mediante el contrato formativo previsto en el artículo 11.2 ET.

El límite de edad en el contrato para la formación y el aprendizaje ha sido uno de los rasgos caracterizadores de este contrato desde su aparición en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, donde se pensó para trabajadores mayores de 16 años y hasta el cumplimiento de los 18. Edad, como es bien sabido, que ha ido aumentando

progresivamente a lo largo de las sucesivas reformas que ha tenido este precepto¹⁵. Estamos ante un contrato que, históricamente, ha sido concebido para los trabajadores jóvenes como puente necesario entre los centros formativos y la empresa. Sin embargo, las altas tasas de desempleo general y, las de desempleo juvenil en particular, han ido flexibilizando este requisito de la edad, hasta llegar a la actual regulación, en el que tal criterio solo ha quedado vinculado a algunos tipos de formaciones, coincidentes con las cualificaciones de menor nivel. De hecho, se puede ver cómo el requisito de la edad aparece en algunos documentos de la reforma (concretamente en la Propuesta de Mesa de Diálogo Social de 25 de noviembre de 2021), para luego volver a desaparecer, quedando finalmente eliminado como requisito general.

Probablemente en esta decisión late el concepto de aprendizaje a lo largo de la vida que adquiere un enfoque más global e integrador en línea con lo señalado en el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, de acuerdo con el cual: “Fomentar el aprendizaje a lo largo de toda la vida implica, ante todo, proporcionar a los jóvenes una educación completa, que abarque los conocimientos y las competencias básicas que resultan necesarias en la sociedad actual, que les permita desarrollar los valores que sustentan la práctica de la ciudadanía democrática, la vida en común y la cohesión social, que estimule en ellos y ellas el deseo de seguir aprendiendo y la capacidad de aprender por sí mismos. Además, supone ofrecer posibilidades a las personas jóvenes y adultas de combinar el estudio y la formación con la actividad laboral o con otras actividades”. Idea que luego se plasma como principio en su articulado (“La concepción de la educación como un aprendizaje permanente, que se desarrolla a lo largo de toda la vida”). Por ello la existencia de instrumentos contractuales que, con las debidas garantías, permitan proyectar dicha idea en el mundo laboral deben ser saludadas positivamente.

15. Con la Ley 32/1984, de 2 de agosto, se produce una elevación de la edad a los 20 años. En el ET de 1994, se amplía a los 25 años. La Ley 12/2001, de 9 de julio, volverá a limitarlo a los 21 años, aunque eliminará la limitación para las personas con discapacidad. La Reforma de 2006, mantiene la edad en los 21 años, pero introduce excepciones en las que se amplía hasta los 24 años: escuelas taller y casas de oficios, y elimina el requisito de la edad para los talleres de empleo y para las personas con discapacidad. Posteriormente con la Reforma laboral de 2010, se amplía la edad hasta los 30 años. Y finalmente, encontramos la regulación previa a la actual, cuya exposición de motivos ya decía que se hacían modificaciones en el contrato para la formación y el aprendizaje con el objetivo de potencial el empleo juvenil, mediante la supresión de limitaciones injustificadas, de forma que se prevé de manera general una franja de edad de entre 16 y 24 años (menores de 25 años), con una Disposición Transitoria 2ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que preveía el aumento del límite de edad de 25 a 29 años (menores de 30) hasta que la tasa de desempleo del país se situase por debajo del 15%, límite que duró hasta la derogación de esta Disposición con el RD-Ley 28/2018, que fijó el límite en los menores de 25 años.

3.2. Duración del contrato, periodo de prueba, tiempo de trabajo y retribución

Entrando en el análisis de las particularidades que afectan al régimen de condiciones de trabajo de este contrato, debemos destacar, en primer lugar, los aspectos que afectan a su duración. Esta será la prevista en el correspondiente plan o programa formativo, con un mínimo de tres meses y un máximo de dos años, y podrá desarrollarse al amparo de un solo contrato de forma no continuada, a lo largo de diversos periodos anuales coincidentes con los estudios, de estar previsto en el plan o programa formativo. En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal establecida y no se hubiera obtenido el título, certificado, acreditación o diploma asociado al contrato formativo, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, hasta la obtención del título, certificado, acreditación o diploma sin superar nunca la duración máxima de dos años (art. 11.2 g) ET). En este sentido, se ha producido un cambio relevante respecto a su regulación anterior, que venía a establecer como regla general una duración mínima del contrato de un año y una máxima de tres. Esta reducción de la duración de los contratos se configura, sin lugar a duda, como una mejora de las condiciones laborales, potenciando el objetivo de la formación y la posterior inserción laboral. Pero aún más, hay que destacar que ahora la duración no se debe determinar en función de la formación que deba recibir la persona trabajadora. En este sentido, la norma establece que la duración del contrato será la prevista en el plan o programa formativo; y no solo eso, sino que la posible prórroga, también se encuentra condicionada por la necesidad de completar la formación¹⁶.

Por lo que se refiere al tiempo de trabajo efectivo, la norma sigue dejando claro que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas en el centro de formación, reduciendo así el porcentaje de trabajo efectivo del primer año del contrato que no podrá ser superior al 65 por ciento (75% en la norma anterior, y que se mantuvo solo en el primer borrador de la reforma de fecha 14 de julio de 2021), y al 85 por ciento, durante el segundo (porcentaje que se mantiene intacto respecto a la regulación anterior), de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo de aplicación en la empresa, o, en su defecto, de la jornada máxima legal.

En relación con este mismo aspecto, hay que tener en cuenta que las personas contratadas con un contrato de formación en alternancia no podrán realizar horas complementarias ni horas extraordinarias, salvo en el supuesto previsto en el artículo 35.3 ET, esto es, las horas extraordinarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. Tampoco podrán realizar trabajos nocturnos ni trabajo a turnos. Ahora se establece una excepción que no era recogida en el precepto anterior, y que tampoco se había mencionado en ninguno de los borradores de la reforma laboral de 2021, en los que no había referencia a la prohibición de

16. Goerlich Peset 2022, 105.

hacer turno nocturno o a turnos¹⁷, apareciendo finalmente en el texto del RD-Ley 32/2021. Esta excepción resuelta coherente, de nuevo, con la finalidad formativa del contrato, y es que, podrán realizarse actividades laborales en los periodos nocturnos o a turnos, cuando las actividades formativas para la adquisición de los aprendizajes previstos en el plan formativo no puedan desarrollarse en otros periodos, debido a la naturaleza de la actividad.

Una de las modificaciones más importantes de este contrato, plausible desde nuestro punto de vista, tiene que ver con la eliminación de cualquier tipo de periodo de prueba (art. 11.3 l) ET). La razón de esta eliminación es coherente con el objetivo y finalidad de este contrato, supeditando así lo productivo a lo formativo. Y eso que parece que no siempre fue así desde el principio de las negociaciones de la Reforma Laboral, ya que, por ejemplo, en el Texto Adicional de la Mesa de Modernización de 11 de octubre de 2021 y en la Propuesta de la Mesa de Modernización de 14 de octubre de 2021, habían recogido respecto al periodo de prueba que se tendría que estar a lo dispuesto con carácter general en el art. 14 ET. Sin embargo, esta referencia se elimina después en la propuesta de Mesa de Diálogo de 25 de noviembre de 2021, donde ya se regula tal y como la hemos conocido en el RD-Ley 32/2021. No olvidemos que nos encontramos ante personas trabajadoras sin ningún tipo de experiencia previa en la actividad que va a desarrollar a través de este contrato. En este sentido, “la persona trabajadora con la que se realiza este contrato está, no para producir, sino para formarse”¹⁸. Y, además, podría entenderse, en cierto modo, que cuando se está formando a la persona, también queda sometida a una especie de prueba general que le permitirá obtener la titulación correspondiente, y en el mejor de los casos, ser contratado por la empresa en un momento posterior. Algo que se extrae de la propia prohibición de la norma (art. 11.4 g) ET) cuando establece que, si al término del contrato la persona continuase en la empresa, no podrá concertarse un nuevo periodo de prueba.

Por último, otra de las condiciones laborales que se han modificado, es la regulación sobre la retribución, garantizando, en cierto modo, una retribución superior para estos contratos a la que se establecía anteriormente. Así pues, el art. 11.2 m) ET, determina en primer lugar, que la retribución será la establecida para estos contratos en el convenio colectivo de aplicación, lo que no cambia respecto a la regulación anterior. Y, en segundo lugar, para los casos en los que no haya 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

17. Tampoco se encuentra referencia a la prohibición de las horas complementarias. Los distintos borradores a los que hemos tenido acceso solo habían recogido alusiones a la prohibición de realización de horas extraordinarias de forma genérica para las dos modalidades, y no como finalmente se establece, de forma separada en cada una de ellas.

18. Pérez Del Prado 2022, 9.

correspondiente a las funciones desempeñadas, y en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Además, en ningún caso, la retribución podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

4. EL CONTRATO DE FORMACIÓN PARA LA OBTENCIÓN DE LA PRÁCTICA PROFESIONAL: CUESTIONES LABORALES

4.1. Objeto, destinatarios y límites temporales

El objeto del contrato de formación para la obtención de la práctica profesional es precisamente poder desarrollar una actividad práctica relacionada y adecuada al nivel de estudios que la persona trabajadora ya ha obtenido previamente. Así pues, los destinatarios de este tipo de contrato formativo son todos aquellos que estén en posesión de un título universitario o de un título de grado medio o superior, especialista, máster profesional o certificado del sistema de formación profesional, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, así como con quienes posean un título equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral.

Esta modalidad contractual utiliza una serie de límites temporales a la propia contratación que es importante tener en cuenta. En primer lugar, el contrato solo podrá concertarse dentro de los tres años, o de los cinco años si se concierta con una persona con discapacidad, siguientes a la terminación de los correspondientes estudios (art. 11.3 b) ET). Por tanto, se reduce de 5 a 3 años, y de 7 a 5 años para las personas con discapacidad, el periodo en el que se puede llevar a cabo la contratación desde la obtención del título. En segundo lugar, no puede celebrarse por quien haya obtenido experiencia profesional o realizado actividad formativa en la misma actividad dentro de la empresa por un tiempo superior a tres meses. No obstante, como ya dijimos anteriormente, no computarán a estos efectos los periodos de formación o prácticas que formen parte del currículum exigido para la obtención de la titulación o certificado que habilita la contratación.

4.2. Duración del contrato, periodo de prueba y retribución

La duración de este contrato formativo para la práctica profesional no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de un año (art. 11.3 c) ET), siendo esta una de las modificaciones más relevantes de esta modalidad, ya que la anterior regulación establecía una duración máxima de dos años. Se trata de un cambio sustancial, que tiene como finalidad robustecer el objetivo formativo de esas prácticas. Siguiendo

la política general de promoción de los convenios sectoriales se reserva a los ámbitos estatal o autonómico, o en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, la posibilidad de determinar criterios específicos de duración, “atendiendo a las características del sector y de las prácticas profesionales a realizar” (art. 11.3 c) ET).

A efectos de la duración de este contrato, los límites rigen no solo para la empresa que ha hecho el contrato para la obtención de la práctica, sino para todas las empresas (“en la misma o distinta empresa”, dice el art. 11.3 d) ET) que pudieran contratar a la persona trabajadora en virtud de la misma titulación o certificado profesional; pero no solo esto, sino que tampoco se podrá contratar para la misma empresa y puesto de trabajo, a una persona trabajadora que ya hubiera estado contratada a través de este tipo de contrato formativo, aunque sea distinta titulación o certificado. Y ante la posible duda que pudiera generar el entendimiento de lo que es misma o distinta titulación, especialmente en el ámbito universitario, el propio precepto establece que los títulos de grado, master y doctorado correspondiente a los estudios universitarios no se considerarán la misma titulación, salvo que al ser contratado por primera vez por este tipo de contrato la persona trabajadora ya estuviera en posesión del título superior (art. 11.3 d) ET).

Por lo que se refiere al período de prueba, este no podrá exceder de un mes, en ningún caso, salvo lo dispuesto en convenio colectivo (art. 11.3 e) ET). En este caso, se reduce¹⁹ y simplifica este aspecto laboral del contrato, y aunque se remite a la posibilidad de que el convenio establezca otra cosa, no parece conveniente que sea la norma paccionada la que establezca periodos de prueba más elevados. Quizá, atendiendo al marcado carácter formativo de este contrato, hubiera sido conveniente haber eliminado, como se ha hecho en el contrato de formación en alternancia, el período de prueba, ya que el objetivo de este sigue siendo la obtención de una formación a través de la práctica.

Además, la norma también regula expresamente la prohibición de realización de horas extraordinarias para las personas con contrato de formación para la obtención de práctica profesional, salvo en el supuesto previsto en el artículo 35.3 ET, esto es, las horas extraordinarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes (art. 11.3 h) ET). De esta forma, se viene a aclarar con toda la seguridad jurídica posible, lo que antes podría suponer una duda.

La redacción del art. 11.3 i) ET sobre la retribución del contrato para la obtención de la práctica profesional establece “la retribución por el tiempo de trabajo efectivo será la fijada en el convenio colectivo aplicable en la empresa para estos contratos o en su defecto la del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas. En ningún caso la retribución podrá ser

19. López Gandía 2022.

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”. Dicha redacción plantea la duda de qué interpretación que debe darse a la referencia que se hace la “retribución mínima establecida para el contrato para la formación en alternancia” que es, como hemos visto, de un 60% el primer año y 75% el segundo. La redacción se remite, salvo regulación específica de esta modalidad contractual en convenio, a la retribución que corresponda al grupo profesional, con el añadido de que el contrato para la obtención de la práctica profesional ahora sólo tiene una duración máxima de un año. Podría razonablemente concluirse que el citado sueldo no resultaría de aplicación salvo que el mismo fuera la solución convencionalmente prevista. De ello resultaría que para fijar la retribución debería estarse, en primer término, a lo establecido por el convenio aplicable a la empresa (que nunca podrá ser inferior a la retribución del contrato de formación en alternancia) y, en su ausencia, la retribución del contrato para la obtención de la práctica profesional tendría que ser la del grupo profesional que corresponda sin aplicar reducción alguna.

5. ELEMENTOS COMUNES A AMBAS MODALIDADES FORMATIVAS Y REMISIONES REGLAMENTARIAS

Junto a las modificaciones que se han realizado en cada una de las modalidades de contrato formativo, tenemos que hacer mención a la regulación común para ambas recogidas en el art. 11. 4 ET.

Lo primero que tenemos que destacar, aunque no es una regulación y modificación del art. 11 ET, sino del art. 12 ET, es la posibilidad de que los contratos formativos, en ambas modalidades, puedan realizarse a tiempo parcial, algo que no permitía la anterior regulación, ya que preveía expresamente la imposibilidad de hacer contratos a tiempo parcial en los supuestos de contratos para la formación y el aprendizaje (antiguo art. 12.2 ET).

Sobre la forma del contrato este deberá formalizarse por escrito de conformidad con lo establecido en el art. 8, lo que no es nuevo, pero deberá incluir obligatoriamente el texto del plan formativo individual al que se refieren los apartados 2.b) a k) y 3.e) y f) del art. 11 ET, en el que se especifiquen el contenido de las prácticas o la formación y las actividades de tutoría para el cumplimiento de sus objetivos. Igualmente, incorporará el texto de los acuerdos y convenios a los que se refiere el apartado 2.e). Este apartado del art. 11 ET se configura claramente como una novedosa garantía del cumplimiento de las condiciones formativas y laborales aplicables a estos contratos ya que el mismo deberá recoger por escrito, ese plan individual formativo, pero también el nombre de los tutores, el contenido de la formación, el calendario y

las actividades a realizar, las tutorías, la duración del contrato, y la posibilidad de que tenga que hacer trabajo nocturno o a turnos, cuando la actividad formativa tenga que desarrollarse en ese periodo para la adquisición de los conocimientos, en este caso, solo en el contrato de formación en alternancia.

El precepto también prevé la posibilidad de interrupción del cómputo de la duración del contrato en las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género. Por otra parte, también se prevén algunas excepciones a los límites de edad y duración máxima de forma que no serán de aplicación cuando se concierte con personas con discapacidad o con los colectivos en situación de exclusión social previstos en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, en los casos en que sean contratados por parte de empresas de inserción que estén cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente. En este sentido, tendremos que esperar al desarrollo reglamentario para que se establezcan dichos límites en relación con los estudios, al plan o programa formativo y al grado de discapacidad y características de estas personas.

En relación con las cuestiones relativas a la Seguridad Social, por lo que hace a la acción protectora de las personas que suscriban un contrato formativo comprenderá todas las contingencias protegibles y prestaciones, incluido el desempleo y la cobertura del Fondo de Garantía Salarial. En relación con la cotización, el RD-Ley 32/2021 modifica la Disposición Adicional 43 de la Ley General de la Seguridad Social estableciendo una nueva forma de cotizar, en este caso, solo para los contratos formativos en alternancia. Esta nueva forma de cotizar se modula en función de la base de cotización que resultaría de aplicación conforme a las reglas del Régimen de la Seguridad Social que corresponda y en función de las remuneraciones percibidas por la persona trabajadora. Así pues, la modulación se hará en función de si la base de cotización mensual por contingencias comunes no supera la base mínima mensual del Régimen de la Seguridad Social correspondiente, o si por el contrario si lo hace. La entrada en vigor de este nuevo régimen de cotización queda aplazada a la entrada en vigor de estos contratos, el 30 de marzo de 2022, que se proyectará, tanto sobre los nuevos contratos de formación en alternancia, como sobre los antiguos contratos para la formación y el aprendizaje que sigan vigentes.

Como no podría ser de otra forma, la norma hace varias alusiones a la negociación colectiva, y al papel que juegan los representantes de los trabajadores en el desarrollo de esta contratación y en el control de su adecuada aplicación. Por un lado, se establece en el actual art. 11.4 e) ET que se podrá determinar por convenio sectorial (estatal, autonómico o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior) los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio de contrato formativo. También se recoge

la posibilidad de que el convenio determine el compromiso de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido y la forma y gestión de cómo hacerlo. Además, se hace una llamada a la negociación para fijar criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos (art. 11. 6 ET). Hasta aquí, no se observan novedades relevantes respecto a la regulación anterior. Sin embargo, ahora la norma prevé algunas acciones que pretenden garantizar al control del cumplimiento de la normativa a través de la información que debe darse a los representantes de los trabajadores: a) la empresa pondrá en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras los acuerdos de cooperación educativa o formativa que contemplen la contratación formativa, incluyendo la información relativa a los planes o programas formativos individuales, así como a los requisitos y las condiciones en las que se desarrollará la actividad de tutorización; b) asimismo, en el supuesto de diversos contratos vinculados a un único ciclo, certificado o itinerario en los términos referidos en el apartado 2.h), la empresa deberá trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras toda la información de la que disponga al respecto de dichas contrataciones; y c) las empresas que pretendan suscribir contratos formativos, podrán solicitar por escrito al servicio público de empleo competente, información relativa a si las personas a las que pretenden contratar han estado previamente contratadas bajo dicha modalidad y la duración de estas contrataciones. Dicha información deberá ser trasladada a la representación legal de las personas trabajadoras y tendrá valor liberatorio a efectos de no exceder la duración máxima de este contrato.

Aunque ya hicimos referencia a ello, la norma establece algunas prohibiciones al objeto de garantizar unos mínimos derechos laborales a las personas trabajadoras que han estado prestando sus servicios a través de estas modalidades. En primer lugar, si al término del contrato la persona continuase en la empresa, no podrá concertarse un nuevo periodo de prueba, computándose la duración del contrato formativo a efectos de antigüedad en la empresa. Y en segundo lugar, el art. 11. 4 h) ET establece que los contratos formativos celebrados en fraude de ley o aquellos respecto de los cuales la empresa incumpla sus obligaciones formativas se entenderán concertados como contratos indefinidos de carácter ordinario. Se observa la relevancia otorgada a la formación en este tipo de contratación ya que la presunción de indefinición del contrato no solo se producirá cuando haya fraude de ley, sino cuando la empresa incumpla sus obligaciones formativas. Sin duda, creemos que se trata de uno de los apartados más relevantes del nuevo art. 11 ET y de su reforma, ya que, en cierto modo, se establece un efecto sancionador o una consecuencia al incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el elemento esencial de este contrato: la formación. Con esta reforma, se recupera, en cierto modo una previsión del art. 22.4 del RD 488/1998, que desapareció con las sucesivas reformas del precepto, y que preveía la transformación en

contrato ordinario, cuando el empresario incumpliese en su totalidad sus obligaciones en materia de formación²⁰.

Con buen acierto, la norma establece no solo prohibiciones, sino algunas limitaciones en cuanto a las empresas que estén aplicando algunas de las medidas de flexibilidad interna reguladas en los artículos 47 y 47 bis (ERTES). Estas podrían concertar contratos formativos siempre que las personas contratadas bajo esta modalidad no sustituyan funciones o tareas realizadas habitualmente por las personas afectadas por las medidas de suspensión o reducción de jornada. (art. 11.4.f ET). Nuevamente, vemos el alcance de la finalidad de la norma, que es la formación, y no el beneficio empresarial que puede obtenerse de una contratación temporal con condiciones laborales limitadas o favorables solo a objetivos empresariales de productividad.

Por último, la norma hace varias remisiones a posteriores desarrollos reglamentarios. En primer lugar, en relación con el contrato en alternancia establece que reglamentariamente se desarrollarán el sistema de impartición y las características de la formación, así como los aspectos relacionados con la financiación de la actividad formativa. En segundo lugar, en relación con el contrato para la obtención de la práctica profesional, establece que reglamentariamente se desarrollará el alcance de la formación correspondiente, particularmente, en el caso de acciones formativas específicas dirigidas a la digitalización, la innovación o la sostenibilidad, incluyendo la posibilidad de microacreditaciones de los sistemas de formación profesional o universitaria. Y, además, en relación con ambas modalidades, se prevé también que reglamentariamente se establezcan, en colaboración, en su caso, con las administraciones competentes en la formación objeto de realización mediante contratos formativos, los requisitos que deben cumplirse para la celebración de los mismos, tales como el número de contratos por tamaño de centro de trabajo, las personas en formación por tutor o tutora, o las exigencias en relación con la estabilidad de la plantilla.

6. LAS PREVISIONES DE FUTURO: EL ESTATUTO DEL BECARIO Y LA FUTURA LEY ORGÁNICA DE ORDENACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL

Pese a los cambios en la regulación de los contratos formativos y sus constantes adaptaciones a la realidad de los tiempos, tanto para una mejoría de las condiciones laborales de los destinatarios, como para una mejoría en la gestión de los mismos por parte de las empresas, el problema fundamental con el que nos vamos a encontrar es que la formación dual es perfectamente factible por vías no estrictamente laborales²¹.

20. Sobre la “tibieza de las sanciones previstas en caso de graves deficiencias en el contenido formativo del contrato de trabajo” ver: Esteban Legarreta 2019, 34-35.

21. Álvarez Cuesta 2019.

Tal es el caso de las becas y las prácticas que se pueden realizar en el marco de los planes de estudios, o con posterioridad a los mismos.

Las becas y las prácticas formativas no constituyen propiamente una relación de trabajo. No obstante, el uso que, en ocasiones, de las mismas hacen las empresas, encomendando a los becarios o estudiantes tareas propiamente laborales al margen de cualquier finalidad formativa, constituye terreno abonado a usos irregulares. Ello explica que la Disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 27/2011, estableciera en su apartado 2 que: “Las Administraciones Públicas competentes llevarán a cabo planes específicos para la erradicación del fraude laboral, fiscal y a la Seguridad Social asociado a las becas que encubren puestos de trabajo”. A ello se añade la diversidad de fórmulas a través de las cuales, las empresas, mediante programas de becas formativas de variada tipología, incorporan estudiantes para la realización de prácticas. Conviene, por ello, precisar el contenido y alcance de los distintos tipos de situaciones y los límites a su uso.

En la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, introducida (por exigencias del proceso de construcción del Espacio Europeo de Educación Superior) con la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, y desarrollada por el actual RD 822/2014, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad, donde se pone un especial énfasis en la realización de las prácticas académicas externas por los estudiantes universitarios, previendo que los planes de estudios de Grado contendrán toda la formación teórica y práctica que el estudiante deba adquirir, entre la que se mencionan las prácticas externas, tanto curriculares, como extracurriculares, haciendo una regulación concreta de ellas en el art. 11. Además, se prevé, en el art. 14.5 que “En el caso de que el plan de estudios incorpore la realización de prácticas académicas externas curriculares, estas tendrán una extensión máxima equivalente al 25 por ciento del total de los créditos del título, con excepción de aquellos Grados que por las normas del Derecho de la Unión Europea deban tener otro porcentaje, y deberán ofrecerse preferentemente en la segunda mitad del plan de estudios”

En este mismo sentido, el Estatuto del Estudiante Universitario, aprobado por RD 1791/2010, de 30 de diciembre, reconoce en su art. 8 el derecho de los estudiantes de Grado a “disponer de la posibilidad de realización de prácticas, curriculares o extracurriculares”. El art. 24 del citado RD 1791/2010, prevé la posibilidad de que los estudiantes universitarios realicen prácticas externas en empresas, instituciones y entidades públicas y privadas, cuyo objetivo es permitir a los estudiantes aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en su formación académica, favoreciendo la adquisición de competencias que le preparen para el ejercicio de actividades profesionales y faciliten su empleabilidad. En todo caso, estas prácticas externas de carácter formativo estarán ajustadas a la formación y competencias de los estudiantes

y su contenido no podrá dar lugar a la sustitución de la prestación laboral propia de puestos de trabajo.

Estas prácticas académicas universitarias han tenido su desarrollo normativo en el RD 592/2014, de 11 de julio. Podrán realizarse en la propia Universidad o en entidades colaboradoras (empresas, instituciones y entidades públicas y privadas en el ámbito nacional e internacional). Tienen una finalidad formativa y, por ello, no generan un vínculo laboral entre el estudiante y la empresa o institución en que se desarrollan. Estas prácticas pueden ser curriculares —cuando constituyen actividades académicas integrantes del plan de estudios²²— o extracurriculares —cuando los estudiantes pueden realizarlas con carácter voluntario durante su periodo de formación sin formar parte del plan de estudios—. Las prácticas externas curriculares tendrán la duración que establezca el plan de estudios correspondiente. Las prácticas externas extracurriculares tendrán una duración preferentemente no superior al 50% del curso académico. El horario para la realización de las prácticas debe ser compatible con la actividad académica, formativa y de representación que desarrolle el estudiante en la Universidad. La realización de estas prácticas requiere la previa celebración de un Convenio de Cooperación Educativa entre la Universidad y la entidad colaboradora donde se realicen las prácticas. En su caso, si así se ha estipulado, el estudiante tendrá derecho a percibir una aportación económica de la entidad colaboradora. Su régimen de Seguridad Social se encuentra establecido en el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, que establece en su Disposición adicional quinta las peculiaridades en materia de Seguridad Social de las personas que desarrollan programas de formación y prácticas no laborales y académicas.

Por otra parte, están las que pueden calificarse como becas de formación, dirigidas a la ampliación del campo de conocimientos del interesado, titulado o no, a cuyo fin se le proporciona ayuda para el seguimiento de sus estudios. Se trata, pues, de becas que tienen una «finalidad docente en beneficio del perfeccionamiento, formación y ampliación de conocimientos del becario». Ejemplo típico de ellas son las tradicionales becas de formación del personal investigador, ya sea en instituciones públicas o privadas, entre ellas, muy señaladamente, aquellas a las que se refiere el Estatuto del Personal Investigador en Formación aprobado por RD 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación. No obstante, la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, ha sustituido a esta figura por la del contrato predoctoral (art. 20.1 y 2).

22. Conforme a los términos establecidos en el art. 11, 14.5 y 17 Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad.

Uno de los colectivos con mayores dificultades para el acceso al empleo es el integrado por personas jóvenes que, aun teniendo una formación académica o profesional acreditada, carecen de experiencia laboral. Con la finalidad de favorecer su inserción en el mercado de trabajo y mejorar sus oportunidades de empleo, el RD 1543/2011, de 31 de octubre, regula las prácticas no laborales en empresas. Estas prácticas están dirigidas a personas de entre 18 y 25 años, desempleadas, que tengan cualificación profesional, ya sea en el ámbito educativo o laboral —titulación universitaria, de formación profesional, o certificado de profesionalidad—. Las empresas que quieran incorporar jóvenes para el desarrollo de prácticas no laborales deben suscribir previamente un convenio con los Servicios Públicos de Empleo. Las prácticas se desarrollan, bajo la dirección y supervisión de un tutor, en los centros de trabajo de la empresa y tienen una duración entre seis y nueve meses. En el acuerdo que suscriban la empresa y la persona joven que va a desarrollar las prácticas no laborales, se definirá, al menos, el contenido concreto de la práctica a desarrollar, la duración de la misma, las jornadas y horarios para su realización, el centro o centros donde se realizará, la determinación del sistema de tutorías y la certificación a la que la persona joven tendrá derecho por la realización de las prácticas. En cuanto a la retribución por el desarrollo de las prácticas no laborales, las personas jóvenes participantes recibirán de la empresa una beca de apoyo cuya cuantía será, como mínimo, del 80% del IPREM mensual vigente en cada momento²³. Los jóvenes que realicen prácticas no laborales quedan incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a trabajadores por cuenta ajena y disfrutan de la protección correspondiente con la única exclusión de la protección por desempleo.

Pero no sólo hay que atender a las normas que regulan practicas no laborales, o practicas académicas, sino que no podemos olvidar que el propio RD 1529/2012, en sus arts. 28 y ss. contempla la posibilidad de la formación dual sin contrato laboral, y, por tanto, a través de convenios de colaboración entre empresas e instituciones educativas²⁴. Por tanto, los estudiantes de formación profesional, y no solo los estudiantes universitarios, no cuentan con el derecho a que sus practicas en empresas se desempeñen en el marco de un contrato laboral formativo. En este convenio se establecerán los programas de formación, el mínimo de horas de formación en las practicas, la duración máxima, las tutorías, etc. Los alumnos podrían estar becados por las empresas o no, pero dentro del marco de las ayudas a los estudios, y no como retribuciones de carácter salarial. Circunstancias todas ellas, mucho más atractivas para las empresas que el propio contrato del art. 11 ET.

23. Para el año 2022 es de 579,02€, conforme ha quedado establecido en la Disposición Adicional 101ª de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022

24. Nieto Rojas 2015.

Finalmente, cabe hacer mención a las prácticas no laborales reguladas en la Disposición adicional 41ª Ley 27/2011. Las mismas se encuentran referidas a las estancias de formación, prácticas, colaboración o especialización realizadas por titulados académicos (graduados o posgraduados) en las que concurra un doble requisito: han de implicar una prestación de servicios por parte del titulado en la entidad o institución de acogida y han de llevar aparejada una ayuda económica para subvencionar dicha estancia.

En todo caso, con independencia de que formalmente la actividad del becario se desarrolle al amparo de alguno de los programas formativos señalados, la efectiva expulsión de la relación de trabajo del becario del ámbito del contrato de trabajo sólo puede resultar de la ausencia de las notas típicas de laboralidad. Y ello dependerá de la primacía que en la relación cuestionada tenga la finalidad formativa que, en teoría, inspira la concesión de toda beca. En otro caso se estará, sencillamente, ante una beca o unas prácticas formativas aparentes que se utilizan como alternativa ilegal al contrato de trabajo en prácticas, en su caso, al contrato para la formación e, incluso, al contrato ordinario de trabajo.

La doctrina del Tribunal Supremo al respecto ha quedado fijada en las SSTs de 29 de mayo de 2008 (Rº 4247/2006), 29 de marzo de 2007 (Rº 5517/2005) y 4 de abril de 2006 (Rº 856/2005). En estos pronunciamientos el Tribunal reitera que la clave para distinguir entre beca y contrato de trabajo es “que la finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en su formación. El rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la formación del becario y no la de apropiarse de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio, obteniendo de ellos una utilidad en beneficio propio. De ahí que las labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca y, si no es así y las tareas que se le ordena realizar integran los cometidos propios de una categoría profesional, la relación entre las partes será laboral”. El problema, continua la sentencia, “reside en la valoración de la prestación del becario en el marco de la propia actividad de la entidad que concede la beca, porque si del correspondiente examen se obtiene que la finalidad fundamental del vínculo no es la de contribuir a la formación del becario, sino obtener un trabajo necesario para el funcionamiento o la actividad de gestión del concedente, la conclusión es que la relación será laboral, si en ella concurren las restantes exigencias del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores”.

Por ello resultan relevantes una serie de factores de gran relevancia para excluir la existencia de un contrato de trabajo encubierto:

En primer lugar, no debe existir confusión alguna con los trabajadores de la empresa en el desarrollo de la actividad formativa. La jurisprudencia viene insistiendo en que se produce un uso fraudulento de la beca cuando mediante ella se sustituye

personal propio [Sentencia del Tribunal Supremo 22 de noviembre de 2005 (R^o 4752/2004), seguida por la de 4 de abril de 2006 (R^o. 856/2005)].

En segundo término, la ausencia de tutor; la falta de coordinación entre el tutor académico y tutor de la empresa o la inexistencia de plan formativo son aspectos tenidos en cuenta por nuestros Tribunales para afirmar la existencia de una relación laboral. De modo que cuando en ausencia de tutor, era propia empresa la que indicaba la actividad a desarrollar por el estudiante, este quedaba inserto en su “ámbito de dirección y organización” realizando propiamente “servicios profesionales sin que nadie les ayudara en su formación personal profesional” [STS] Madrid de 9 de julio de 2014 (R^o 116/2014)].

Finalmente, no debe existir retribución por la actividad desarrollada. Debe tratarse, por ello, de una ayuda económica que la empresa concede a título gratuito con el fin de facilitar la realización de unos estudios, sin que el receptor venga obligado a la realización de servicios o actividades a favor del concedente. La contraprestación económica compensa los gastos generados por la actividad formativa o, incluso, la falta de ingresos que conlleva tal dedicación. Así lo vienen subrayando numerosos pronunciamientos, como el de la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 9 abril de 1999 (R^o 2237/1997), en el que se precisa que dicha dotación económica, de existir, no tiene la condición de salario retribuidor de la típica obligación sinalagmática laboral, “sino la materialización económica de la ayuda a los alumnos fundada en otras motivaciones distintas de la simple satisfacción de unos servicios profesionales, dado que en definitiva, la finalidad es la de proporcionar ayuda al alumno y protección para el seguimiento de sus estudios y formación en beneficio de su propio interés individual así como en el de los intereses sociales generales”.

Es por ello que, para mejorar el uso de la contratación para la formación tendremos que estar al mandato establecido en la Disposición Adicional Segunda del RD 32/2021 que establece 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”.

Una realidad que debiera hacernos reflexionar sobre la importancia de cambiar el modelo general de formación como herramienta de inserción en el mercado de trabajo y las fórmulas existentes para ello. Sin embargo, en estas previsiones de futuro, junto al Estatuto del Becario, tenemos que hacer mención al Proyecto de Ley Orgánica de Ordenación e Integración de la Formación Profesional²⁵, donde se ha-

25. Se puede ver el Proyecto de Ley Orgánica de Ordenación e Integración de la Formación Profesional en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/SEN/BOCG/2021/BOCG_D_14_277_2626.PDF

cen constantes alusiones a muchas de las cuestiones que acabamos de tratar en el trabajo. Por ejemplo, se trata de una Ley que pretende que toda formación profesional sea dual armonizando los procesos de enseñanza y aprendizaje entre el centro y la empresa²⁶. Algo que es perfectamente plausible y con lo que estamos de acuerdo. Pero se vuelven a establecer dos tipos de formación profesional: la general, que no es laboral, sino a través de convenios de colaboración con empresas, y la intensiva, que es la que se canaliza a través de un contrato laboral de formación en alternancia. Lo curioso de esta nueva norma, es que incluso en los casos en los que no haya contrato de trabajo formativo, el Proyecto de Ley contempla algunas cuestiones indirectamente laborales²⁷, entre las que se encuentra, el tener que tener más de 16 años, haber superado una formación en prevención de riesgos laborales que será impartida por los centro de formación profesional, el plan de formación deberá concretar la distribución de los tiempos entre el centro de formación y la empresa, y la no realización de la actividad formativa en horario nocturno, ni a través de la modalidad de trabajo a turnos, salvo que fuera necesario. También será necesario respetar, como mínimo un mes de vacaciones al año y un descanso semana de día y medio.

La formación profesional tecnológica u orientada hacia la tecnología deviene, por tanto, un derecho cuasifundamental, y el desarrollo de fórmulas normativas que faciliten las mismas, imprescindible. El desarrollo de los modelos formativos requerirá flexibilidad de forma que los trabajadores puedan elegir, bajo ciertas condiciones, los programas más adecuados para su desarrollo profesional²⁸ y favorecer el desarrollo de programas de teleformación que permitan la personalización y adaptación de los programas a los cambios a los concretos objetivos y necesidades de cada momento. Por ello, hubiera sido conveniente aprovechar esta reforma para incorporar la posibilidad de que los tiempos de trabajo formativos, como podríamos denominarlos, se pudieran realizar a través de sistemas de trabajo a distancia. Al respecto nada ha dicho la norma, y, por tanto, parece que nada debiera prohibir su realización. Sin embargo, se debiera haber previsto alguna alusión en cuanto al control de ese trabajo y el desarrollo formativo de la persona que lo realiza. No olvidemos que la idea de la reforma era la del robustecimiento de la finalidad formativa²⁹ de estos contratos, debiendo, por tanto, controlar el cumplimiento de esta finalidad en el supuesto de teletrabajo.

26. Sobre esta cuestión ver el interesante trabajo de Igartúa Miró 2017.

27. López Gandía 2022.

28. Buen ejemplo de ello es la figura del cheque formación como vía de financiación de la formación de los trabajadores, incluida en el art. 40.4 LE. Ampliamente sobre las posibilidades de implantación de esta fórmula incluyendo se propone la acreditación de la formación impartida mediante *blockchain*, Rodríguez Fernández 2019.

29. Goerlich Peset 2022, 101.

7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Álvarez Cuesta, Henar (2019), “Becas no laborales como mecanismo de empleabilidad de los jóvenes”, Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, vol. 6, pp. 7-23.
- Escudero Rodríguez, Ricardo, (2012), “Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, Relaciones Laborales, núm. 28, pp. 49-84.
- Esteban Legarreta, Ricardo (2019), “El contrato para la formación y el aprendizaje. Perspectiva crítica tras las últimas reformas”, Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, Vol. 6, pp. 25-36.
- Goerlich Peset, José María, Mercader Uguina, Jesús R., y De La Puebla Pinilla, Ana (2022), La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Gómez Millán Herencia, María José (2015), “Aspectos novedosos del contrato para la formación y el aprendizaje tras las últimas reformas”, Temas Laborales, Revista Andaluza de trabajo y bienestar, núm. 119, 209-238.
- Igartúa Miró, María Teresa (2017), “La formación dual en el sistema educativo: balance y propuestas de mejora”, Temas Laborales, núm. 137, pp. 91-125.
- López Gandía, Juan. V. (2022), “Los contratos formativos tras la Reforma Laboral de 2021”, NET21, núm. 8, en línea: <https://www.net21.org/los-contratos-formativos-tras-la-reforma-laboral-2021/>
- Mercader Uguina, Jesús R. (2014), “Razones, referentes y marco institucional de la formación dual en España”, *Revista derecho Social y Empresa*, núm. 1, pp. 71-101.
- Nieto Rojas, Patricia (2019), “Jóvenes no cualificados y acceso al mercado de trabajo ¿es eficaz el contrato de formación y aprendizaje?”, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, Vol. 6, pp. 65-74.
- Nieto Rojas, Patricia (2015), “Las transiciones escuela-trabajo: mecanismos de inserción laboral para jóvenes con escasa cualificación”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 391, pp. 19-48.
- Pérez Del Prado, Daniel (2022), “La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: la propuesta definitiva?”, *Revista Labos*, Vol. 3, núm. Extraordinario, pp. 7-18.
- Rodríguez Fernández, María Luz, (2019), Una propuesta de arquitectura institucional para la figura del cheque formación, *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 435, pp. 79-106.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (2013), “Contrato de aprendizaje y formación dual. el RD 1529/2012”, *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 1, 2013, pp. 1-15.

LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL COYUNTURAL EN EL RDL 32/2021

THE REFORM OF TEMPORARY HIRING CONJUNCTURAL IN THE RDL 32/2021

Fco. Javier Calvo Gallego

Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla¹

Orcid: 0000-0001-7999-2740

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la reforma de la contratación temporal causal y de las reglas destinadas a evitar su utilización abusiva en el Real Decreto-ley 32/2021. Tras una contextualización histórica, se aborda la desaparición del contrato de obra o servicio, analizando los problemas transitorios y su posible renacer en el ámbito público. Finalmente, se aportan algunos datos sobre el posible impacto de esta medida. Desde esta perspectiva se estudian las posibles vías o puertos que podrían utilizarse ante esta derogación, destacando la nueva regulación del contrato por circunstancias de la producción –en especial en los supuestos de necesidades ocasionales pero previsibles, singularmente importantes para el sector agrícola; el nuevo contrato indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción; o el contrato fijo discontinuo para las empresas de servicios o cuya actividad consista básicamente en la subcontratación empresarial. Con estas premisas se analizan las reformas de estas modalidades, así como las nuevas reglas en materia de sucesión de contratos o de rotación de trabajadores en el mismo puesto de trabajo, así como la sobrecotización para

1. Este trabajo se inserta en el ámbito del proyecto de Investigación “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social” (US-1264479) financiado con fondos FEDER.

contratos temporales inferiores a treinta días. Ya por último se analizan los nuevos derechos de la representación legal de los trabajadores y de la negociación colectiva.

PALABRAS CLAVE: precariedad, obra o servicio determinado, eventual, fijo discontinuo, transformación en fijo, sobrecotización.

ABSTRACT: This paper analyses the reform by Royal Decree-Law 32/2021 of the temporary contracts legal framework and the rules designed to prevent its abusive use. After a historical contextualization, the disappearance of the contract for the performance of specific work or service is addressed, analyzing also the transitory problems and its possible rebirth in the public sphere. Finally, some data on the possible impact of this measure are provided. From this perspective, the possible routes or ports that could be used before this repeal are studied, highlighting the new regulation of the contract due to production circumstances –especially in cases of occasional but foreseeable needs, which are particularly important for the agricultural sector–; the new indefinite contract assigned to work in the construction sector; or the discontinuous fixed contract for service companies or for those whose activity basically consists of business subcontracting. According to these premises, the reforms of these modalities are also analyzed, as well as the new rules regarding the succession of contracts or the rotation of workers in the same job, as well as the overquotation for temporary contracts of less than thirty days. Finally, the new rights of legal representation of workers and collective bargaining in this field are also analyzed.

KEYWORDS: precariousness, contract for the performance of specific work or service, contract due to production circumstances, labour reform.

SUMARIO: 1. DE LA DEROGACIÓN DE LA REFORMA DE 2012 A UN OBJETIVO PROPIO Y ACTUAL: LA LUCHA CONTRA LA PRECARIEDAD CONTRACTUAL Y SALARIAL. 2. LA LUCHA CONTRA LA TEMPORALIDAD: ENCUADRAMIENTO HISTÓRICO. 3. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN: IDEAS GENERALES SOBRE LOS MECANISMOS DE ACTUACIÓN. 4. LA DESAPARICIÓN RADICAL, O NO TANTO, DEL CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADO: DATOS PARA VALORAR SU POSIBLE IMPACTO. 4.1. La desaparición de una institución tradicional. 4.2. La singular transición y los problemas de derecho transitorio. 4.3. La situación de los contratos formalizados previamente: su singularidad en el caso del sector público. 4.4. ¿Un renacimiento en el sector público?: la da 5 rdl 32/2021. 4.5. Algunos datos para valorar el impacto de esta medida. 5. EL CONTRATO –O CONTRATOS– POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN: SUBTIPOS Y CAPACIDAD DE REABSORBER A LOS ANTIGUOS CONTRATOS DE OBRA. 5.1. El primer subtipo: ¿el viejo contrato eventual con modificaciones o una nueva modalidad que absorbe aquella? 5.2. El segundo subtipo: los contratos ocasionales por necesidades previsibles, pero de escasa duración. 6. LA NUEVA CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO

“ADSCRITO A OBRA”. 6.1. Encuadramiento histórico: el origen de la institución y del problema. 6.2. De nuevo sobre los problemas transitorios. 6.3. Algunas notas sobre la nueva regulación. 7. LA MODALIDAD “ESTRELLA” DE LA NUEVA REFORMA: EL NUEVO CONTRATO FIJO DISCONTINUO. 8. UNA REFORMA “MENOR”: DEL CONTRATO DE INTERINIDAD AL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN. 9. LAS MODIFICACIONES NO RELATIVAS A LA CAUSA DEL CONTRATO (I): EL NUEVO ART. 15.5 ET. 10. LAS MODIFICACIONES NO RELATIVAS A LA CAUSA DEL CONTRATO (II): COTIZACIÓN ADICIONAL Y PAPEL DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES Y DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 10.1. La cotización adicional en la nueva redacción del art. 151 lgs. 10.2. El papel de la representación legal de los trabajadores y de la negociación colectiva. I I. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. DE LA DEROGACIÓN DE LA REFORMA DE 2012 A UN OBJETIVO PROPIO Y ACTUAL: LA LUCHA CONTRA LA PRECARIEDAD CONTRACTUAL Y SALARIAL

Resulta llamativo comprobar cómo durante buena parte de esta legislatura, el debate sobre el contenido de la reforma laboral de 2021 pareció centrarse, especialmente entre los socios del actual ejecutivo –e incluso entre los grupos que más habitualmente lo apoyan– en una cuestión aparentemente terminológica, pero que, sin embargo, encerraba una conclusión de hondo calado; esto es, si la “reforma laboral” comprometida en el pacto de legislatura supondría, o no, la derogación íntegra de la reforma de 2012².

No vamos a recordar aquí la posición a este respecto de los distintos partidos, grupos y ministerios implicados, pero sí a señalar como durante mucho tiempo esta reforma se presentó, al menos por algunos de estos actores, como una vía para recuperar los derechos laborales perdidos, no solo en la reforma de 2012, sino incluso –y lo que era aún más improbable– en la reforma de 2010. En cambio, para otros, esta reforma debería centrarse solo en aquellos aspectos “más lesivos” o regresivos de aquella y, obviamente, en los aspectos que el mismo Pacto de legislatura consideraba “en concreto” como de “carácter urgente”.

Pues bien, una vez conocido su texto “definitivo”, fruto además de un acuerdo social tripartito –como mecanismo retomado y destacado tanto en el Pacto de legislatura, como en el posterior Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia³–, lo primero que salta a la vista es que esta tan cacareada “derogación” –entendida incluso

2. Véase el Punto 1.3 del documento *Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España*, disponible aún el 30 de diciembre de 2021 en <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>

3. Véanse, por ejemplo, las páginas 29, 35, 38 y sobre todo 41 del mencionado documento que señalaba expresamente cómo: “El diálogo social es un instrumento clave para la articulación de las reformas contenidas en el presente Plan”. Su texto se encontraba disponible el 30 de diciembre de 2021

en una acepción meramente material y no formal–, aun siendo ciertamente importante –que no total– en el plano específico de la negociación colectiva –ultraactividad y prioridad del convenio de empresa– no lo es, ni mucho menos, en relación con los aspectos individuales del contrato de trabajo. Y ello ya que si bien el reciente acuerdo a tres bandas supone ciertamente la eliminación de buena parte –que no de todas– de las innovaciones incorporadas por el artículo 14 de la Ley 3/2012 –llama, eso sí, la atención la omisión de cualquier referencia al mecanismo de descuelgue, quizás, por su escasa utilización– poco o nada se altera –ni, desde luego se deroga– en relación con otras cuestiones igualmente incorporadas en aquella reforma como la intermediación en el mercado de trabajo, la clasificación profesional, el tiempo de trabajo, la movilidad funcional y geográfica, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o, sobre todo, las relativas a las reglas de despido.

De hecho, y en relación con este último punto, nos limitaremos aquí a resaltar como, más allá de anteriores derogaciones puntuales, centradas en alguna de las más discutidas causas relativas al despido objetivo y ya previstas en el acuerdo de legislatura, no existe en el nuevo acuerdo atisbo alguno de una eliminación radical de las profundas –o muy profundas– modificaciones que aquella reforma de 2012 incorporó en materia de extinción contractual. De hecho, en este campo la nueva reforma se limita, salvo error u omisión por nuestra parte, a derogar la disposición adicional decimosexta –obsérvese, no la decimoséptima, lo que quizás hubiera sido deseable–, a incluir una nueva causa de extinción en el caso del contrato indefinido adscrito a obra en la construcción –sobre el que volveremos casi inmediatamente–, y a incorporar, con la experiencia de la anterior pandemia, instrumentos suspensivos que faciliten su utilización en crisis globales o sectoriales, desincentivando así las extinciones contractuales. En cambio, y esto es lo llamativo, no hay modificación alguna de las reglas básicas del despido colectivo, tanto en sus aspectos procedimentales como causales, como tampoco la hay en la cuantificación de la indemnización en el caso de ser declarado improcedente. En estos aspectos, llamativamente, la reforma de 2012 –y, obviamente la de 2010– se mantiene incólume, lo que quizás haya permitido las cesiones empresariales en otros campos. Pero no adelantemos acontecimientos.

Por ahora lo que nos interesa resaltar es que de toda esta continuidad se deduce claramente que la reforma de 2021 no supone, por tanto, una simple derogación de la mayoría de las normas incorporadas en 2012. No es ese, por consiguiente, su objetivo ni su finalidad principal. El nuevo Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre no es una simple vuelta atrás a regulaciones históricas, difícilmente compatibles con las actuales dinámicas de nuestro sistema de relaciones laborales.

en https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf

Muy al contrario, basta una lectura de sus contenidos, tanto desde una perspectiva cualitativa, como incluso también cuantitativa, para constatar rápidamente como, en realidad, esta nueva reforma de 2021 tiene, en primer lugar, un objetivo distinto, propio y específico que va mucho más allá de volver atrás, a la situación previa a las reformas de 2012 o incluso de 2010. Y ello ya que, aun implícitamente, la reforma parece dar por buena, mediante un acuerdo social, y por tanto a postular la conservación de muchas de aquellas reglas y, sobre todo, las del despido. Pero a cambio, se logra, no ya solo volver atrás en determinados aspectos de la reforma de 2012 (en especial, repetimos, en sede de negociación colectiva), sino también ir mucho más allá de la situación de origen en aquel año, actuando de una forma extraordinariamente decidida –y quizás, como nunca se había hecho– frente al verdadero problema que intenta atajar y que no es otro, al menos a mi juicio, que el de la precariedad laboral, tanto contractual, como salarial.

En ese sentido, la reiteración en los dos primeros párrafos del Preámbulo del Real Decreto-ley 32/2021 de este término, precariedad, demuestra claramente que es la lucha contra esta lacra y sus externalidades de todo tipo, el objetivo nuclear que engarza y articula toda esta parte de la reforma que, obviamente, deberá continuarse con la relativa a las políticas de empleo. Es desde esta perspectiva desde la que, por ejemplo, se derogan, aquí sí, los aspectos más lesivos que para la negociación colectiva como instrumento básico de fijación salarial, incorporó la reforma laboral de 2012 –prioridad aplicativa del convenio de empresa y negación de la ultraactividad–. Pero junto a ello, y esto es lo importante, asistimos a una densa, pero sobre todo incisiva, regulación destinada a luchar contra la temporalidad, la dualidad y la segregación. Y ello, repetimos, no ya tanto mediante una vuelta atrás a una regulación que, como veremos, nunca fue realmente efectiva en este tema, sino mediante medidas que, aunque ciertamente enlazadas con toda una línea legislativa iniciada seguramente en 1992-1994, van mucho más allá y que, al menos a mi juicio, pueden tener por primera vez un efecto real y sustancial sobre la tasa de temporalidad en nuestro país.

En definitiva, la reforma de 2021 no es, por tanto, una simple contrarreforma laboral destinada a eliminar la reforma de 2012; no es un intento, seguramente desfasado, de intentar retornar a una realidad probablemente superada. Muy al contrario, es, por un lado, una aceptación sindical de ciertos contenidos de aquella, a cambio, eso sí, de una profunda revisión de determinados marcos del ordenamiento laboral, con una finalidad específica y modernizadora –la lucha contra la precariedad– que, aunque ciertamente relacionada con la anterior, no se limita a eliminar aquellos aspectos más lesivos en materia salarial, especialmente para los trabajadores o colectivos más vulnerables, sino que además incorpora reglas nuevas, singulares, y si se nos permite, por primera vez potentes, en la lucha contra la temporalidad.

De este modo, el nuevo acuerdo vendría así a conectar y continuar con una senda ciertamente clara de este ejecutivo y que la vincularía con otras medidas destinadas

a actuar contra la precariedad, la desigualdad y la pobreza laboral como serían, por ejemplo⁴, la notable subida del Salario Mínimo Interprofesional⁵, la fijación de reglas contra los abusos en las jornadas, especialmente en el caso de los trabajadores a tiempo parcial⁶, la lucha contra el ciberprecariado y los falsos autónomos en los trabajos de plataforma⁷, la regulación estable del teletrabajo⁸ o la necesaria lucha contra los abusos en la contratación temporal en el ámbito público, introducidas casi coetáneamente a la reforma por el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio y, reforzadas, sobre todo, por la disposición adicional sexta de la correlativa Ley de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Medidas, todas ellas, destinadas a luchar contra la precariedad como idea clave, como mantra, de una reforma que, por lo demás, debemos de reconocerlo, se diseñaba ya en sus aspectos nucleares tanto en los “contenidos urgentes” del Pacto de legislatura, como, y sobre todo, en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia⁹.

2. LA LUCHA CONTRA LA TEMPORALIDAD: ENCUADRAMIENTO HISTÓRICO

Pues bien, desde esta perspectiva, y ya en su faceta más concreta, que podríamos denominar de “lucha contra la precariedad causada por la temporalidad”, lo primero que debe destacarse es, por un lado, lo que este acuerdo supone de continuidad con toda una larga tradición normativa en nuestro ordenamiento; pero, también, y en segundo lugar, las indudables novedades que este mismo acuerdo conlleva y que sin duda le aportan una notable singularidad que, al menos a mi juicio, acabará reflejándose también en los futuros datos estadísticos, antes incluso del plazo trianual establecido a efectos de evaluación en la nueva DA 24 ET.

4. Véase igualmente la derogación de múltiples medidas contemplada en la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre o la DA 5 de esta misma norma en relación con la Seguridad Social de las personas que desarrollan programas de formación y prácticas no laborales y académicas que, salvo error u omisión por nuestra parte, sigue esperando su necesario desarrollo. Igualmente, en este campo debería destacarse el RD 902/2020 de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre hombres y mujeres, así como el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro.

5. Véase, sobre todo, Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019; Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero y Real Decreto 817/2021, de 28 de septiembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2021

6. Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo

7. Ley 12/2021, de 28 de septiembre, fruto del previo Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo.

8. Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

9. Fundamentalmente, y como reconoce el propio Preámbulo del RDL 32/2021, de su Componente 23

Desde estas premisas, suele ser un lugar común señalar como una de las principales notas que han definido durante estos últimos veinte años al mercado de trabajo español ha sido y es –junto con otras, obviamente, como la escasa participación femenina y su elevado desempleo– la altísima temporalidad y, por consiguiente, la alta reactividad/volatilidad que nuestro sistema presenta, en especial en los supuestos de crisis económicas. Baste señalar que, como se aprecia infra en la Tabla 1, España presenta casi el doble de “temporalidad” que la media tanto de la EU como de la Eurozona con las consiguientes externalidades de todo tipo que ello genera y en las que, por cierto, con indudable acierto se recrea el Preámbulo del reciente Real Decreto-ley.

Tabla 1. Empleados temporales como porcentaje del número total de empleados(entre 15 y 64 años), tercer cuatrimestre de cada año

GEO/TIME	1998	2000	2005	2010	2012	2014	2016	2018	2019	2020	2021
EU-27	:	:	15,9	15,7	15,2	15,7	16,0	15,9	15,2	13,6	14,3
Euroárea 19	:	:	16,4	15,8	15,4	15,5	16,1	16,6	16,0	14,3	15,7
Belgica	:	9,1	9,0	8,2	8,1	8,7	8,9	11,1	11,3	10,5	11,0
Dinamarca	:	10,2	10,3	8,6	8,6	8,2	12,5	10,3	11,1	10,8	11,5
Alemania	:	:	14,4	14,8	13,8	13,2	13,2	12,5	11,8	:	11,2
Irlanda	:	7,8	4,9	11,2	11,2	10,7	9,6	11,1	10,3	9,1	10,6
Grecia	12,9	14,5	12,3	13,3	10,8	13,0	12,1	12,7	14,1	10,5	11,8
España	33,4	32,6	34,5	25,4	23,9	24,7	27,0	27,5	26,8	24,3	26,1
Francia	:	:	14,9	15,8	15,7	15,9	16,9	17,0	16,6	16,0	15,8
Italia	9,2	10,3	12,2	12,8	14,2	14,1	14,7	18,0	17,7	15,5	17,1
Países Bajos	:	14,0	15,8	18,4	19,5	21,8	21,1	21,8	20,3	17,5	27,2
Austria	:	:	9,7	10,3	9,8	9,8	9,6	9,8	9,1	8,8	9,8
Polonia	:	5,9	26,3	28,1	26,7	28,8	27,3	23,8	21,3	18,0	13,8
Portugal	17,7	20,3	19,9	23,0	21,2	22,0	22,4	22,3	20,5	17,3	17,3
Suecia	:	:	17,1	17,7	17,0	18,5	17,1	17,3	16,7	15,8	15,9
Islandia	:	:	6,1	15,2	16,5	16,1	14,0	11,1	10,2	11,3	16,3
Noruega	:	:	10,8	8,9	9,4	8,6	9,5	9,1	8,8	8,6	9,8
Suiza	:	:	:	13,4	12,9	13,6	12,9	13,5	13,0	12,8	13,4

Fuente: Eurostat, LFS series - detailed quarterly survey results (from 1998 onwards; lfsq_etpga)

Estos datos reflejan un dato evidente: esto es, que durante cerca de veinte años la temporalidad se ha convertido en la “forma española de flexibilidad” frente a otros instrumentos más comunes en otros países como el trabajo a tiempo parcial (por ejemplo, Austria o, sobre todo, en Países Bajos) o el trabajo autónomo (por ejemplo, tradicionalmente Italia), aunque sobre esto último volveremos brevemente al final de este apartado.

Por ahora, y aunque sea a efectos expositivos, nos interesa recordar otro factor ciertamente importante; esto es, que la irrupción de la temporalidad en nuestro sistema, allá por los años ochenta del siglo pasado –básicamente a través de la Ley 32/1984 de 2 de agosto y el RD 1989/1984 17 de octubre-¹⁰, se justificó, básicamente, como un mecanismo de fomento del empleo destinado a permitir la conservación de las reglas tradicionales del ordenamiento laboral para los varones con responsabilidades familiares, trasladando así toda la flexibilidad/precariedad a los jóvenes y a las mujeres que retornaban o ingresaban en aquel momento al mercado de trabajo (“flexibilidad al margen”). De este modo, la conservación de las reglas tradicionales –especial, aunque no exclusivamente en relación con la indemnización por despido improcedente y el procedimiento y las causas del despido colectivo– en un contexto de postulada flexibilización como medida de fomento del empleo, se logró mediante una segmentación del mercado de trabajo, una dualización del mismo, en principio aparentemente temporal (esto es, en la fase de entrada), pero que, sobre todo para determinados segmentos de escasa cualificación y para determinados sectores productivos, acabó convirtiéndose en un dato estructural, en una trampa de la que era prácticamente imposible escapar, con las consiguientes externalidades que esta “cultura de la temporalidad” generaba, no solo para estas personas, sino también para el propio sistema productivo y la entera sociedad¹¹.

Fue esta lógica implícita la que hizo que, cuando en especial a partir de 1994¹², la lucha contra la temporalidad empiece a convertirse en el mantra de las sucesivas reformas laborales –prácticamente de todas, salvo la de 2012–, lo haga desde una doble perspectiva: de un lado, mediante el endurecimiento de las reglas de la contratación temporal –ya sea en relación con sus costes como en relación con sus causas y posibilidades de actuación– pero también, y sobre todo, flexibilizando e incentivando –las famosas “bonificaciones”- la contratación indefinida, ya sea de un sector de la misma –los ya derogados contratos de fomento de la contratación indefinida– como, y sobre

10. Sobre el nacimiento de estas vías y su desarrollo nos remitimos por todos a I. Flórez Saborido, *La contratación laboral como medida de política de empleo en España*, CES, Madrid, 1994.

11. Sobre el tema, véase por todos, AAVV., *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*, (dir. L. Toharia), Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005.

12. El cambio de tendencia hacia la bonificación solo de la contratación indefinida y hacia una mayor estabilidad de la contratación laboral temporal puede no obstante apreciarse ya en la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo

todo, mediante una progresiva labor de zapa de sus reglas protectoras más tradicionales, sacrificadas ahora, paradójicamente, para facilitar la salida de la temporalidad a estos “outsiders”¹³.

Como decimos, estas dos líneas, con mayor o menor intensidad, pueden detectarse en las sucesivas reformas que desde 1994 van a marcar nuestro sistema de relaciones laborales, todas ellas, si se nos permite, con escasos o mínimos éxitos. Así, por ejemplo, y muy brevemente, si la reforma de 1994 apostó por la casi desaparición de los contratos temporales no causales y una mayor flexibilidad interna de la relación indefinida¹⁴, la experiencia demostró que la simple eliminación de una vía –los contratos temporales no causales de fomento de la contratación¹⁵– solo conducía a su trasvase a otras modalidades cuya causalidad –obra o servicio y eventuales fundamentalmente– se vio incluso mermada no solo por algunos convenios colectivos fundamentalmente provinciales¹⁶, sino también por una jurisprudencia que incentivó, de un lado, el uso del contrato de obra o servicio, y que por el otro, tendió durante mucho tiempo a reducir las consecuencias perjudiciales de su uso fraudulento de la contratación temporal para el empleador en el sector público, dando lugar así a una realidad que, dejando a un lado su derivada europea, ha tenido que motivar la reciente Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

En cualquier caso, unas líneas similares se encuentran presentes en la reforma de 1997¹⁷, fruto del –obsérvese la denominación– el previo Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo. De hecho, en esta reforma, se introdujeron importantes modificaciones en relación con los contratos formativos y temporales, como,

13. Como es bien sabido esta dicotomía entre insiders y outsiders –cuyo origen se encuentra en la distinción entre empleados y desempleados– fue igualmente utilizada de forma extraordinariamente amplia por alguna Fundación para postular una progresiva reducción de derechos de los trabajadores indefinidos y temporales hasta llegar, obviamente, a la conocida propuesta del contrato único... o no tanto.

14. Véase la Ley 11/1994, de 19 de mayo.

15. De hecho, el RD Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, por el que se regulaba la contratación temporal como medida de fomento del empleo fue derogado por la Ley 10/1994, de 19 de mayo. Véase, no obstante, el art. 44 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

16. Nos remitimos, evidentemente, al valioso estudio de Ricardo Escudero Rodríguez “Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma” en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1997, n.1., pág. 205 y sig.

17. Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo, y la posterior Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida que ya señalaba expresamente cómo objetivo “luchar contra el paro, la precariedad laboral y la alta rotación de los contratos, y potenciar nuestra capacidad generadora de empleo, en especial del empleo estable. Es evidente, según señalan los agentes sociales, que el funcionamiento del mercado laboral en la actualidad no resulta el más adecuado para basar sobre él un modelo de relaciones laborales estable, ya que perjudica tanto a las empresas como a los trabajadores, por lo que las medidas que se proponen a los Poderes Públicos pretenden contribuir a la competitividad de las empresas, a la mejora del empleo y a la reducción de la temporalidad y rotación del mismo”.

por ejemplo, la eliminación del contrato de lanzamiento de nueva actividad, una “especificación y delimitación” de los contratos de obra y eventuales y, sobre todo, la eliminación de la mención específica a la contratación temporal como medida de fomento del empleo. Pero, por el otro, tampoco cabe olvidar cómo esta misma norma procedió, igualmente, a incorporar, de forma aparentemente transitoria, un denominado contrato para el fomento de la contratación indefinida, en el que, por primera vez, se detectaba una indemnización reducida por despido improcedente de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades.

En este contexto, y tras el relativo fracaso que supuso en 1998 la reforma del contrato a tiempo parcial como posible vía alternativa de flexibilidad –relativamente frecuente en otros países de Europa, como ya hemos señalado–, lo cierto es que las reformas de 2001¹⁸ y 2002 siguieron unas líneas similares –aunque, obviamente, con algunas peculiaridades– a las antes señaladas. Y ello ya que si bien es cierto que en las mismas se incorporó una indemnización de precariedad para los principales contratos temporales de ocho días de salario por año de servicio, al mismo tiempo que se realizaba, eso sí, una “tibia” –o muy tibia– transposición Directiva de 1999/70 y se apostaba por una forma mucho más flexible de contratación a tiempo parcial, no lo es menos que estas mismas normas incorporaron un nuevo contrato temporal de inserción, del mismo modo que se amplió el uso para determinados colectivos del contrato de formación. Y todo ello sin olvidar la aparente normalización y generalización del contrato del contrato de fomento de la contratación indefinida.

No obstante, la reforma fundamental en materia de coste de extinción, aparentemente para el contrato indefinido, se produjo con el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, y la posterior Ley 45/2002. Y ello ya que en ambas normas se que procedió a eliminar, de iure en el primer caso, y de facto en el segundo, a través de los denominados despidos exprés, los salarios de tramitación, con un efecto, sin embargo, y al menos a mi juicio, especialmente contraproducente en relación con la temporalidad. Y ello ya que, al eliminar el núcleo de la indemnización en los supuestos de contratos temporales de escasa duración, se desincentivaron las reclamaciones individuales ante lo mísero de las mismas y su efecto contraproducente en las expectativas de una nueva contratación por el mismo empresario.

En cualquier caso, el fin seguramente de todo este ciclo se produce con las reformas de 2006¹⁹ y, en menor medida, de 2010. Así, en la primera todavía es posible encontrar, por un lado, un fuerte incentivo económico a la transformación de contratos temporales en indefinidos, al mismo tiempo que no solo se eliminaba el contrato de inserción, sino que además, se sustituía la vieja y genérica remisión a la negociación

18. Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo y Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad

19. Véanse Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo y la posterior Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

colectiva en el establecimiento de medidas de lucha contra la temporalidad, por otra más concreta para la sucesión de trabajadores en el mismo puesto de trabajo, estableciendo legalmente la conversión de aquellos contratos temporales de trabajadores que hubieran prestado servicios de este tipo en el mismo puesto de trabajo mediante dos o más contratos durante veinticuatro meses en un periodo de treinta.

Y, por su parte, la reforma de 2010 procedió, no solo a limitar la duración máxima del contrato de obra o servicio o a eliminar la controvertida exigencia del puesto de trabajo del art. 15.5 ET, sino que además procedió a establecer un sistema destinado a intentar equiparar los costes empresariales de extinción entre los contratos temporales estructurales –cuya indemnización se elevaba ahora a doce días de salario por año de servicio– y la extinción procedente por causas empresariales de los nuevos contratos indefinidos –recuérdese la DT 3 de la Ley 35/2010²⁰.

Pues bien, y como decimos, lo más llamativo es que, frente a toda esta tradición reformista caracterizada, como decimos, por la doble vía de endurecer, limitar y encarecer la contratación temporal, y de flexibilizar la contratación indefinida, la reforma de 2012, lejos de esta dualidad se centró prácticamente de forma exclusiva en esta segunda, al reducir, sobre todo, las indemnizaciones por despido improcedente y al facilitar los despidos colectivos y objetivos por causas empresariales. Y ello ya que seguramente en esta reforma la lucha contra la temporalidad era un objetivo menor o prácticamente inexistente ante la caída de esta tasa –véase el salto del año 2005 al 2010 en la Tabla 1 o más detalladamente el Gráfico 1– como consecuencia de la focalización en estos contratos del primer proceso de destrucción, especialmente intenso en el sector de la construcción²¹. Buena prueba de ello fue la posterior aparición incluso de nuevas formas de contratos temporales de fomento del empleo como el de primer empleo joven²². En realidad, lo que hoy es indudable es que el objetivo de aquella reforma fue presionar para lograr una devaluación salarial que, no obstante, afectó principalmente a los más débiles provocando un crecimiento exponencial de la desigualdad, de la precariedad y del colectivo de trabajadores pobres²³.

Sea como fuere, y tras este brevísimo repaso, solo querríamos destacar dos ideas. La primera es, llamativamente, el escaso efecto de buena parte de estas medidas.

20. Véase, no obstante, el RD-ley 10/2011, de 26 de agosto que anticipaba ya el cambio de corriente y que anticipaba, nuevamente, una menor atención en la lucha contra la temporalidad que se suponía, nuevamente, a la creación de empleo en un entorno de fortísima crisis del mismo.

21. Véase, por ejemplo R. Lorente Campos, A. Guamán Hernández, “Expansión de la temporalidad y erosión de la relación de empleo estándar en España: ¿La irrupción de un nuevo paradigma de relación de empleo?”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2018, n. 36, pág. 52.

22. Véanse art. 12 de la Ley 11/2013, de 26 de julio.

23. En relación con esta figura nos remitimos a lo que ya en su momento señalamos en AAVV., *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo. Concepto y evolución de la pobreza en la ocupación: el impacto de las últimas reformas legales*, (dir. F.J. Calvo, R. Gómez-Álvarez), Laborum, Murcia, 2017.

Como puede apreciarse en el Gráfico 1, a pesar de todas estas reformas el porcentaje de trabajadores asalariados con contratos temporales sobre el total de asalariados –eje izquierdo– nunca ha bajado desde 1998 del 20%, situándose siempre –como puede observarse en el Gráfico 2, referido, eso sí, solo a las personas entre 20 y 64 años sobre el total de empleados– como uno de los rasgos específicos en nuestro sistema, incluso por encima de Polonia o Portugal aunque llamativamente superado, al menos en los últimos datos, por Países Bajos.

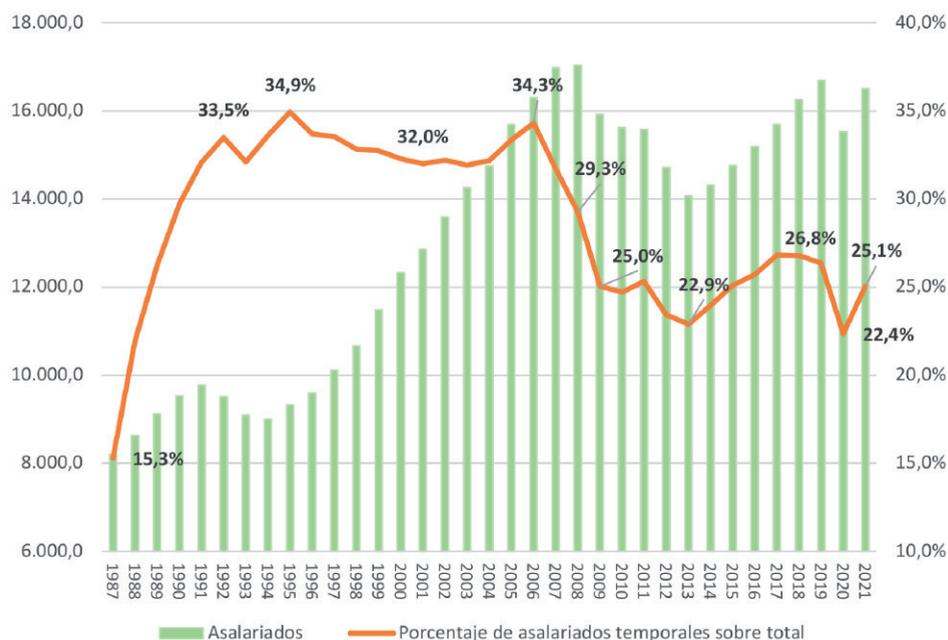


Gráfico 1. Porcentaje de asalariados sobre el total en segundos trimestres (1993-2021). Fuente: INE, EPA y elaboración propia

De hecho, y como puede apreciarse nuevamente en el Gráfico 1, tras una primera etapa –entre 1984-1995–, de crecimiento exponencial, y una vez alcanzada la que podríamos denominar su “cota” entonces “estructural”, en el entorno del treinta por ciento, el crecimiento del empleo y las sucesivas reformas –segunda etapa 1995-2006– apenas van a tener impacto sobre esta tasa.

Es cierto que en los dos años siguientes a la reforma de 2006 –se toman siempre los segundos trimestres del año– se aprecia una notable caída en esta ratio, sin la correlativa caída de asalariados, lo que puede reflejar un cierto impacto de aquella reforma.

Pero no lo es menos que a continuación, su espectacular caída a partir de ese año 2008 y hasta el año 2013 parece ser consecuencia más de la abrupta caída del empleo ligadas a estas crisis, que se cebaron especialmente en el empleo temporal, que al impacto de las sucesivas reformas, en especial la del 2010 y, como ya hemos señalado, la de 2012 en la que la preocupación por la temporalidad es escasa, cuando no prácticamente inexistente.

De hecho, lo cierto es que cuando comienza la recuperación –cuarta fase–, esta es especialmente intensa en los contratos temporales como demuestra el incremento de esta tasa de temporalidad que, no obstante, alcanza solo cotas del 26% justo antes de la empezar la pandemia. Y el ya señalado rebote de esta misma tasa en el año 2021 parece demostrar esta especial debilidad de los contratos temporales en épocas de crisis, pero su acelerada utilización en épocas de recuperación.

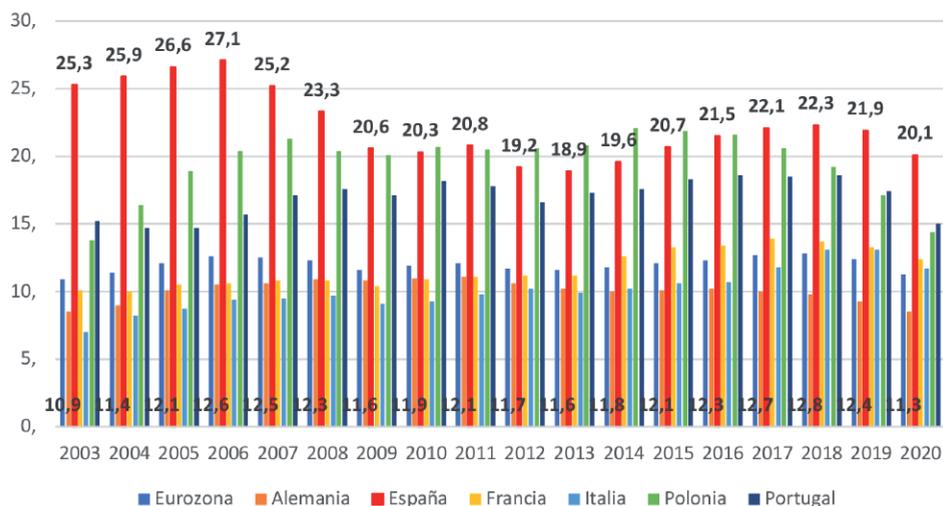


Gráfico 2. Temporary contracts, percentage of total employment (20 to 64 years) (2003-2020) annual data. Fuente: Eurostat, Labour Force Survey

En cualquier caso, lo que sí resulta llamativo es que esta relativa reducción en el uso porcentual de la contratación temporal no ha supuesto una reducción idéntica en la utilización de contratos atípicos. Y ello ya que en una parte ciertamente significativa esta caída se ha visto compensada por la más frecuente utilización de otras medidas de flexibilidad como el trabajo a tiempo parcial. De hecho, y como puede apreciarse en el Gráfico 3 el porcentaje de atipicidad sobre el total de la ocupación se ha mantenido –dejando a un lado su caída en las fases de más intensa crisis– en el entorno del 35%, aunque obviamente el uso del contrato a tiempo parcial en nuestro país está lejos de la media europea.

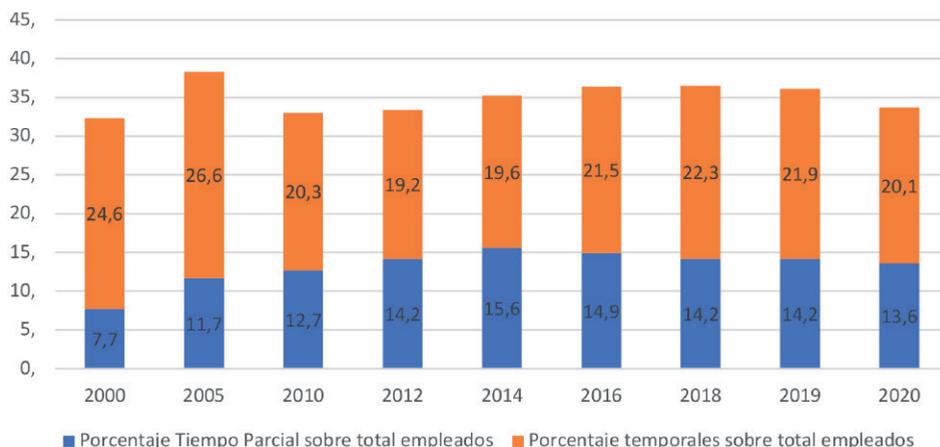


Gráfico 3. Porcentaje de trabajadores a tiempo parcial y temporales sobre el total de empleo. Fuente: Eurostat, European labour Force Survey (1993-2020) - annual data [LFSI_PT_A_H__custom_1834225]

Ello podría ser reflejo de un cierto cambio en el uso de los mecanismos de flexibilidad por parte de nuestros empresarios, aunque no así de la intensidad de la precariedad, sobre todo si tenemos en cuenta el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial involuntarios y los abusos que en ocasiones se han detectado y que motivaron, en su momento, la aprobación del Real Decreto-ley 8/2019 de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

3. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN:

IDEAS GENERALES SOBRE LOS MECANISMOS DE ACTUACIÓN

Pues bien, tras esta contextualización inicial es posible abordar ya algunos de los rasgos generales del reciente acuerdo social y del correlativo Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

Se trata, obviamente, unas notas breves y fundamentalmente introductorias, que serán desarrolladas en estudios específicos –sobre la reforma de los contratos temporales estructurales, de los contratos formativos y del innominado, pero real, contrato indefinido de obra en el sector de la construcción– a los que nos comprometemos desde este proyecto de investigación.

Desde estas premisas, lo primero que seguramente debe destacarse en relación con las líneas estratégicas acogidas por la reforma de 2021 es que, a diferencia del resto de reformas desde 1994, en esta ocasión el acuerdo se ha centrado casi exclusivamente en

la reducción de las causas y en el incremento de las limitaciones o de los condicionantes de la contratación temporal (esto es, en lo que antes denominábamos endurecimiento de la contratación temporal), prestando en cambio un menor interés a la flexibilidad interna y, sobre todo, a la flexibilidad externa de la relación común o indefinida. De hecho, basta una rápida lectura del RDL 32/2021 para constatar cómo, salvo la incorporación de mecanismos de suspensión –que, llamativamente, lo que hacen es desincentivar el despido–, poco o nada se ha hecho en relación con el régimen “general”, con la flexibilidad en la gestión y en la extinción de la relación laboral típica o común. Y ello, seguramente, ya que los agentes sociales y el propio gobierno consideraron que esa labor ya la realizó –decididamente añadimos nosotros– el legislador de 2012.

Cuestión distinta, y que también hemos avanzado, es que esta misma omisión puede también interpretarse como una renuncia sindical a su modificación y, por tanto, a una aceptación tácita de aquellas mismas reglas que, incorporadas como contenido implícito, representarían, al menos a mi juicio, un notable éxito de las asociaciones empresariales y una importante, aunque comprensible concesión de las organizaciones sindicales en la inevitable transacción que todo acuerdo conlleva. Por tanto, y desde esta perspectiva, la reforma laboral de 2021, en materia de contratación temporal, más que una “demolición” de las reglas que en este campo conllevó la legislación de 2012 –prácticamente inexistentes– habría supuesto su “complemento”, equilibrando aquella y cubriendo una importante laguna que aquel legislador, en aquel momento, no pudo o no quiso cubrir.

Un segundo elemento importante, al menos a mi juicio, es que, a diferencia también de nuestra experiencia histórica, y sobre todo de la reforma de 2006, las partes parecen haber renunciado al uso, hasta 2012 bastante generalizado, de los mecanismos de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social como instrumento clave en el fomento de la contratación indefinida. De hecho, basta observar la composición del acuerdo y compararla con la estructura de leyes como la 64/997, la 10/2001, o la 43/2006 para comprender lo que decimos.

Se trata de una opción, al menos a nuestro juicio absolutamente acertada, ya que, como han demostrado diversos estudios, tanto del profesor Toharia²⁴ como de la Agencia de Evaluación y Calidad²⁵, e incluso se reconoció en algún momento por el propio legislador²⁶, estas bonificaciones, sobre todo cuando eran generalizadas, te-

24. *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la seguridad social para el empleo en la afiliación a la Seguridad Social: un intento de evaluación microeconómica e institucional*, en especial, pág. 270 (disponible el 1 de enero de 2022 en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/62d7c3ea-0908-4706-8dfa-6c2607661a8f/F81_07N.pdf?MOD=AJPERES)

25. AEVAL *Evaluación sobre la política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*, 2009, en especial pág. 109 y 110. Posteriormente una opinión quizás más matizada en AIREF, *Incentivos a la contratación*, octubre 2020.

26. Véase en este sentido el Preámbulo del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio que señala cómo: “la incidencia la han soportado especialmente aquellos gastos más superfluos o con efectos más

nían un importante efecto peso muerto y un muy reducido efecto sustitución, lo que no justificaría su coste y haría dudar de su eficacia y, desde luego, de su eficiencia.

En tercer lugar, es igualmente importante destacar que a diferencia también de otras reformas anteriores, en este caso no se ha abordado en profundidad el contrato a tiempo parcial como posible vía alternativa al contrato temporal y, por tanto, como instrumento hipotéticamente “menos lesivo” de flexibilidad, aunque sea igualmente atípica. A nuestro juicio, la auténtica reforma material de esta modalidad se produjo mucho antes, con el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, que, como es bien sabido, vino a evitar una parte fundamental de los abusos de estas trabajadoras. En cambio, ahora, el RDL 32/2021 se “limita” a derogar el art. 12.3 ET para dar así más espacio al instrumento realmente central en esta reforma como es el nuevo contrato-fijo discontinuo que, en su ardua y compleja evolución, parece separarse definitivamente del contrato por circunstancias de la producción y del contrato a tiempo parcial.

Un cuarto elemento importante, nuevamente a mi juicio, es que la reforma tampoco parece ir en la línea de intentar acercar los costes económicos de extinción de la contratación temporal a los de la contratación indefinida. Abandonada, al menos por ahora, la famosa y controvertida propuesta del contrato único, la reforma no modifica las indemnizaciones de precariedad de los principales contratos temporales –o más bien, ya solo del de circunstancias de la producción– ni retoma ideas de financiación de parte de la indemnización por despido objetivo a través del FOGASA²⁷. En este campo, lo que sí hace la reforma es intensificar la penalización de la contratación temporal, ahora de escasa duración, ampliando la sobrecotización a todos los contratos de duración inferior a treinta días y utilizando una base fija y no variable, con el mayor impacto correlativo y proporcional sobre los contratos temporales de muy escasa duración y, desde luego, con menor salario –esto es, los especialmente precarios–. Pero sobre ello volveremos algo más tarde.

Por ahora, un quinto rasgo que igualmente nos gustaría destacar de la reforma es que, al menos en su versión definitiva, tampoco ha optado por alterar las consecuencias de la contratación temporal irregular en el plano indemnizatorio. Aunque ahora, por fin, se señale –y no es presuma– la fijeza –y no, recuérdese, su carácter indefinido– en los supuestos de contravención del art. 15 ET –lo que, obsérvese, puede tener, o no, importancia en el caso de los contratos temporales fraudulentos en el seno de la Administración Pública, máxime ante la derogación de la DA 16 ET y de los primeros puntos de la DA 15 ET–, lo cierto es, como decimos, que el texto definitivo del

débiles sobre los incentivos de los agentes económicos. En esta línea hay que situar las bonificaciones a la contratación en las cotizaciones a la Seguridad Social (que han perdido relevancia en el contexto de las nuevas medidas introducidas por la última reforma del mercado de trabajo)...”.

27. Recuérdese lo que en su momento se estableció en la Disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

acuerdo no ha incorporado la llamativa propuesta de una nueva causa de nulidad del despido que, sin duda, hubiera incentivado las reclamaciones individuales al recuperar en estos casos los salarios de tramitación. Muy al contrario, se ha optado “tan solo” por incrementar las cuantías y el número de las infracciones ligadas a esta normativa (respuesta sancionadora/punitiva y no indemnizatoria/resarcitoria), focalizando el control de la contratación temporal irregular en la Inspección de Trabajo –tema este que será abordado en otro estudio de este monográfico–, sin abordar la necesidad de una reforma que incentivara igualmente las reclamaciones en el seno de la relación individual, especialmente en el caso de los incumplimientos más flagrantes y evidentes. El resultado de todo ello es que estas indemnizaciones seguirán siendo escasas, especialmente en los contratos de muy corta duración, lo que seguirá desincentivando las reclamaciones individuales, sobre todo mientras la indemnización no supere los costes de todo tipo de la reclamación judicial, unidos en ocasiones a la simple expectativa de una posterior contratación por el mismo empleador. Cuestión distinta es si la simplificación de modalidades y, sobre todo, la nueva regulación legal de la transformación en fijos de los trabajadores cuando en su puesto se haya producido una sucesión de trabajadores temporales pueda facilitar la gestión incluso automatizada de la Inspección en estos casos. Pero sobre ello volveremos algo más tarde.

Finalmente, y en sexto lugar, nos interesa destacar cómo junto a esta finalidad de lucha contra la precariedad ligada a la temporalidad, subyacen igualmente en la reforma otras finalidades más o menos enunciadas. La primera se centra, obviamente, en la reducción de modalidades contractuales tantas veces reclamada por la Unión Europea²⁸. Lo peculiar, al menos a mi juicio, es que en esta ocasión esta reducción sí se aborda materialmente y no –como en otras reformas– mediante el simple artificio de reducir el número de modelos administrativos, incrementando, eso sí, el número de páginas de los nuevos modelos –con un resultado, por cierto, similar incluso en cuanto al número de páginas de la suma de modelos...-.

Partiendo de la “poda” que ya en su momento realizó la Disposición Derogatoria única del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, el RDL 32/2021 sí va a buscar, incluso concienzudamente, una reducción de modalidades, como vehículo, además, para incentivar la contratación indefinida. Y ello, repetimos, aunque en ocasiones esta opción conlleve la incorporación a una misma modalidad de subtipos no siempre adecuados –piénsese en el contrato por circunstancias de la producción común, y el ocasional pero previsible incorporado en el último momento, o en la integración del anterior modelo de contrato de formación dual universitaria en el nuevo de formación en alternancia–, o la aparente conversión de una modalidad contractual como era el fijo de obra en una “causa de extinción” que, sin embargo, solo se va a

28. De ahí seguramente que seguramente se recogiera expresamente en 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”.

predicar de una nueva modalidad contractual –el contrato indefinido adscrito a obra– que, sin embargo, se prefiere silenciar. Pero sobre ello volveremos algo más tarde.

Por ahora nos limitaremos a recordar cómo junto a esta segunda finalidad subyace, al menos a mi juicio, otro tercer objetivo, aunque este sea específico de los contratos formativos. Y ello ya que, sin poder detenernos aquí en una materia que será objeto de estudio por otro trabajo en este mismo monográfico, basta una breve lectura del RDL 32/2021 para constatar cómo el acuerdo no solo buscaba evitar las formas más evidentes de precariedad en el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo –piénsese en la proyectada (aunque aparentemente no acometida finalmente) derogación de las prácticas no laborales²⁹ o en el anuncio de un necesario estatuto del becario (DA 2 RDL 32/2021)- sino que, además, también se articula una clara apuesta por la formación dual o en alternancia, coherente, por lo demás, con el decidido apoyo que a la misma se le ha dado tanto desde la nueva legislación universitaria³⁰, como desde la propuesta de reforma de la formación profesional³¹.

Pues bien, una vez delimitadas las líneas estratégicas de la reforma, ya estamos seguramente en condiciones de abordar el estudio, al menos inicial y esquemático, de estas concretas modificaciones legales.

4. LA DESAPARICIÓN RADICAL, O NO TANTO, DEL CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADO: DATOS PARA VALORAR SU POSIBLE IMPACTO

4.1 La desaparición de una institución tradicional

Desde esta perspectiva, la primera medida y, sin duda, la más llamativa de toda la reforma, ha sido la desaparición del tradicional contrato de obra o servicio determinado, tanto de su sede natural o nuclear –esto es, en el antiguo artículo 15.1.a) ET– como de las diversas menciones o referencias que a este mismo tipo contractual se realizaban en múltiples normas, tanto universitarias y de investigación –por ejemplo, en los artículos 26.7 y 30 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia y Tecnología³² o en el artículo 48.1 y 3.bis de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre

29. Véase el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas.

30. Véase el art. 22 del RD 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad.

31. Véase el Proyecto de Ley Orgánica de ordenación e integración de la Formación Profesional (Cong. Diputados, Serie A, núm. 67 Núm. exp. 121/000067), presentado el 8 de septiembre de 2021. El texto remitido al Congreso de los Diputados en el BOCG. Senado Núm. 277_2626 (Apartado I) de 28/12/2021 Pág.: 183

32. Como se recordará el primero permitía la contratación de investigadores y el segundo de personal técnico laboral para la realización de proyectos de investigación científica y técnica por parte de

de Universidades³³-, como específicamente, en el sector de la construcción –Disposición Adicional Tercera, tanto de la Ley 32/2006 como del propio ET-.

En cualquier caso, es importante destacar cómo en los últimos textos que disponíamos del proceso negociador, esta eliminación parecía que iba a ser tajante y, podríamos decir, casi radical y exhaustiva. Baste recordar como en aquellos documentos se preveía una inmediata entrada en vigor de las reformas legales y, en especial, de la nueva redacción del art. 15 ET; la correlativa derogación igualmente inmediata de cualquier otra referencia indirecta en nuestro ordenamiento a esta misma modalidad contractual; y, todo lo más, la mera pervivencia de los contratos de este tipo formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo, tanto al amparo del art. 15.1.a) ET como del contrato fijo de obra del art. 24 CCGC, hasta eso sí, su duración máxima.

Pues bien, basta una breve lectura del texto definitivamente publicado en el BOE para constatar cómo, seguramente por mera necesidad ante la trascendencia de esta desaparición, todas y cada una de estas cuestiones han sido matizadas o abiertamente alteradas en el texto final del RDL 32/2021, dando lugar a una realidad en la que esta misma derogación no ha sido finalmente ni tan rápida, radical y abrupta como inicialmente se nos anunciaba, ni, en segundo lugar, tan intensa, completa y exhaustiva como en un principio se nos vaticinaba.

4.2. La singular transición y los problemas de derecho transitorio

En este sentido, y por lo que se refiere, en primer lugar, a la perspectiva temporal, es bien conocido como la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 15 ET –y, por tanto, la desaparición de esta modalidad como instrumento habilitante de la contratación temporal– se ha visto postergada en el texto final de la norma hasta el 30 de marzo de 2022; esto es, hasta tres meses después de la publicación en el BOE de la nueva norma –DF 8.2.b) RDL 32/2021-.

Más allá de recordar cómo esta amplia *vacatio legis* obligará y obliga a justificar la extraordinaria y urgente necesidad de esta norma más por las exigencias de plazos ante la Unión Europea, que por lo urgente de una aplicación normativa ciertamente aplazada, de lo que no parece que quepa duda alguna es de que el contrato de obra o servicio –como por lo demás se encarga de recordar la DT 4 RDL 32/2021–, seguirá vigente de forma general en nuestro ordenamiento hasta esta fecha –el 30 de marzo de 2022–, pudiendo por tanto estipularse contratos de este tipo hasta ese último día,

los organismos públicos de investigación de la Administración General del Estado.

33. Como se recordará, el primer precepto permitía la contratación de personal investigador, técnico u otro personal, a través del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica; mientras que el segundo señalaba que estas mismas universidades podrían “contratar personal investigador conforme a lo previsto en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación”.

sometidos, por lo demás, a la misma doctrina jurisprudencial que ha ido limitando paulatinamente su ámbito de actuación, seguramente excesivamente ampliado por la jurisprudencia, sobre todo, de los años noventa.

En realidad, la única singularidad prevista en esta Disposición Transitoria Cuarta es que “su duración no podrá ser superior a seis meses”; una regla esta, aparentemente sencilla, pero que, en cambio, plantea, al menos a mi juicio, dos importantes dudas.

La primera, su propio ámbito de aplicación. Y ello ya que, dejando a un lado, al menos por ahora, la situación de los contratos fijos de obra, con un régimen quizás singular dada la entrada en vigor inmediata de la nueva redacción de la DA 3 Ley 32/2006, cabría plantear al menos sí esta disposición es aplicable a los contratos de obra o servicio que pudieran formalizarse al amparo de los artículos antes citados tanto de la Ley de Ciencia y Tecnología, como de Universidades. Y a mi juicio, la respuesta es clara: en ambos casos esta contratación es posible pero sometida al término de seis meses antes señalado.

La segunda parece más compleja y se centra en el sentido que ha de darse a ese nuevo término resolutorio establecido en el precepto. Y ello ya que, a poco que se piense, es fácil ver cómo existen dos posibles interpretaciones del mismo con efectos radicalmente distintos.

La primera, y sin duda la más limitativa, partiría de que la naturaleza de estos contratos no se habría alterado en absoluto: los contratos de obra o servicio formalizados en esta última fase de su historia –al menos por ahora– seguirían sometidos a un único término cierto en el *an*, pero no en el *quando* (la finalización de la obra). Y ello ya que, según esta primera interpretación, lo único que habría autorizado la DT 4 sería contratos de obra o servicio de muy escasa duración, en los que la obra, además de limitada en el tiempo, no podría tener una duración superior a seis meses. De ahí que, desde esta perspectiva, solo estos contratos de escasa duración podrían ser admitidos por esta vía, pudiéndose únicamente articular su extinción al amparo del art. 49.1.c ET por la finalización total de la obra y no por el transcurso de los seis meses, que actuaría, así como mero límite de la temporalidad, provocando su superación la conversión de estos contratos en indefinidos o, en la nueva terminología legal, en fijos.

En cambio, en la segunda interpretación, la DT 4 habría establecido una auténtica modificación en la naturaleza de estos contratos de obra o servicio. De acuerdo con esta visión, tales negocios, cuando fueran articulados durante esta concreta franja temporal, se verían sometidos a dos términos resolutorios disyuntivos, pero plenamente autónomos, eficaces e independientes entre sí. Y ello ya que a la tradicional extinción de la obra se habría unido ahora otro término resolutorio, aunque este, a diferencia del anterior, cierto en el *quando*: el simple transcurso de los seis meses desde su estipulación. De ahí que, repetimos, de acuerdo con esta segunda interpretación, aunque la obra o servicio no hubiesen finalizado en ese momento (transcurso de los seis meses desde su estipulación) el contrato se extinguiría generando, eso sí,

la indemnización por precariedad del art. 49.1.c) y pasando los trabajadores a situación legal de desempleo.

A favor de la primera interpretación podría utilizarse la finalidad restrictiva que de la contratación temporal busca la reforma, o la referencia expresa que esta misma norma hace a la sujeción de estos acuerdos a la normativa legal o convencional vigente en el que el término incierto es siempre la finalización de la obra. Pero en cambio, la expresa dicción de esta regla de duración máxima, no de la temporalidad, sino del propio contrato, y su tratamiento uniforme con el contrato eventual, este sí sometido a término cierto, podría apoyar la segunda interpretación que es, sin duda, la que parece deducirse de una primera lectura del precepto.

Poco más cabe añadir, al menos a mi juicio, a una transitoriedad que seguramente solo ha pretendido facilitar la transición por las empresas de un modelo a otro, dándole así “tiempo” para articular sus nuevas estrategias de contratación e intentando, por tanto, reducir al máximo el posible impacto negativo que sobre el empleo pudiera tener una medida de un calado tan amplio que, sin duda, parece incluso aún más intensa de lo que en su momento supuso la desaparición –o progresiva limitación subjetiva de su ámbito hasta su consunción definitiva– del contrato temporal de mero fomento del empleo.

4.3. La situación de los contratos formalizados previamente: su singularidad en el caso del sector público

Finalmente, y en relación con este complejo derecho transitorio, parece igualmente necesario señalar cómo lo que sí ha mantenido la reforma –DT 3.1 RDL 32/2021– es la conservación de la naturaleza temporal de los contratos de obra o fijos de obra suscritos antes del 31 de diciembre de 2021. Estos contratos mantendrán dicho carácter hasta cumplirse su duración máxima, momento en el que deberán extinguirse o, en su caso, convertirse en indefinidos.

Pero en cambio, lo que sí resulta novedoso es lo contemplado en el segundo párrafo de este mismo punto. Y ello ya que ahora sí se contempla expresamente la pervivencia de este mismo tipo de contratos celebrados por las AAPP o sus organismos vinculados o dependientes, vinculados a proyectos específicos –a mi juicio, todos, y no solo los de duración superior a tres años como, seguramente por otras razones, parece deducirse de esta DT– y que estén en vigor en dicha fecha. Estos contratos ciertamente se mantienen en vigor hasta el cumplimiento de la duración fijada en su normativa de aplicación, si bien los mismos se someten ahora a un nuevo límite temporal, ciertamente amplio, y que se sitúa en los tres años contados desde una fecha que, por sucesivas reiteraciones, parece ser, nuevamente, el 31 de diciembre de 2021.

Sin poder detenernos nuevamente en esta norma, resulta evidente, al menos a mi juicio, que su finalidad es enmendar y limitar los posibles efectos de la exclusión que

el punto segundo de la anterior Disposición Adicional 15 ET establecía en estos casos. Como se recordará, aquella norma excluía de la duración máxima de los contratos de obra o servicio –tres o cuatro años– a los celebrados por estos sujetos públicos –incluidas, por cierto, las Universidades– cuando tales relaciones estuvieran vinculadas a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años. Pues bien, ahora la norma pone por fin un límite a la temporalidad de tales contratos, estableciendo como tope máximo de su condición temporal el 31 de diciembre de 2024.

Lo que no aclara la norma es qué sucedería si se alcanzase esa fecha y el proyecto aún no se hubiera agotado. A mi juicio, estos tres años no actuarían aquí como un término resolutorio del contrato, cierto tanto en el *an* como en el *quando*, y aplicable por el empresario ex art. 49.1.c) ET si no hubiera acontecido antes de tal fecha el término incierto en el cuándo que constituye la finalización de la obra o proyecto. Una interpretación de este estilo no solo supondría mutar la naturaleza de estos contratos, sino que iría en contra de la finalidad confesa de la propia ley de fomentar la estabilidad de la relación laboral.

De ahí que, muy al contrario, consideramos que dicho plazo trianual actuaría en este caso como una simple extensión máxima de la temporalidad –como un término resolutorio del término resolutorio– por lo que su advenimiento no permitiría por sí mismo la extinción del contrato si, obviamente, llegada esa fecha, la obra o servicio, el proyecto en definitiva, continuara vigente. En nuestra opinión, y de forma similar a lo que ocurría cuando un contrato de obra o servicio superaba estos tres años –ya que en el fondo, lo que pretende esta transitoria es eliminar pro futuro la exclusión que en su momento incorporó la DA 15.2 ET–, en tales casos, la superación de dicho plazo solo conllevaría, repito, al menos a mi juicio, su transformación en fijo –término este que se impone sobre la simple indefinición en la reforma–, debiendo considerarse por tanto como despido improcedente la pretendida extinción empresarial amparada solo en la superación del tantas veces mencionado tope trianual siempre que, repetimos, se conserve vivo el proyecto.

4.4. ¿Un renacimiento en el sector público?: la DA 5 RDL 32/2021

En cualquier caso, y como decimos, no son estas las únicas matizaciones, ni seguramente las más importantes, entre las últimas versiones del acuerdo y el texto final del Real Decreto-ley 32/2021. Y ello ya que lo abrupto de esta medida y los compromisos ya asumidos y por asumir en la ejecución de diversos y nutridos fondos europeos, han provocado, en segundo lugar, la aparición de una segunda, inopinada y sorprendente matización a esta desaparición, articulada ahora a través de la llamativa Disposición adicional quinta del mencionado Real Decreto-ley 32/2021.

Y ello ya que de acuerdo con esta disposición –inexistente igualmente en los últimos textos del proceso negociador, al menos en los que hemos manejado– ahora se

permitiría, como norma especial y ciertamente sectorial, la suscripción de contratos de duración determinada –sin más calificativos, ni denominaciones– siempre que, por un lado, estos se encontrasen asociados a la estricta ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia³⁴, u, obsérvese, a otros programas temporales cuya financiación provenga de otros fondos de la Unión Europea; que, además, dichos contratos se suscriban durante el tiempo exclusivamente necesario para su ejecución; y, finalmente, que sean suscritos por entidades que formen parte del sector público en el sentido amplio que del mismo da el artículo 2 del Real Decreto-ley 36/2020 de 30 de diciembre³⁵.

Es cierto que la disposición adicional nada señala sobre la tipología de estos contratos. Pero la propia percepción por el legislador de la necesidad de esta “excepción” tras la derogación del art. 15.1.a ET, unida a su necesaria y exacta conexión temporal con proyectos y fondos presupuestarios, parece reflejar la “cercanía” funcional de estos contratos con una modalidad como la de obra o servicio cuya utilización, por cierto, en varios de estos casos, y que, aunque inicialmente admitida³⁶ parecía puesta, desde hace ya tiempo, en cuarentena por nuestra anterior jurisprudencia³⁷.

Es más, una vez cerradas estas líneas, la Nota conjunta de la Dirección General de Trabajo y el Servicio Público de Empleo Estatal del 10 de febrero 2022 vino a reconocer su nulo encaje con las modalidades del nuevo artículo 15 ET, denominándolo como “contrato de duración determinada vinculado a programas financiados con fondos europeos”. Más allá de la singular preocupación del Informe por el modelo en concreto que se debe utilizar, lo que de verdad importa es que en el mismo sí se señalaba, en primer lugar, la necesidad de identificar el objeto del

34. Por mencionar algunos ejemplos quizás encajen en este campo actuaciones y proyectos como los previstos en el RD 902/2021 de 19 de octubre, “Nuevos proyectos territoriales para el reequilibrio y la equidad” desarrollados por diversas comunidades autónomas.

35. El art.2.1 de la mencionada norma señala que el mismo es de aplicación a las entidades que integran el sector público de acuerdo con el art. 2.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Como se recordará esta hace mención a la Administración General del Estado; las Administraciones de las Comunidades Autónomas; las Entidades que integran la Administración Local y el sector público institucional.

36. En relación con la jurisprudencia ciertamente permisiva sobre todo de los años noventa del siglo pasado, puede acudirse, por todos, al extenso elenco que recogieron en su momento J.I.García Ninet, A. Vicente Palacio *Contrato temporal para obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia,1998, pág. 62 y sig. o J.R. Mercader Uguina, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia., 1999, p. 36-

37. En efecto, cabe recordar como en su momento la incorporación del artículo 52.3 ET por el Real decreto-ley 5/2001 –posterior Ley 12/2001– justificó una primera reacción de nuestro Tribunal Supremo que ya desde el año 2002 comenzó a señalar que la simple financiación vía subvención de un proyecto no justifica por sí misma su carácter temporal –SSTS de 19 y 21 de marzo de 2002, recursos de casación para la unificación de doctrina núm. 1251/2001y 1701/2001–. Un repaso por la misma, señalando el a nuestro juicio abrupto cambio de doctrina –y no una mera “matización y complemento” como en cambio se califica por la misma resolución– en la STS de 1 abril 2009, ECLI:ES:TS:2009:3540

contrato vinculado al proyecto o programa financiado con Fondo europeos; y, en segundo lugar, que “en el apartado de duración del contrato deberá reflejarse la del proyecto o programa del que trae causa”, lo que en esencia lo acerca, como vimos, a la lógica anterior de los contratos de obra o servicio ligados a programas o proyectos temporales.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que la Disposición Adicional quinta habría reactivado sectorialmente –solo para el sector público– y, obsérvese, de forma indefinida y no temporal, una causa antes puesta en duda y justificada ahora tan solo por el singular origen de los fondos. Y todo ello sin olvidar que la derogación del art. 15.1a ET y la nueva redacción dada al art. 15 ET por el propio RDL 32/2021 hacen que estos contratos no tengan en principio ni una duración máxima limitada en el tiempo –los famosos tres años, ampliables doce meses más a los que por ejemplo sí hace referencia el art. 10.1.c EBEP en relación con los funcionarios interinos–, ni les resulten aplicables las reglas de conversión en fijos para los supuestos de sucesión contractual o de distintos trabajadores en el mismo puesto de trabajo, limitadas ahora –obsérvese– a los trabajadores contratados por circunstancias de la producción –lo que difícilmente es el caso–. Y ello, aunque, al menos a mi juicio, sí les resulte aplicable la indemnización por precariedad del art. 49.1.c) ET.

Desde esta perspectiva podrá argumentarse a favor de esta norma que, en primer lugar, esta apertura es subjetiva, material y, al menos en el primero de los párrafos, temporalmente limitada –Plan de Recuperación–; y que, además, en el caso de los fondos de la Unión Europea se exige que los programas sean de carácter temporal, del mismo modo que las menciones y el sometimiento a los principios constitucionales y a la nueva regulación de la Ley 20/2021 podrían suponer un cierto control en su posible impacto sobre la temporalidad.

Pero más allá de las críticas que esta misma delimitación subjetiva del empleador podría suscitar –por ejemplo, en relación con la exclusión de las organizaciones del tercer sector³⁸– de lo que no cabe duda, al menos a mi juicio, es de su innegable incoherencia con el resto del acuerdo y, por tanto, lo criticable de la misma. Baste pensar en el hecho de que la misma norma que priva a las Universidades públicas del art. 15.1.a ET para la formalización de contratos ligados a proyectos financiados con otro tipo de fondos, los permita en cambio, sin mayor argumentación, cuando se trate de proyectos ligados al Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia o a los fondos de la Unión Europea cuando el programa sea, además, de carácter temporal. Y cómo un mismo proyecto podría articularse a través de contratos temporales en el caso de centros de investigación públicos cuando tengan esta misma financiación, mientras no podrán hacerlo en el caso de centros, igualmente de investigación, pero del sector privado.

38. Piénsese, por ejemplo, en las subvenciones del Real Decreto 1101/2021, de 10 de diciembre de subvenciones a entidades del tercer sector para determinados proyectos de innovación e investigación en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

De ahí que, más allá de las evidentes críticas que, al menos a mi juicio, esta disposición merece –no solo por su escaso contenido, sino también por lo que también supone de nueva “recreación” de reglas específicas de contratación temporal laboral para las Administraciones Públicas– se proponga una interpretación restrictiva de la misma, adecuada a su carácter, al menos a mi juicio excepcional, que no solo exija un cumplimiento exhaustivo y riguroso de los requisitos subjetivos y financieros antes señalados, sino que además asuma igualmente que el carácter “temporal” que se predica de estos programas –sobre todo de aquellos procedente de fondos europeos–, no lo sea solo formalmente de dicho programa, sino también de la necesidad que dentro de la propia organización, esta actividad cumple. Y todo ello sin olvidar la necesidad de una interpretación conforme de las normas nacionales que sometan estas contrataciones a las exigencias de la Directiva 1999/70CE de 28 de junio de 1999, limitando por tanto las posibles consecuencias de su ubicación en los extramuros del art. 15 ET.

Finalmente, tampoco podemos dejar de resaltar también la singular aparición, igualmente a última hora, de una Disposición Final segunda del Real Decreto-ley 32/2021 que incorpora, a su vez, una nueva Disposición adicional novena a la Ley de Empleo. Y es que esta permite, en su primer punto, a las administraciones públicas y, aquí sí –aunque solo “en su caso”- a las entidades sin ánimo de lucro, la realización de “contratos para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral en el marco de los programas de activación para el empleo, cuya duración no podrá exceder los doce meses”.

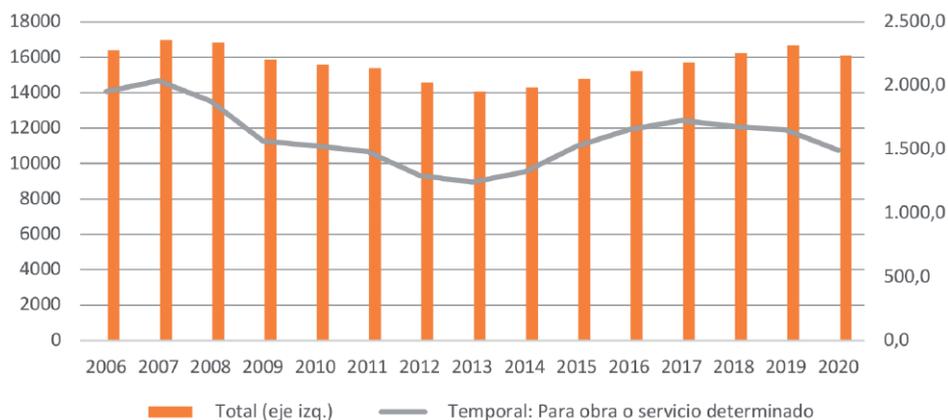
Aunque en un principio, la genérica referencia a los programas de activación para el empleo podría hacernos dudar del campo de extensión de esta regla singular –en relación, sobre todo, con el conjunto de programas hoy contemplados en el recién publicado Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo– la expresa mención a los contratos para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral nos reconduce, básicamente, a los contratos articulados en la subsección 1ª - Programa de inserción laboral a través de obras o servicios de interés general y social– de la Sección 3ª –Programas del eje 3, oportunidades de empleo–, del capítulo V del mencionado Real decreto. Y ello ya que, aunque en principio la contratación podía teóricamente realizarse mediante cualquier contrato temporal de acuerdo con su normativa específica, lo cierto es que normalmente –y como reconocía el propio ministerio– se articulaba como contrato por obra o servicio. De ahí, seguramente, la necesidad de seguir permitiendo esta posibilidad, aunque sea a través de una norma legal en una ubicación tan extraña como la antes mencionada³⁹.

39. De hecho, en la ya mencionada Nota conjunta de la Dirección General de Trabajo y el Servicio Público de Empleo Estatal para la aplicación inmediata de la reforma de la contratación laboral 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, de 10 de febrero de 2022:

4.5. Algunos datos para valorar el impacto de esta medida

En cualquier caso, y dejando a un lado –al menos por ahora– esta regulación específica del sector público, lo cierto es, como decimos, que el impacto de esta abrogación general de una modalidad contractual tan tradicional en España como la de obra o servicio determinado resulta, al menos a nuestro juicio, evidente.

En este sentido seguramente sería bastante recordar cómo en el año 2020, de acuerdo con los datos anuales proporcionados por la EPA, de los dieciséis millones de asalariados en España, cerca de un millón y medio -1.492.700 para ser más exactos– lo serían mediante contratos de obra o servicio determinado.

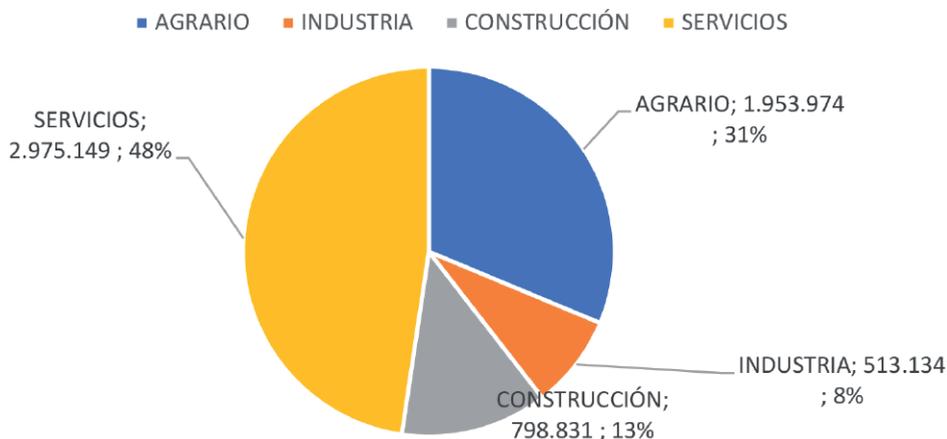


Gráfica 1. Asalariados por tipo de contrato o relación laboral: total y temporal por obra o servicio (2006-2020). Fuente: EPA; INE

Del mismo modo que, de acuerdo con los datos aún provisionales del Movimiento Laboral Registrado, de los casi dieciséis millones de contratos de trabajo registrados en 2020, 6.241.088 –esto es, cerca del cuarenta por ciento– lo fueron de obra o servicios, con un marcado carácter masculino -4.046.464 con hombres y solo 2.194.624 con mujeres– quizás por su enorme prevalencia en sectores fuertemente masculinizados como es el de la construcción.

“La contratación de duración determinada vinculada a los programas de activación para el empleo va a poder realizarse en el marco de un contrato de causa específica, diferente a las reguladas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores”, añadiendo, además, que “en el apartado de duración del contrato deberá reflejarse la del plan o programa de empleo, como si ya se estuviese formalizando en el modelo que le corresponde por su objeto (405, 505), sin que ésta pueda superar los doce meses”.

En cambio, por sectores, es cierto que cerca del 50 por ciento se realiza en servicios, seguido de agricultura y construcción.

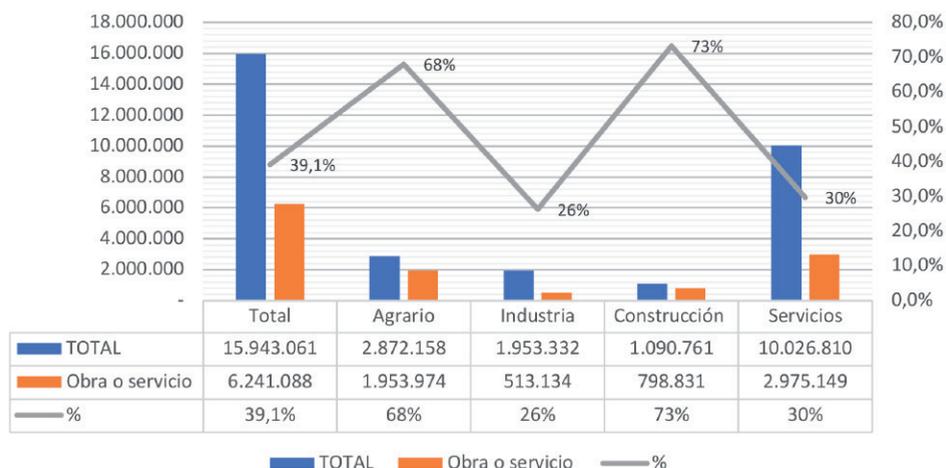


Gráfica 2. Distribución por sectores de los contratos de obra o servicio determinado 2020. Fuente: Avance Anuario de Estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social; MLR-28 y elaboración propia

Pero no lo es menos que si lo comparamos con el volumen de contratación propio de cada sector, se aprecia con facilidad cómo esta modalidad es la preponderante, tanto en el sector agrario –donde supone el 68% de los contratos realizados– como, sobre todo, en la construcción, en donde prácticamente responde a esta modalidad tres de cada cuatro contratos.

Sea como fuere, lo que con estas premisas parece evidente es que el posible impacto de esta derogación legal, tanto en lo que se refiere a la tasa de temporalidad, como incluso a la destrucción o no de empleo por el incremento de costes extintivos añadidos, dependerá, en gran medida, de las posibilidades que ahora se abran al empresario; de la existencia y compatibilidad para estas necesidades de otras modalidades, temporales o no, que se constituyan en el puerto o destino de esta masa de contratos/necesidades laborales tras la reforma.

Y en este ámbito parece evidente que, tras la entrada en vigor del conjunto del RDL 32/2021, estas modalidades de “refugio” podrían ser sustancialmente tres, además, obviamente, del simple contrato indefinido común: el contrato por circunstancias de producción; el nuevo contrato indefinido adscrito a obra en el caso específico de la construcción y, como no, el contrato fijo-discontinuo. Analicemos, por tanto, cada uno de ellos desde esta lógica.



Gráfica 3. Porcentaje que supone el contrato de obra o servicio sobre el total de la contratación: total y por sectores de actividad (2020). Fuente: Avance Anuario de Estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social; MLR-28 y elaboración propia

5. EL CONTRATO –O CONTRATOS– POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN: SUBTIPOS Y CAPACIDAD DE REABSORBER A LOS ANTIGUOS CONTRATOS DE OBRA

La primera de estas vías es, como ya hemos señalado, la “nueva” modalidad de contratación temporal por “circunstancias de la producción” que, junto con el contrato de sustitución –antigua interinidad– constituyen ahora las dos únicas “causas justificadas” de temporalidad contempladas en el artículo 15 ET.

Pues bien, sin poder detenernos ahora en las dudas que pudieran suscitar la nueva redacción del art. 15.1 ET –sobre todo, la exigencia de que estas causas, además de su “especificación en el contrato” deban ahora ir acompañadas, como elementos diferentes, de las “circunstancias concretas que la justifican” y, cuidado, de su conexión con la duración “prevista”-, lo que sí resulta evidente, al menos a nuestro juicio, es que basta una primera lectura del aún no nato artículo 15.2 ET –en el momento de escribir estas líneas– para considerar que bajo esta “nueva” modalidad subyacen dos esquemas diametralmente diferentes y cuyo inclusión en un solo “tipo contractual” solo puede justificarse, ya sea por el deseo –ya indicado– de reducir el número de modalidades contractuales, como, quizás, para intentar “encubrir” una modalidad como es la ligada a necesidades ocasionales aunque previsibles que, como veremos, justifica su temporalidad, básicamente, por su escasa duración.

Esta dualidad obliga, al menos a mi juicio, a realizar una profunda distinción entre una y otra modalidad que, solo desde esa perspectiva forzada antes señaladas, pueden incluirse más formal que materialmente en un único tipo contractual.

5.1. El primer subtipo: ¿el viejo contrato eventual con modificaciones o una nueva modalidad que absorbe aquella?

Desde esta perspectiva, y por lo que se refiere al primer subtipo, basta igualmente una rápida lectura del nuevo art. 15.2 ET para constatar cómo, este se encuentra claramente relacionado, aunque sea parcialmente, con el viejo contrato “eventual por circunstancias de la producción”.

En este sentido, no es solo la similitud de la nueva denominación con la ya utilizada por el art. 3 del “viejo” RD 2720/1998. A mi juicio, aún más importante es la novedosa mención legal, como primera causa que habilita la estipulación de estos contratos, al carácter ocasional del incremento, pero sobre todo a lo imprevisible del mismo lo que enlaza o conecta esta modalidad, con la tradicional construcción jurisprudencial del “viejo” contrato eventual. Por ello, es indudable –al menos a nuestro juicio– que bajo esta nueva modalidad se podrán subsumir, sin mayores problemas, tanto la tradicional acumulación de tareas como el viejo exceso de pedidos que, junto con las circunstancias del mercado, justificaban –o justifican hasta el 30 de marzo– la estipulación de estos contratos eventuales por circunstancias de la producción. Y, de hecho, la propia exclusión de los trabajos intermitentes –recogidos ahora en el art. 16 ET– reflejaría que esta ocasionalidad e imprevisibilidad, legalmente exigidas, conduciría a la no inclusión de aquellos otros incrementos que, por su carácter recurrente o habitual –incluso, creo, en periodos superiores al año– carecieran de tales rasgos⁴⁰.

Ahora bien, también es cierto cómo, junto a esta construcción, causalmente similar al anterior contrato eventual, de “punta” de actividad sobre el volumen normal de la empresa, esta nueva submodalidad incorpora ahora otra causa habilitante bastante más compleja y seguramente controvertida.

Se trata, como es bien sabido, de la cuanto menos confusa referencia a las “oscilaciones” que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generen un desajuste entre el empleo estable disponible y el que se requiere, se supone, como consecuencia de dicha “oscilación”. Obsérvese, por tanto, que en este caso, no se exige necesariamente un incremento de la actividad empresarial –por exceso de demanda o por acumulación de tareas–, una causa productiva, por tanto, externa; del mismo modo que tampoco se reclama su imprevisibilidad, bastando una simple “oscilación”; una oscilación esta, de la que más que indicárenos sobre qué elemento actúa, se nos define por su consecuencia: un desajuste temporal entre el empleo estable y el necesitado, lo que, en el fondo, parece indicar que tal oscilación actuaría especialmente sobre el empleo estable disponible, cuya disminución, repetimos, aunque previsible, y por razones básicamente endógenas de la empresa, podría

40. Aunque la corrección de errores procedió a modificar la ubicación de la coma que antes era posterior y ahora precede al relativo que. Aunque la cuestión es discutida, no creo que deba darse mayor importancia

provocaría un desajuste temporal entre la mano de obra disponible en la empresa y la que se requiere.

De hecho, esta primera interpretación parece incluso reforzarse cuando en el párrafo siguiente el propio artículo 15.2 ET incluye como supuesto prototípico de estos “desajustes temporales por oscilaciones” las coberturas de vacaciones –o, se supone, también de festivos o permisos de sus empleados–. Y ello, obsérvese, tanto para las Administraciones u organismos Públicos –lo que sí parecía haberse admitido⁴¹ aún con determinados requisitos formales– como –lo que en cambio suscitaba algunas dudas con la jurisprudencia anterior⁴²– en el ámbito privado, “clarificando” así la doctrina del Tribunal Supremo sintetizada –eso sí, antes de la reforma– por la conocida STS (Sala de lo Social) n. 983/2020, de 10 de noviembre⁴³.

Y todo ello, claro está, dejando a un lado los posibles problemas de articulación de estas oscilaciones previsibles –piénsese en los casos de calendarios anuales de vacaciones– y reiteradas en el tiempo y el campo de aplicación natural del artículo 16 ET; una dificultad esta que seguramente motivó la expresa mención a las mismas, sin distinción alguna, en el segundo párrafo del art. 15.2 ET, como norma especial y, por tanto, prioritaria, con la consiguiente ampliación y/o clarificación del campo material de esta nueva causa de temporalidad.

41. Véase STS de 23 de mayo de 1994 (rcud. 871/1993), en la que ya se dijo que “el déficit puede deberse a que exista un número de puestos de trabajo no cubiertos reglamentariamente o a la circunstancia de que los titulares no acudan a prestar servicio por distintas causas, y esta doctrina se sostuvo también cuando se producía un déficit temporal de plantilla durante el disfrute de las vacaciones, que fue considerada como posible causa de acumulación de tareas a efectos de eventualidad”, de lo que se desprende “que la cobertura de las necesidades provocadas en la empresa como consecuencia de la coincidencia de las vacaciones de los trabajadores de la plantilla puede llegar a constituir causa justificativa del contrato eventual”

42. Estas dudas procedían de la STS de 16 de mayo de 2005 (rcud. 2412/2004) en la que se señalaba como: “si bien en el ámbito de la empresa privada no pueden calificarse como propios de la acumulación de tareas los casos en que el indicado desequilibrio o desproporción se debe exclusivamente a la existencia de vacantes o puestos fijos sin cubrir en la plantilla de la misma, toda vez que tales vacantes han de ser cubiertas normalmente por medio de contratación indefinida, la cual, en dicha área, se puede llevar a cabo con igual o mayor rapidez que la contratación temporal...”. Sin embargo, posteriormente, la STS de 12 de junio de 2012 (rcud. 3375/2011, ECLI:ES:TS:2012:4643), consideró plenamente lícita la suscripción de un contrato eventual en una empresa de telemarketing en un caso, en el que, eso sí, se consignaba válidamente la causa de la contratación –vacaciones de trabajadores concretos– y se respetaba la duración y la extinción se producía con el agotamiento del periodo vacacional de los trabajadores en cuestión.

43. ECLI:ES:TS:2020:3833. Estas mismas ideas se habían anticipado en la STS n.745/2019, 30 de octubre de 2019, ECLI:ES:TS:2019: 3733. Sobre este controvertido tema nos remitimos al completo estudio, previo a la reforma de M.L. Rodríguez Cope, “Organización en la empresa y contratación temporal: uso y abuso del contrato eventual en organismos públicos y de obra o servicio en la contratación”, en *Temas Laborales*, 2021, n. 156, págs. 283 y sig.

En cualquier caso, seguramente lo más llamativo en estos dos casos es que para ambos desaparece ahora cualquier mención al tradicional periodo de referencia antes contemplado en el art. 15.1.b ET. Tras la entrada en vigor de la reforma, la nueva norma legal se limitará a establecer, por un lado, la duración máxima de estos contratos en seis meses –aunque ampliables a doce por convenio sectorial (sin mayor preferencia o referencia a su concreto ámbito geográfico)- y a reiterar la posibilidad de su prórroga, además, por una sola vez hasta agotar esta duración máxima. Y todo ello sin olvidar, claro está, la posible aplicación también en estos casos de la tácita reconducción del art. 49.1.c ET, cuando una vez acaecido el término se continuará la prestación en un contrato formalizado por una duración inferior a la legal o convencionalmente establecida.

Esta desaparición del periodo de referencia que, recuérdese, iniciado con la aparición de la causa o motivo que justificaba la temporalidad, marcaba igualmente el periodo dentro del cual podía celebrarse y computarse su duración, puede plantear algunas dudas sobre la relación de la duración de estos contratos con la circunstancia de la producción. Y ello ya que, al menos a mi juicio, esta desaparición, unida a la nueva redacción del art. 15.1 ET, sí obligará ahora claramente a que el empresario demuestre al menos la subsistencia –la “conexión” en palabras del art. 15.1 ET– de la causa que lo justifica en el momento de su estipulación.

Cuestión distinta es si esta modalidad deberá seguir considerándose, como los anteriores contratos eventuales, como un contrato sometido solo a término cierto, y, por tanto, de fecha a fecha, indemne a que el incremento ocasional o la oscilación concluyese antes de la fecha prefijada⁴⁴, o si, por el contrario, esta autonomía del nuevo contrato frente a su claro antecesor permitiría que o bien ambas partes pudieran pactar la conclusión de este incremento o de esta oscilación como término resolutorio específico del acuerdo –convirtiendo así la posible fecha incorporada como meramente indicativa, de forma similar a lo que antes sucedía con el contrato de obra o servicio determinado– o, incluso sin incorporarla, el empresario podría

44. Véase en este sentido la conocida STS (Sala de lo Social) de 4 de febrero de 1999, (Recurso Núm.: 2022/1998n) quien tras recordar como en “las regulaciones históricas del contrato eventual se han fijado, directamente o por remisión a las normas sectoriales, un término cierto que actúa necesariamente sobre la duración del contrato. De esta forma, se introduce una desconexión entre la causa de la temporalidad y la vigencia del contrato: la causa justifica el recurso a la temporalidad, pero no determina, al menos de forma completa, la duración del contrato, pues la relación puede extinguirse aunque subsista la causa y ésta podría desaparecer y mantenerse, sin embargo, el vínculo si no ha vencido el término pactado o el máximo aplicable... a diferencia del contrato para obra o servicio, en el que la circunstancia a la que se asocia la vigencia del contrato es susceptible de una determinación clara, el carácter difuso de las circunstancias que justifican la eventualidad y la contingencia de su propia proyección temporal provoca una situación insegura por el difícil control de la subsistencia de la causa. El artículo 15.1 b) del Estatuto de los Trabajadores debe, por tanto, interpretarse en el sentido de que el contrato temporal requiere necesariamente un término y que éste rige la vigencia del contrato al margen de las circunstancias que justifican el recurso a la contratación temporal”.

considerarla como causa específica de extinción al amparo del art. 49.1.c ET y sin necesidad, por tanto, de recurrir a otras vías extintivas por causas objetivas, básicamente productivas.

A la espera de su deseable desarrollo reglamentario, la respuesta a esta interrogante depende, al menos a mi juicio, de la mayor o menor autonomía que se dé a esta modalidad frente al anterior contrato eventual, aunque, ciertamente existan argumentos para defender ambas tesis.

Así, por ejemplo, a favor de su consideración como contrato a fecha cierta podría jugar no ya solo la comentada cercanía con el anterior contrato eventual –como contrato tradicionalmente sometido a fecha cierta–, o los términos en los que se regula la duración e incluso la prórroga de esta submodalidad en el propio art.15.2 tercer párrafo ET –que presupone, obsérvese, que el contrato puede extinguirse aunque la causa subsista si no se acuerda por ambas partes la prórroga–, sino también el hecho de que adoptando la tesis contraria podría acabar por revitalizarse la lógica propia del “desterrado” contrato de obra o servicio que, como ya hemos señalado, fue considerado tradicionalmente como un contrato en el que la fecha de finalización solo tenía un carácter indicativo a efectos de extinción. En otras palabras, el incremento imprevisible de actividad (al que ahora se uniría la ya comentada oscilación) seguirían siendo así lo que han sido tradicionalmente en nuestro país: una justificación de la posible temporalidad del contrato que habilitaría un término resolutorio cierto –fecha de finalización– que aunque coherente con la circunstancia que lo justifica, podría actuar en la fecha específica señalada en el acuerdo, desligada en principio de la finalización o no de ese incremento.

Pero también existen, como ya señalamos, argumentos igualmente poderosos y que podrían sostener la postura en contrario. En este sentido, podría alegarse no ya solo el claro deseo del legislador de alterar todo el marco de las anteriores modalidades temporales –incluso en su denominación– liberando a esta submodalidad de la aplicación de reglas ahora no recogidas del anterior contrato eventual, sino, y sobre todo, la nueva redacción dada al artículo 15.1 ET y, en especial, la genérica referencia a la necesaria “conexión” de la causa con la duración, obsérvese, no establecida, sino “prevista” por el propio contrato. Por ello, creemos que ahora también cabría al menos sostener –repetimos, a la espera del deseable desarrollo reglamentario– que la duración de esta nueva modalidad, claramente separada de la anterior y a medio camino entre el tradicional contrato eventual y el extinto de obra o servicio determinado, podría conectarse con la finalización, incluso anticipada sobre la fecha establecida, de este incremento u oscilación.

Se trata, en definitiva, de una cuestión compleja y que seguramente debiera ser resuelta, repetimos, por el desarrollo reglamentario –deseablemente rápido– de estas nuevas normas. Mientras tanto, y si tenemos que dar nuestra opinión, creo que una posible orientación debe partir de la aparente conexión de esta modalidad con

la anterior contratación eventual, aunque reconociendo, eso sí, el impacto sobre la misma de la nueva redacción del artículo 15.1 ET y del claro deseo del legislador de alterar radicalmente las anteriores reglas de contratación. En otras palabras, es cierto que el nuevo art. 15.1 ET exigiría ahora que la duración de estos contratos no fuera la que, dentro de los márgenes legales o convencionales, decidieran libremente las partes; esta duración debería estar relacionada, ser compatible con la duración previsible de este incremento o de esta oscilación. Pero sin que esta mera aproximación tuviera que suponer primar necesariamente la duración final de estos eventos sobre la que hayan podido establecer previamente las partes y que pudiera no coincidir con la misma. De ahí que si esta simple coordinación falla, si por ejemplo el incremento finaliza antes de la fecha establecida, el contrato pudiera subsistir hasta la fecha fijada, aunque la “habilitación temporal” desapareciera; del mismo modo que la continuación de este incremento más allá de la fecha inicialmente fijada tampoco impediría su extinción en tal fecha si no hay acuerdo de prórroga entre las partes. De hecho, y como decíamos, la regulación legal de esta prórroga –que, eso sí, parece reclamar la continuación de la “causa” habilitante– sería un argumento ciertamente poderoso a favor de la necesidad solo de una simple conexión de previsibilidad, que no impediría la fijación de un término cierto –fecha– con plenos efectos resolutorios sobre el contrato, dotando de mayor seguridad al trabajador.

En cualquier caso, y una vez dicho todo esto, lo que sí parece importante destacar –al menos a los efectos que aquí interesan– es que la capacidad de reorientar una parte notable de los anteriores contratos de obra hacia este modelo de contrato está, al menos en buena parte, limitada. Y ello no ya tanto por los problemas que –al menos en la perspectiva aquí asumida– podría plantear el pasar de un contrato con término incierto como era el de obra –*certus an, incertus quando*– a otro con término cierto y solo una prórroga –como lo era el eventual y, pensamos, seguirá siendo mayoritariamente el nuevo por circunstancias de la producción– con una duración, además, en principio relativamente corta –no superior a seis meses–.

A nuestro juicio, el principal obstáculo, junto con la imprevisibilidad a la que antes hicimos referencia –al menos en los incrementos ocasionales de actividad–, se centra, por un lado, en la absoluta irrelevancia a estos efectos de que la tarea en la que se encuadra la prestación contractual tenga autonomía y sustantividad propia y esté aparentemente limitada en el tiempo. Salvo que esta misma obra o servicio responda además –y esto es ahora lo importante– a un incremento ocasional e imprevisible de la actividad de la empresa de duración, o a una oscilación que parece centrarse más en causas organizativas que productivas, estas obras o servicios nunca podrían incorporarse bajo esta modalidad contractual.

Y todo ello sin olvidar que, además, incluso en esos casos tendríamos que analizar, en primer lugar, si esta obra o servicio tiene una duración superior o no a los seis –o doce en caso de convenio– meses, y, en segundo lugar, si ese incremento

imprevisible y temporalmente limitado de actividad en la que ahora se plasmaría jurídicamente la anterior obra o servicio, se repetiría o se reiteraría en el tiempo. Y ello ya que en estos casos de reiteración no solo resultaría difícil hablar de imprevisibilidad, sino que, además, no encontraríamos ante el volumen normal o estable de la actividad empresarial, aunque este sea diferente en las distintas fases temporales. Y en este sentido, tampoco cabe olvidar cómo el propio artículo 15.2 ET excluye expresamente de esta modalidad temporal las prestaciones ligadas al nuevo y ampliado campo del fijo-discontinuo –art. 16.1 ET–, entre las que destaca, sobre todo, las prestaciones ligadas a las contrata o concesiones mercantiles que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa.

Pues bien, anticipándonos aun parcialmente a lo que en su momento se señalará en relación con este nuevo contrato fijo-discontinuo, nos limitaremos aquí a destacar como, en primer lugar, esta imposibilidad parece clara e incluso evidente en todas aquellas empresas cuya actividad ordinaria y estructural sea la prestación de este tipo de servicios a otras empresas en el marco de contrata o subcontratas, por ejemplo, en los sectores de limpieza, seguridad o restauración. En estos casos, la aparente posibilidad de articular estas prestaciones como contratos fijos-discontinuos es en realidad una imposición, en la medida en la que, como decimos, su actividad ordinaria e incluso estructural se articula mediante estos arrendamientos de empresa. Y, de hecho, esta limitación creemos que se deducía incluso de la jurisprudencia inmediatamente anterior a la reforma –STS núm. 1137/2020, de 29 de diciembre, dictada por el Pleno de la Sala Cuarta–.

Por ello creemos que en estos campos o sectores –o en otros similares en los que la actividad normal o estructural de la empresa sea la participación en distintas cadenas de valor de otras empresas a través de estos arrendamientos de empresa–, este nuevo subtipo de contrato temporal por circunstancias de la producción solo podría articularse de forma excepcional, en el marco de una contrata o concesión administrativa cuando, cubierto el volumen normal de la misma por fijos-discontinuos, se produzca de forma sobrevenida, o bien un incremento temporal e imprevisible en las necesidades de mano de obra, o, ahora, una oscilación de esta misma plantilla indefinida ligada a la contrata, con el consiguiente desajuste temporal, que podría ser cubierto, solo dentro de estos parámetros, por estos contratos por circunstancias de la producción.

Más dudosa es si esta imposibilidad cabría extenderla a las necesidades de empleo ligadas a las demás contrata o concesiones administrativas imprevisibles o que no formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. Y ello ya que, obsérvese, esta limitación no se hace en este apartado del art. 15.2 ET de esta forma, genérica e indeterminada. Muy al contrario, en este punto la exclusión legal se remite a aquellos supuestos de subcontratación que presenten los dos rasgos contemplados en el nuevo artículo 16 ET y que, además, y lógicamente, puedan englobarse en las causas

de temporalidad antes analizadas. De ahí que, a contrario, y al menos en teoría, cuando las contrataciones de las que surgen la necesidad de contratación no reúnan los requisitos del art. 16 ET –esto es no sean “previsibles” y no formen parte de la actividad (volumen) ordinaria o habitual de la empresa– nada podría alegarse, al menos en principio, a su posible articulación como contratos por circunstancias de la producción, siempre, claro está, que, además, la necesidad ocasional encajase en esta primera causa de temporalidad –se trate de un incremento ocasional e imprevisible–, no exceda la duración legalmente establecida –lo que podría plantear problemas dada la duración normalmente anual o plurianual de muchas contrataciones– y así lo pruebe el empresario⁴⁵.

Por tanto, y en conclusión, no creemos que esta vía sea excesivamente amplia, al menos en el marco de la más estricta legalidad. Ontológicamente obra o servicio determinado y eventuales se han movido en dos planos diferentes: el primero fraccionaba tradicionalmente la actividad empresarial y conectaba el contrato de trabajo con la específica contratación empresarial justificando así su temporalidad, aunque se tratase de la actividad o incluso el volumen normal de actividad de la empresa⁴⁶. En cambio, la eventualidad se ha movido tradicionalmente como incremento puntual, temporal o imprevisible sobre el volumen normal de la empresa o, todo lo más, como acumulación de tareas incluso por causas internas –las ya señaladas vacaciones–. De ahí que solo en este último margen –volumen superior al normal– y con estas concretas características –imprevisibilidad y ocasionalidad– pudiera producirse el mencionado trasvase, repetimos, al menos en un plano de estricta legalidad.

5.2. El segundo subtipo: los contratos ocasionales por necesidades previsibles, pero de escasa duración

En cambio, algo más controvertida se nos presenta esta misma cuestión en el caso del segundo subtipo del nuevo contrato por circunstancias de la producción. Y ello ya que, como de todos es sabido, en la fase final de la negociación, y quizás como contrapartida hacia las posiciones empresariales, se incorporaron al número 2 del artículo 15 ET dos últimos párrafos que permiten articular por esta vía la contratación ante meras “situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada”, sin mención por tanto alguna a que estas contrataciones tengan que

45. Desde esta perspectiva, el espacio que podría quedar a la contratación temporal en este campo de contrataciones y subcontratas sería entonces similar al que en última instancia delimitó antes de la reforma el propio Tribunal Supremo; esto es, cuando esta necesidad “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” –véase STS (Sala de lo Social) de 2 de febrero de 2021 N.º de Recurso: 3379/2018, N.º de Resolución: 133/2021; ECLI:ES:TS:2021:406–.

46. Al menos hasta el cambio de jurisprudencia del Tribunal Supremo previamente señalado en las notas anteriores.

suponer un incremento sobre el volumen normal de actividad –que, obsérvese, no tiene por qué ser homogéneo dentro del año– de la empresa,

Dando por descontado que en este caso el término “ocasional” no debe interpretarse como accidental o por azar –ya que entonces difícilmente podría ser también previsible–, parece lógico considerar que el legislador ha querido hacer referencia en este caso a una segunda acepción del término, como necesidad, básicamente esporádica, puntual y limitada en el tiempo, lo que justificaría además que no puedan utilizadas más de noventa días en el año natural, un periodo este que, además, no podrá “ser utilizados de manera continua”.

De hecho, esta interpretación que en gran parte descausalizaría –al menos en el sentido clásico– la contratación laboral de muy escasa duración, se fortalece incluso cuando se compara la articulación de esta segunda modalidad con el contrato fijo-discontinuo. Y es que en este caso, y a diferencia del primer subtipo, la exclusión no se hace con todas las actividades del art. 16.1 ET –que incluye, por ejemplo, los trabajos de temporada– sino tan solo para cubrir las necesidades derivadas de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio, claro está, de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores –esto es, interpretamos, un incremento puntual sobre la actividad normal de la misma o una oscilación que provoque un desajuste de empleo–. De ahí que estas necesidades temporales, puntuales u ocasionales, pudieran aparentemente cubrirse sin más a través de esta vía, amparándose, tan solo en su escaso periodo de actividad. Y ello, obsérvese, con la consiguiente ampliación del campo de aplicación de los contratos de puesta a disposición y, por tanto, del nicho de actividad de las Empresas de Trabajo Temporal.

Pues bien, sin podernos detener aquí en las enormes dudas que esta segunda submodalidad plantea –y que hacen vacilar incluso de la homogeneidad de este tipo contractual temporal– parece evidente que en este caso la mínima exigencia “causal”, y, sobre todo, la admisibilidad de su previsibilidad, permitirían articular por esta vía muchos de los anteriores contratos de obra o servicio, eso sí, siempre que sean de muy escasa duración. A nuestro juicio, ello será especialmente posible en el ámbito del empleo agrario, uno de los sectores que, como vimos, más intensivamente utilizaba esta modalidad. Cuestión distinta es si la escasa duración de los mismos, unida a su término, aparentemente cierto, se ajustará en otros muchos sectores a una modalidad en la que, para el año 2020, tan solo 800.000 de los 6.241.088 contratos tenían una duración prevista inferior a los tres meses.

Ahora bien, para conocer finalmente este impacto seguramente otro de los aspectos esenciales será saber cómo se interpreta la limitación de noventa días en el año natural que, con al menos una interrupción, establece el art. 15.2 ET en su cuarto párrafo.

En principio, parece indudable que durante esos noventa días el número de contratos temporales puede ser, en principio, tan amplio como se quiera siempre, claro

está, que pueda demostrarse su conexión con la necesidad temporal ex. art. 15.1 ET y que, además, se ejecuten dentro del mismo periodo interrumpido anual. En este ámbito, el posible papel de los convenios colectivos –art. 15.8 ET, sobre el que más tarde volveremos– parece, por tanto, fundamental.

En cambio, más dudosas son otras cuestiones. La primera, si los noventa días son naturales o laborales/hábiles. A mi juicio, es evidente que lo primero, ya que, por un lado, salvo que otra cosa se indique el computo de plazos en el ámbito laboral debe seguir las reglas del art. 5 del Código Civil. Y, en segundo lugar, ya que lo que se establece no es ni tan siquiera un tope de días trabajados sino una ventana temporal cuyas previsiones deben ser, además, trasladadas anualmente a la representación legal de los trabajadores.

La segunda es si estos noventa días de “ventana de temporalidad” casi acausal deben ser uniformes para toda la empresa o podrían, por ejemplo, diversificarse en función, ya sea de cada centro de trabajo –grandes superficies en función de las festividades locales o autonómicas– o de cada una de las específicas actividades que pudiera desarrollar la empresa o incluso centro –distintas fechas de recogida de los distintos cultivos de una misma empresa–. Pues bien, aunque en principio podrían incluso comprenderse las razones de una interpretación amplia de esta posibilidad –adecuación a las necesidades de las empresas, no provocando una competencia “desleal” en función de su mayor o menor dimensión territorial e integración de diversas actividades–, lo cierto es que, tanto por razones literales –la norma en este punto es clara, y se refiere a la empresa como unidad–, como incluso por la necesidad de una interpretación restrictiva de lo que no deja de ser casi una excepción al principio de causalidad y de preferencia de la contratación indefinida, consideramos que la respuesta más lógica es interpretar que esos noventa días naturales no continuos deberán ser fijados para toda la empresa, incluyendo todos sus centros y con independencia de cada una de las posibles actividades que desarrolle, por muy diferenciadas que estas sean. Si en ocasiones la dimensión de la empresa o la integración de diversas actividades puede ser una ventaja para una empresa frente a otra, parece también razonable que cuando ocurra lo contrario deba estar o pasar por ello.

6. LA NUEVA CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO “ADSCRITO A OBRA”

6.1. Encuadramiento histórico: el origen de la institución y del problema

Una vez analizada la posible utilización del nuevo contrato por circunstancias de la producción como posible mecanismo de cobertura o articulación de las necesidades anteriormente cubiertas por contratos de obra o servicio, el segundo “puerto de destino” al que, en esta ocasión, casi sin ninguna duda, se desplazarán buena parte de

estos contratos temporales celebrados en el sector de la construcción –esto es, los anteriormente denominados “contratos fijos de obra”– es, en principio, el contrato indefinido al que, eso sí, y en este concreto sector, se ha denominado como “adscrito a obra” y para los que se establece una nueva causa de extinción “por motivos inherentes a la persona trabajadora”.

En este sentido, no vamos a detenernos aquí a recordar como ya desde las viejas Ordenanzas Laborales de 1946 –modificada en 1951– y 1970 –modificada nuevamente en 1973–, el sector de la construcción se dotó de una modalidad ciertamente singular de contrato de obra o servicio determinado –el fijo en obra– cuya transformación en fijo de plantilla se preveía por el paso de un cierto lapso de tiempo –cuatro o dos años– con diferencias, eso sí, en función de que el mismo se alcanzara en sucesivas obras de forma ininterrumpida o en una sola obra de larga duración.

Pues bien, esta misma modalidad fue objeto posteriormente de recepción –aunque para algunos desnaturalización– en los sucesivos Convenios Generales de la Construcción. Estos distinguieron, a su vez, dos submodalidades en función de la adscripción del trabajador a una única obra o, por el contrario, a la previsión de su adscripción a varias y sucesivas obras dentro de la misma provincia siempre, claro está que para ello contará con el acuerdo expreso del trabajador y con una duración máxima de tres años. Y aunque este singular modelo de contrato planteó algunas dudas sobre su legalidad, las mismas fueron solventadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ratificando su legalidad y su distinción con el contrato indefinido o fijo de plantilla en la terminología propia del sector⁴⁷.

En cualquier caso, y en el marco del conocido diálogo que durante años ha mantenido la negociación colectiva de este sector con el legislador estatal, tanto la Disposición adicional tercera de la Ley 32/2006 como la misma disposición del ET –surgida, a su vez, de la DA 1 de la Ley 35/2010– vinieron, por un lado, a remitir a la “negociación colectiva de ámbito estatal la “adaptación” de la modalidad de obra o servicio para los trabajadores que concurren en las obras de construcción” y, de la otra, a considerar que lo dispuesto en el artículo 15.1.a) –duración máxima de contrato–, en el art. 15.5 ET –transformación en indefinido por sucesión contractual– y en el artículo 49.1.c) –cuantía de la indemnización por fin de contrato– ET se entendía “sin perjuicio” de lo que se establezca o pudiera establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva.

Y lo cierto es que ya fuera en la redacción original del art. 20 IV CCGC de 2007 como, sobre todo, en la redacción recogida en el Acta 2/2011 de la Comisión Negociadora, se produjo una amplia renovación de esta modalidad, centrada básicamente en clarificar, sin ninguna género de duda, la inaplicación a las dos submodalidades recogidas en el mismo de las reglas generales sobre duración máxima del contrato de

47. Véase STS (Social) de 30 junio 2005, ECLI ES:TS:2005:4379

obra o servicio determinado y de las reglas sobre limitación en el uso sucesivo de diversos contratos –art. 15.1.a) y art. 15.5 ET, tanto en su versión original, como en la modificada en 2010. Y es esta, en definitiva, la regulación hoy básicamente contemplada en el art. 24 VI CCGC de 2017.

En cualquier caso, y como decimos, esta singular regulación y la amplísima utilización de esta modalidad, como figura típica del sector, provocó, no solo algunas situaciones ciertamente abusivas, sino, también una altísima temporalidad, especialmente en la actividad de obra, como puede comprobarse recordando la exigencia del art. 11 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto de que todas las empresas contratas o subcontradas habitualmente para trabajos de obras en el sector de la construcción contasen con al menos –obsérvese– un 30% de contratos indefinidos en su plantilla.

Pues bien, fue en este marco en el que la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de junio de 2021, EV, asunto C-550/19⁴⁸ finalmente abordó estos problemas, señalando que la renovación de sucesivos contratos de duración determinada «fijos de obra» no podía considerarse justificada por «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), de dicho Acuerdo Marco, por el simple hecho de que cada uno de esos contratos se suscribiese con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, puesto que tal normativa nacional no impediría en la práctica, al empleador de que se trate atendiese, a través de dicha renovación, necesidades de personal permanentes y estables.

Sin poder detenernos aquí a realizar un análisis exhaustivo de esta sentencia, lo cierto es que la misma suponía una clara brecha en la línea de flotación de esta modalidad y en la, seguramente, excesivamente amplia exclusión de las reglas generales contra el abuso de la temporalidad, por mucho que se fijase una indemnización de salida alta y específica para el sector.

6.2. De nuevo sobre los problemas transitorios

Pues bien, para solucionar esta situación, el artículo 2 del Real Decreto Ley 32/2021 viene a modificar la Disposición Adicional Tercera de la Ley 32/2006 –aunque no, obsérvese, la misma Disposición Adicional del ET, en lo que, al menos a primera vista, parece un simple olvido del acuerdo al que, creemos, no debe darse mayor importancia– cuya fecha de entrada en vigor, ya hemos señalado, parece ser igualmente la del día siguiente a la publicación de la mencionada norma, al no estar incluida en ninguna de las *vacatio legis* de tres meses establecidas en el punto 2 de la DF 8 de este mismo Real Decreto-ley.

Por tanto, desde el 31 de diciembre de 2021 habría desaparecido definitivamente el apoyo legal a la tradicional modalidad de fijo de obra en la construcción. Cuestión

48. ECLI:EU:C:2021:514

distinta y seguramente más compleja –como en general lo es todo lo relativo a la entrada en vigor y la transitoriedad de esta norma– es si esta ausencia impediría la formalización de contratos temporales en las obras del sector de la construcción. Y ello ya que, como se recordará, no solo la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 15 ET lo que se ha pospuesto tres meses, sino que también lo ha hecho la derogación de “cualquier norma del ordenamiento jurídico” referida al contrato de obra o servicio contemplada en la Disposición derogatoria única punto 3 –Disposición final octava.2 letras b) y f)-.

Pues bien, en este confuso contexto se abren, al menos, dos posibilidades radicalmente antitéticas. La primera considerar que el art. 24 del VI CCGC seguirá en vigor, ya que, como hemos señalado, la derogación de las referencias al art. 15.1.a ET contenidas en cualquier norma del ordenamiento jurídico, prevista en la Disposición derogatoria única punto 3 del RDL 32/2021 solo entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE. Desde esta perspectiva, la nueva redacción ya vigente de la DA 3 Ley 32/2006 no impediría esta situación en la medida en la que su desaparición no impediría la vigencia de una norma convencional que, en sus rasgos esenciales, ya había sido aceptada por el Tribunal Supremo antes incluso de la aprobación inicial de la misma. De hecho, esta misma interpretación podría incluso fortalecerse si recordamos cómo la DA 3 ET no ha sido tampoco derogada. Cuestión distinta es si el singular régimen transitorio establecido en la Disposición Transitoria cuarta sería aplicable –al ser una norma legal general, a mi juicio aplicable a todos los contratos de obra o servicio determinado, como lo es el dijo de obra– limitando si acaso la duración máxima de estos contratos a seis meses como parece querer establecer este precepto para todos los contratos de obra o servicio determinado.

Ahora bien, también cabría sostener que esta interpretación podría dar lugar a una situación casi esquizofrénica, al permitir a los contratos suscritos durante estos tres meses una valoración radicalmente distinta de un mismo evento, la finalización de la obra ya sea como un término resolutorio de un contrato temporal, ya sea como una causa de activación del complejo proceso previsto en la nueva DA 3 Ley 32/2006. De ahí que, por simple coherencia, cupiera al menos sostener una segunda interpretación, radicalmente distinta, y en virtud de la cual la nueva regulación de la mencionada DA 3 Ley 32/2006 habría supuesto, al menos para este sector, la imposibilidad de considerar la obra o servicio determinado como causa habilitante para la formalización de contratos, ya sea fijo de obra, o incluso de obra o servicio, al amparo de la DT 4 RDL 32/2021.

De hecho, esta última interpretación podría incluso apoyarse si tenemos en cuenta la distinta redacción de las Disposiciones transitorias tercera, punto 1 y cuarta del RDL 32/2021. Y ello ya que mientras la primera norma sí hace referencia expresa tanto a los contratos de obra o servicio como a los contratos fijos de obra suscritos en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 del VI Convenio Estatal de la Construcción

antes del 31 de diciembre de 2021 para regular su régimen transitorio, la segunda norma, relativa a los contratos celebrados entre el 31 de diciembre hasta el 30 de marzo de 2022 solo hace referencia a los contratos de obra o servicio determinado, y no a los fijos de obra, quizás ya que en la lógica del legislador estos últimos no habría podido ser suscritos después de la primera de ambas fechas.

En cualquier caso, y dejando a un lado esta controvertida cuestión, tampoco resulta totalmente clara la situación de los contratos fijos de obra que, vigentes el 31 de diciembre de 2021, extienden sus efectos más allá de esa fecha. Es cierto que la norma señala que mantendrán su vigencia hasta su duración máxima, en los términos recogidos en su normativa legal y convencional entonces vigente. Y que, por tanto, cuando se trate de un fijo de obra para una única obra la finalización de la obra supondrá por tanto la extinción de la relación. El problema, como se intuirá fácilmente, aparece en el caso del contrato o contratos para sucesivas obras al amparo de la posterior aceptación expresa del trabajador. Y ello ya que en estos casos esta modalidad ha podido verse tradicionalmente ya sea como un único contrato o como un contrato “programa” que preveía la posibilidad de distintos y sucesivos contratos en su seno cada uno de ellos para una obra sucesiva⁴⁹. La distinción es importante ya que, en el primer caso, cabría sostener la viabilidad de sucesivos encargos hasta el agotamiento del plazo temporal de tres años. En cambio, de acoger la segunda interpretación, podría sostenerse que una vez agotada la obra en la que prestaba servicios en el momento de entrada en vigor de la reforma el contrato se extinguiría, sin posibilidad de “extenderlo” ni mediante acuerdo a otras obras de la misma provincia.

La cuestión, como decimos, puede provocar algunas dudas, aunque al menos en mi opinión la clara opción del artículo 24 VI CCGC de considerarlo como un único contrato –“manteniéndose el carácter de único contrato– y la remisión de la DT 3 a estas mismas reglas convencionales –“en los términos recogidos en los citados preceptos”– nos induce a considerar que en este segundo tipo de contrato la relación podrá extenderse a nuevas obras de la misma provincia en el plazo de tres años consecutivos desde su estipulación.

6.3. Algunas notas sobre la nueva regulación

Pues bien, sentado todo lo anterior, lo primero que llama la atención de este nuevo precepto es que, a diferencia de su antecesora, el texto actualmente vigente de la DA 3 Ley 32/2006 no establece ni contempla una mera remisión a la negociación colectiva sectorial estatal. Muy al contrario, lo que establece ahora la norma es una regulación legal, casi completa y exhaustiva que, en realidad, deja poco espacio –aunque alguno ciertamente deja– a una labor complementaria de la misma por parte de

49. Véase, por ejemplo,

la autonomía colectiva o, más concretamente, del Convenio General del Sector de la Construcción al que, al menos implícitamente parece remitirse normalmente.

La razón de este cambio de perspectiva y técnica seguramente debe encontrarse en el cambio material de la sede o institución sobre la que se actúa. Y ello ya que, lejos de establecer una nueva modalidad contractual, adaptando y completando la regla general legal –como hacía la anterior redacción legal–, lo que hace ahora el nuevo texto es establecer una nueva causa de extinción por muy sectorial que, como veremos sea; un campo este, el de la extinción, en el que, como se comprenderá, la capacidad reguladora de la negociación colectiva se encuentra mucho más limitada.

De esta forma, además, la nueva norma parecería ajustarse a la lógica reductora del número de modalidades que claramente inspira técnicamente la reforma. Formalmente la reforma eliminaría una modalidad, incluyendo en cambio una nueva causa de extinción. Pero, en realidad, si se observa con mayor profundidad, este resultado es, al menos a mi juicio, más formal que material. Y ello ya que, al incorporar esta causa de extinción, la norma no lo hace de manera genérica para todo el sector de la construcción, sino para un concreto tipo de relación laboral que denomina ahora “contrato de trabajo indefinido adscrito a obra” y que, por tanto, materialmente se configura como una modalidad contractual indefinida, caracterizada, además, y como la anterior, por el impacto que sobre la misma tendrá la finalización de la obra.

Sea como fuere, de lo que no cabe duda es de que esta modalidad –repetimos, única para la que está prevista legalmente esta causa de extinción– viene delimitada tanto funcional como objetivamente.

En primer lugar, funcionalmente, en la medida en la que solo está prevista, como decimos, para contratos indefinidos en el sector de la construcción. La delimitación de este sector parece hacerse mediante una genérica remisión al ámbito funcional del Convenio General del Sector de la Construcción, siendo, al menos a mi juicio, una delimitación abierta a las posibles adaptaciones y ampliaciones que esta misma norma general pudiera experimentar, ya sea en su articulado (art. 3 CCGC), o en el correspondiente Anexo (Anexo I), como consecuencia, normalmente, de la incorporación de nuevas actividades o ámbitos de negocio.

No obstante, este mismo carácter sectorialmente limitado plantea inmediatamente la duda sobre qué ocurrirá con aquellos otros sectores cubiertos por convenios sectoriales distintos, pero que quizás por abarcar ciertos grupos o clases de la actividad F del CNAE, han desarrollado igualmente una modalidad contractual similar al contrato fijo de obra; baste pensar en lo que acontece actualmente con el art. 22 del III Convenio colectivo Estatal de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal⁵⁰. Pues bien, en principio, la norma legal parece clara, sin que establezca la

50. Resolución de 11 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, BOE núm. 304, de 19 de diciembre de 2019.

posibilidad de ampliaciones convencionales de su ámbito funcional por Convenios Generales distintos al de Construcción. Cuestión distinta, obviamente, es que la lógica que inspira a este precepto acabe también intentando trasladarse a estos otros sectores mediante un intento de recepción de su propia regulación convencional, aunque ahora, seguramente, bajo la figura del contrato fijo-discontinuo. El único problema en este caso sería la relación con el despido colectivo que en la DA 3 de la Ley 32/2006 sí aparece resuelta, aunque ello sea, al menos a nuestro juicio, otro auténtico semillero de problemas. Pero no avancemos acontecimientos.

Por ahora nos interesa resaltar como junto a esta delimitación funcional, resulta esencial, nuevamente, una delimitación contractual y objetiva. Y ello ya que esta causa no juega ni resulta aplicable a todos los contratos en este sector de actividad. Tan solo resulta aplicable para los contratos indefinidos –y no, por tanto, para otras modalidades como los contratos en prácticas o formación, etc.- que la norma, como decimos denomina además como “adscritos a obra”.

En este sentido, esta misma norma comienza incorporando una delimitación ciertamente amplia de tales contratos al considerar como tales a todos aquellos pactos cuyo objeto sean tanto “tareas” como “servicios” –lo que parece intentar incluir tanto prestaciones básicamente físicas, como prestaciones esencialmente intelectuales–, con la única condición de que ya sea su “resultado”, pero también, obsérvese, su “finalidad” “estén vinculados a obras de la construcción”.

Pues bien, a mi juicio es este último participio el que debe darnos la clave para comprender correctamente esta delimitación. Y ello en la medida en la que en este caso la vinculación no pretendería hacer referencia a una simple o genérica conexión, directa o indirecta con las obras propias del sector. Muy al contrario, creemos que lo que la norma pretende destacar –por utilizar la terminología de la RAE– es que el objeto inicial de la prestación esté sometido, conectado, en cuanto a su continuidad y subsistencia, a la concreta obra con las que esté vinculado, normalmente mediante su identificación en el propio contrato, obligando o bien a su modificación o incluso a su extinción, cuando aquellas a las que inicialmente estaba adscrito, se agotasen o concluyeran.

Sería, por tanto, esa delimitación objetiva de la actividad pactada y su vinculación con una o más concretas obras las que justificarían la calificación como indefinido adscrito a obra de estas concretas relaciones. Y ello ya que solo de esta forma, mediante esta específica identificación –seguramente en el propio contrato inicial– de la concreta o concretas obras a las que el empleado está inicialmente adscrito se lograría articular y justificar el impacto que sobre esta relación tiene la finalización de tales obras, y sobre el que volveremos casi inmediatamente.

De esta forma también cobraría sentido la delimitación negativa de esta misma causa de extinción. Y ello ya que la exclusión del “personal de estructura” se justificaría, en definitiva, por la subsistencia de sus tareas o funciones, que no se agotarían

por la finalización de cada una de las respectivas obras o construcciones en las que esté embarcado o implicado la empresa. Es cierto que la norma tampoco define qué debe entenderse por este personal de estructura. Pero de la propia práctica empresarial o incluso de su conocida acepción en el ámbito de las ETT –por su contraposición a los empleados en misión– bien podríamos definir a estos empleados “internos” como aquellos asalariados cuya prestación laboral esté ligada a los procesos estratégicos y de estructura organizacional y administrativa de la empresa, y que, por tanto, no se aplican de forma directa en la actividad operativa de cada una de las obras o construcciones en las que participa el empleador.

Si esto es así, la única duda que podría plantearse serían los hipotéticos efectos en la calificación de la relación de la ausencia de toda fijación en el contrato inicial de elementos suficientes para la identificación de la obra. Más allá de que, al menos a nuestro juicio, esto en raras ocasiones ocurrirá dado el tenor literal del artículo 22 del CCGC de 2017, creemos que en este caso lo más ajustado sería considerar en principio que el trabajador habría sido contratado sin adscripción específica a una obra –y, por tanto, como fijo de plantilla–, por lo que no jugaría en este caso la concreta causa de extinción aquí analizada, aunque también creemos que cabría plantear al menos la posibilidad de prueba en contrario que justificase su asignación específica y exclusiva a una concreta obra o construcción.

Pues bien, desde estas premisas, y una vez delimitado el campo de actuación de esta regulación, lo segundo que seguramente debe señalarse es que esta DA, más que regular única y exclusivamente una concreta causa de extinción, aborda de forma mucho más amplia una cuestión distinta pero inescindiblemente conectada: los efectos sobre la relación, ahora indefinida, de la finalización de la obra o de las obras sucesivas a las que se asignó inicialmente el empleado. Y lo hace, como veremos, siguiendo la lógica o el modelo del contrato para varias obras en la misma provincia previsto anteriormente en el art. 24.3 CCGC de 2017 si bien, lógicamente, sin limitación temporal alguna –ya que, recuérdese, ahora no nos encontramos ante un contrato temporal sino ante un contrato indefinido– y estableciendo importantes obligaciones empresariales de formación y recolocación a la finalización de cada una de ellas.

En cualquier caso, de lo que tampoco parece que quepa duda alguna es de que la nueva norma es igualmente deudora de la anterior regulación convencional en la delimitación del elemento que pone en marcha toda esta regulación; esto es, al delimitar el concepto de finalización de las obras o servicios inicialmente pactados que, eso sí, pasa ahora de ser un término resolutorio *incertus quando*, propio de un contrato temporal, a un evento que, constatado y verificado, pone en marcha todo un proceso destinado o bien modificar el objeto de la prestación, tanto desde una perspectiva locativa, como incluso funcional, o, en su caso, a provocar la extinción por parte del propio empleado o por parte del correspondiente empleador.

En este sentido, basta una simple lectura de la norma legal para detectar como esta incorpora ya algunas consideraciones clásicas de la anterior regulación convencional como el hecho de que considere como tal finalización no solo la conclusión global de la obra, sino también la realización paulatina de las correspondientes unidades de ejecución/obra debidamente acreditadas –y que, añadimos nosotros siguiendo la lógica del CCGC, hagan innecesario el número de los contratados para su ejecución, debiendo reducirse este de acuerdo con la disminución real del volumen de obra realizada–; así como la paralización definitiva o temporal, aunque siempre de entidad suficiente, de una obra, por causa imprevisible para la empresa y ajena a su voluntad, dentro de la cual, a pesar del silencio del legislador, creemos que, por continuidad con la anterior regulación convencional, no deberían incluirse las paralizaciones consecuencia de un conflicto laboral.

De hecho, en este campo, la innovación más llamativa –además de la exigencia de que la finalización sea real, verificable y efectiva– es que la comunicación de esta finalización a la representación legal de los trabajadores y, en su defecto, a las comisiones paritarias provinciales, antes prevista solo para los supuestos de paralización, se amplía ahora a todos los supuestos de finalización sin distinción, ampliándose incluso los sujetos destinatarios de dicha comunicación, que ahora serán necesariamente los dos antes señalados y, en su defecto –¿de uno o de los dos sujetos inicialmente destinatarios?–, los sindicatos representativos del sector, con una antelación de cinco días.

Sea como fuere, lo importante es que al menos con quince días (debemos entender naturales como de hecho se deducía en el art. 24.6 VI CCGC) de antelación a la finalización de su trabajo en la obra –y, por tanto, del objeto inicial o, lógicamente, sucesivo del contrato– el empleador deberá comunicar por escrito al trabajador o bien una propuesta de recolocación que se incorporaría al contrato o bien una propuesta extintiva.

La primera opción, esto es, la propuesta de recolocación, resulta obligatoria para el empleador siempre que, sin existir otras personas con mejor derecho que agoten estas vacantes, existan en la misma provincia obras en las que pueda prestar servicios el empleado, al ser la nueva prestación ofrecida acorde a su cualificación profesional –básicamente, creemos, titulación y formación preventiva (véase el art. 139 CCGC de 2017)–, y a su nivel, función y grupo profesional (véase el Anexo X del CCGC) o a las que, en su caso, pudiera adquirir tras un proceso de formación o recualificación.

Desde esta perspectiva, la cualificación y formación preventiva del empleado acreditada normalmente mediante la tarjeta Profesional de la Construcción –art. 150 CCGC 2017– se convertiría así en la pieza esencial que delimitaría el ámbito funcional de las ofertas de recolocación; un ámbito este ampliable, además, mediante el desarrollo, de ser preciso, de procesos de formación que, se destaca, podrían desarrollarse con antelación a la finalización de la obra, y serían siempre a cargo de la empresa, del mismo modo que podrían realizarse directamente o a través de una entidad

especializada, siendo preferente la formación que imparta la Fundación Laboral de la Construcción con cargo a las cuotas empresariales.

En cualquier caso, la extraordinaria casuística que esto conlleva, más aún en el marco del sistema de cualificación profesional del sector de la construcción –DA 7 CCGC– hace que la propia norma legal remita a “la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción” la determinación de “los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuadas según las cualificaciones requeridas para cada puesto, nivel, función y grupo profesional”.

Mientras tanto, lo que sí aclara la norma es que la propuesta de recolocación deberá ser formalizada por escrito mediante una cláusula que se anexará al contrato de trabajo y que deberá precisar “las condiciones esenciales, ubicación de la obra y fecha de incorporación a la misma, así como las acciones formativas exigibles (en su caso, añadimos nosotros) para ocupar el nuevo puesto”.

En cambio, entendemos que esta misma comunicación, con la misma forma escrita e idéntico plazo, deberá igualmente realizarse cuando o bien no existan obras de la empresa en la misma provincia –obsérvese, no del grupo en el que la empresa se inserte, salvo, claro está, que haya confusión de plantillas o sea el propio grupo el empleador– acordes a su cualificación profesional, nivel, función y grupo profesional una vez analizada su cualificación o posible recualificación; o cuando aun existiendo dichas obras en la mencionada provincia o bien no existan vacantes adecuadas a su cualificación –o a la que pudiera adquirir tras los mencionados procesos de formación o recualificación– o bien, aun existiendo, se conozca la presencia de personas con un derecho prioritario de acceso que impidan tal recolocación.

En este último caso, la norma remite nuevamente a la negociación colectiva de ámbito estatal del sector la determinación de tales criterios de prioridad o permanencia “que deben operar en caso de concurrir estos motivos en varias personas trabajadoras de forma simultánea en relación con la misma obra”.

Pues bien, en todos los casos en los que no se produzca efectivamente la recolocación, ya sea por la imposibilidad de esta en los términos antes señalados, o porque el trabajador la rechaza –lo que se interpretará que acontece si no contesta por escrito, aceptándola, en el plazo de siete días desde la comunicación empresarial– el contrato o los contratos indefinidos adscritos a obra se considerarán extinguidos por “motivos inherentes a la persona trabajadora” devengándose la ya clásica indemnización del siete por ciento calculada sobre los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio colectivo que resulte de aplicación y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato, o, se señala la superior establecida por el Convenio General del Sector de la Construcción.

Más allá de que esta extinción deba ser puesta en conocimiento de la representación legal con una antelación de siete días, lo que sin duda más llama la atención

es que esta causa de extinción pretende aplicarse “con independencia del número de trabajadores afectados”.

De hecho, consideramos que la extraña denominación de esta concreta causa de extinción solo puede justificarse por el deseo de considerar que tales extinciones escapan del cómputo, no ya tanto del artículo 51 ET –ya que ambas son normas legales, debiendo ser prioritaria la específica o sectorial– como, sobre todo, del artículo 1 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998.

El problema, no obstante, es que, como ya ha señalado el propio Tribunal de Justicia, el concepto de despido –y, conexas, añadimos nosotros, de motivos inherentes a la persona del trabajador que permiten excluir estas extinciones del cómputo recogido en la Directiva– es “un concepto de Derecho de la Unión que no puede ser definido mediante remisión a las legislaciones de los Estados miembros”⁵¹; es un concepto, por tanto, rígido para el legislador nacional y en el que creemos que si bien podrían llegar a encuadrarse supuestos de sobrevenida incapacidad para la actividad desarrollada en otras obras, o incluso, aunque ya aquí con dudas, la no aceptación de la recolocación por parte del propio trabajador ante la modificación del lugar de trabajo⁵², plantea muchas más dudas –al menos a mi juicio– cuando bajo esta denominación se tratan de encubrir razones estrictamente empresariales, ligadas, por ejemplo, a la finalización de la obra y la inexistencia de cualesquiera otras en la provincia.

Sea como fuere, la cuestión puede llegar a ser importante en la medida en la que la norma no plantea, como quizás hubiera podido, un periodo de consultas o una comunicación a la autoridad laboral en aquellos supuestos subjetivamente más

51. STJ (Sala Primera) de 11 de noviembre de 2015, Pujante Rivera, asunto C-422/14. EU:C:2015:743

52. Como ya recordó el apartado 55 de la STJ de 11 de noviembre de 2015, Pujante Rivera, antes mencionada: “la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de «despido» utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva”. Un matización a la misma en STJ (Sala Décima) de 21 de septiembre de 2017, Ciupa y otros asunto C-429/16, ECLI:EU:C:2017:711, apartado 28, de acuerdo con la cual, cuando “un empresario lleve a cabo, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, una modificación no sustancial de un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona de ese trabajador o... una modificación sustancial de un elemento no esencial de dicho contrato por motivos no inherentes a la persona de ese trabajador (la misma) no puede calificarse como «despido», en el sentido de dicha Directiva”. No obstante, véase la posterior STJ (Sala Décima) de 21 de septiembre de 2017, Socha, asunto C-149/16, de acuerdo con la cual, si bien la mera modificación puede no encuadrarse en el concepto de despido: “Por el contrario, la resolución del contrato de trabajo subsiguiente a la negativa del trabajador a aceptar una modificación como la propuesta en la rescisión modificativa debe considerarse que constituye una extinción del contrato de trabajo producida a iniciativa del empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido del artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, de la citada Directiva, de modo que debe tenerse en cuenta para calcular el número total de despidos llevados a cabo”.

amplios, sino que se limita a señalar que estas extinciones deberán ser puestas en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras con una antelación de siete días a su efectividad” y dará lugar –siguiendo la estela de las indemnizaciones de precariedad específicas del anterior contrato fijo de obra– a una indemnización del siete por ciento calculada sobre los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio colectivo que resulte de aplicación⁵³ y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato, o la superior establecida por el Convenio General del Sector de la Construcción

Sea como fuere, y para ya cerrar este círculo, el artículo 3 del Real Decreto-ley 32/2021 ha procedido igualmente a modificar el apartado 1 del artículo 267 para poder considerar en situación legal de desempleo a las extinciones del contrato por motivos inherentes a la persona trabajadora.

7. LA MODALIDAD “ESTRELLA” DE LA NUEVA REFORMA: EL NUEVO CONTRATO FIJO DISCONTINUO.

En cualquier caso, y junto a estos contratos indefinidos adscritos a obra para el sector de la construcción, el otro gran “destino” y, por qué no decirlo, la otra gran apuesta de la reforma en la lucha contra la tasa excesivamente alta de temporalidad es, sin duda, un viejo conocido de nuestro ordenamiento: el contrato fijo-discontinuo que, presente desde hace tiempo en nuestro país, nunca alcanzó en nuestro sistema el papel fundamental que muchos quisieron otorgarle.

No es este, obviamente, el momento de analizar con detenimiento esta figura, pero sí al menos de señalar como la misma, si bien por un lado presenta una mayor estabilidad que la simple reiteración de contratos temporales, permitiendo además la mejora de los datos estadísticos, no es en cambio, ni un ideal de calidad en el empleo, ni una opción asumida en muchos casos de forma voluntaria por los propios trabajadores; es, en otras palabras, y repetimos, en muchas ocasiones, un mal menor que intentará dar una vía de flexibilidad a las empresas al mismo tiempo que otorga algo más de seguridad al trabajador, mejorando, desde luego, los datos estadísticos siempre presentes en la mente del legislador. De ahí, como veremos, que la reforma incorpore normas en relación con la igualdad de derechos o su novación a un contrato continuo o permanente, similares o incluso en ocasiones casi simétricas a las establecidas igualmente para los trabajadores con contratos temporales o lógicamente, a tiempo parcial.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que la reforma, pospuesta igualmente en su entrada en vigor tres meses desde su publicación en el BOE⁵⁴, parte de

53. Sobre los conceptos salariales y extrasalariales véase el artículo 47 y siguientes del CCGC de 2017.

54. No podemos detenernos aquí a analizar los problemas de transitoriedad en esta figura, máxime cuando se constata cómo, a diferencia de otras modalidades, en este caso el RDL 32/2021, salvo error u

un claro deseo de incrementar la utilización de esta modalidad que se aprecia, ya desde un principio, en la evidente ampliación, desde una triple perspectiva, de su tradicional y original campo de aplicación.

En primer lugar, absorbiendo ya, clara y expresamente, el contrato fijo periódico, y derogándose para ello el art. 12.3 ET en sede tradicional de contrato a tiempo parcial⁵⁵. Como es bien sabido, esta atormentada distinción entre fijos periódicos y fijos discontinuos se ha pretendido justificar durante muchos años, ya sea en función de la mayor o menor certeza en el momento de la activación o del inicio cíclico de la prestación, como, en segundo lugar, –y, al menos a mi juicio, de forma mucho más lógica y acertada– en el carácter permanente o no de la intensidad cíclica de esta demanda empresarial que, especialmente en el caso del fijo discontinuo, justificaría la necesidad de llamamientos como sistemas de ordenación y prelación de los trabajadores ante la concreta intensidad de la demanda.

Sea como fuere, de lo que no cabe duda es de que esta distinción, y esta separación en el tratamiento de los trabajadores cíclicos ha sido en no pocas ocasiones un auténtico semillero de problemas. Lo fue, en su momento, en relación con la exclusión o no de algunos de ellos en relación con la situación legal de desempleo durante los periodos de inactividad. Pero lo ha sido también en el plano de la regulación laboral ante las insuficiencias que esta dicotomía planteaba en diversas ocasiones. Piénsese, por señalar algunas, en la llamativa aplicación a los fijos periódicos de las reglas que, como teóricos trabajadores a tiempo parcial, prohibían las horas extraordinarias y remitían el tiempo suplementario a unas horas complementarias que, en esencia, estaban pensadas para desarrollarse en una franja de jornada ordinaria, normalmente cubierta ya por el fijo periódico en sus periodos de actividad. O, desde otra perspectiva, los problemas derivados de la aparente inaplicación al fijo discontinuo de reglas que seguramente sí debieron incorporarse a su marco jurídico como la prohibición de su imposición por la vía del art. 41 ET o el derecho de información o incluso de acceso prioritario a las posibles vacantes continuas a las que, en cambio, sí tenían derecho los fijos periódicos.

Por ello, en este punto, la opción del legislador nos parece en principio correcta, al unificar ya todo el trabajo discontinuo –o intermitente en la expresión legal–, ya sea de fechas ciertas y determinadas o en fechas inciertas e indeterminadas en el seno de una única relación que, por un lado, las libere de reglas no siempre pensadas para

omisión por mi parte, no han establecido reglas transitorias específicas para esta concreta tipología contractual. A nuestro juicio, no obstante, parece lógico considerar que, si bien las escasas normas legales novedosas no serían aplicables a los contratos estipulados antes de la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 16 ET, no ocurrirá así, seguramente, con las normas colectivas que se dicten a su luz, básicas como veremos en el nuevo esquema de regulación y que seguramente no distinguirán en función de la fecha de estipulación del contrato.

55. Además de la desaparición de otras menciones legales, por ejemplo, en el art. 267.1.d) LGSS.

ellas –prohibición de horas extraordinarias, patos de horas complementarias...- al mismo tiempo que establece para todas una importante serie de derechos protectores ya sea en relación con los derechos de conciliación, el cálculo de la antigüedad o el derecho de información de puestos de trabajo vacantes de carácter fijo ordinario en cuyo contenido, nuevamente por razones obvias, no podemos detenernos aquí.

Es cierto que, al hilo de esta unificación, la definición de esta modalidad se ha ampliado extraordinariamente, alejándose de la tradicional estacionalidad para, como veremos, centrarse en las necesidades intermitentes de la empresa, sobre todo cuando estas no dependan de una fase temporal del año, sino por ejemplo –como veremos– de la mayor o menor consecución de contratos o concesiones por parte de la empresa. Ello puede plantear serios problemas de cercanía de esta modalidad con los denominados contratos a llamada o cero horas, para los que quizás, las simples exigencias de contenidos establecidas en el art. 16.2 ET o ciertas llamadas a la negociación colectiva no sean suficientes, sobre todo si se quiere garantizar, antes de agosto de 2022, las garantías informativas que plantea la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Y todo ello, claro está, sin olvidar las dificultades para deslindar esta modalidad del simple contrato a tiempo parcial sobre base anual que, de aceptarse esta visión casi omnicomprendensiva y adaptable, podría también considerarse absorbido sustancialmente por esta nueva modalidad.

En cualquier caso, y como ya avanzábamos, no es esta la única ampliación de este campo. En segundo lugar, destaca igualmente el reconocimiento expreso de la posibilidad de que las ETT contratasen laboralmente a sus empleados en misión –esto es, los que, a diferencia de los de estructura, son contratados para ser cedidos a las empresas usuarias–, mediante un contrato fijo discontinuo activándose dicha relación mediante la respectiva orden de servicio conectada con los correlativos contratos de puesta a disposición.

Seguramente esta ampliación es la respuesta legal a la discutible, aunque mayoritaria posición del Pleno del Tribunal Supremo en la, a mi juicio, no muy acertada STS núm. 728/2020 de 30 julio⁵⁶. Y ello ya que al hilo del reconocimiento o no de un derecho a prestaciones por desempleo de un trabajador en misión durante los periodos de inactividad en su relación fijo-discontinua, el Tribunal Supremo, señaló ciertamente la posibilidad de una contratación indefinida con las correlativas ordenes de servicio del artículo 16.5 del Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo; pero a continuación rechazó que la misma pudiera ser considerada como fija discontinua. Y ello, por dos razones. La primera, llamativamente, por la inexistencia de previsión alguna respecto a la posibilidad de que la ETT celebre un contrato indefinido fijo-discontinuo. Algo sorprendente cuando el artículo 10 sí se refiere a contratos

56. ECLI:ES:TS:2020:3102

indefinidos dentro de los que se encuentran sin duda, los fijos discontinuos. Y, en segundo lugar, por la aparente diferencia entre estas necesidades surgidas de sucesivos contratos de puesta a disposición. Ya que, en opinión de la mayoría de la Sala, dichas tareas no estarían dotadas de la necesaria homogeneidad “ya que dependerá(n) del tipo de actividad que demande la empresa usuaria”.

Entiéndasenos bien. Ciertamente consideramos inadmisibile que el trabajador sea contratado por la ETT como fijo discontinuo para cubrir necesidades de este mismo tipo en la misma empresa usuaria. En este punto coincido con la sentencia en que el contrato de puesta a disposición no debe servir –ni antes, ni ahora– para cubrir este tipo de necesidades. Pero lo que nos sorprende, quizás por los términos tan enérgicos de la sentencia, es que esta misma modalidad no pudiera ser utilizada para contratar al trabajador en misión en el caso de sucesivos contratos de puesta a disposición para trabajos de temporada por distintas empresas usuarias en el marco, por ejemplo, de actividades temporales distintas con diferente ubicación territorial. La homogeneidad aquí bien podría haberse interpretado desde la óptica de la actividad contratada y de la articulación por la propia ET. Y ello aún más cuando otra interpretación no solo priva en gran parte de sentido a las normas reglamentarias antes señaladas, sino que, y sobre todo, conducen a estos trabajadores irracionalmente a la temporalidad, privándoles de una cierta estabilidad, aunque discontinua, con la ETT.

En cualquier caso, y sea como fuere, lo cierto que la reforma en este punto es clara. Ahora –DF 1 RDL 32/2021– ya no cabe duda de esta posibilidad que, no obstante, repetimos, se hace solo en relación con la contratación laboral –art 10 LETT– para, eso sí, diferentes empresas usuarias, sin tocar, por tanto, el art. 6 de la misma norma y sin que, por consiguiente, las ETT puedan realizar contratos de puesta a disposición para cubrir necesidades cíclicas, habituales y ordinarias de la misma empresa, que deberán articularse a través de una contratación directa fijo-discontinua.

Finalmente, y en tercer lugar –aunque estrechamente relacionada con la anterior–, sin duda la mayor ampliación del ámbito de esta modalidad se ha producido por su consideración como instrumento básico para la canalización de las necesidades empresariales conectadas a la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. Y decimos instrumento básico en la medida en la que, aunque el art. 16.1 ET utilice el término podrá, lo hace, al menos a mi juicio, más para señalar la ausencia de “fraude” en su utilización –frente al fijo continuo– que como simple alternativa a otras posibles vías de contratación. Y ello ya que, como hemos visto con anterioridad, el mismo acuerdo se encarga de destacar que el contrato por circunstancias de la producción por incrementos u oscilaciones no podrá utilizarse nunca en los supuestos incluidos en este artículo 16.1, del mismo modo que incluso en los supuestos del segundo subtipo –necesidades ocasionales y previsibles que tengan una duración reducida y limitada– tampoco “podrá identificarse

como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurran las circunstancias de la producción en los términos anteriores”.

Sin entrar aquí en la mayor o menor importancia de la omisión en este último punto de la previsibilidad de la contrata, lo que sí parece evidente es que el acuerdo viene a desarrollar el cambio de orientación marcado en último término por la conocida STS (Sala de lo Social) n. 983/2020, de 10 de noviembre⁵⁷. Por ello, cuando la empresa desarrolle de forma habitual u ordinaria este tipo de contrata no podrá acudir a la sucesiva contratación temporal sino a esta modalidad fija discontinua. Cuestión distinta es, evidentemente, que cuando la sucesión de contrata se realice de forma ininterrumpida, sin lapso ni interrupción laboral, de manera prolongada y sistemática, quepa claramente considerar a estos trabajadores como fijos continuos y no intermitentes⁵⁸.

Sea como fuere, lo cierto es que esta triple extensión del campo de aplicación del contrato fijo-discontinuo ha motivado, obviamente, la necesidad no solo de proceder a derogar o modificar distintos aspectos del artículo 12 del ET, de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal o incluso de la Ley General de Seguridad Social, sino también de realizar una ampliación de sus contenidos; una ampliación esta en la que, dada la posible diversidad de situaciones, el legislador ha dado un papel fundamental a la negociación colectiva, omitiendo quizás una regulación más detallada que, sobre todo, hubiera podido garantizar legalmente unas condiciones laborales transparentes y previsibles en línea con lo establecido por la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019.

En cualquier caso, lo que sí resulta llamativo comprobar es cómo, frente al carácter genérico que en ocasiones adopta la reforma al realizar esta remisión –por ejemplo, cuando se trata de abordar cuestiones ligadas a la reducción de la temporalidad–, en este caso el legislador ha optado claramente por una preferencia generalizada por el convenio colectivo sectorial, seguramente por el carácter esencial de este

57. ECLI:ES:TS:2020:3833

58. En este sentido véase STS (Sala de lo Social, Sección1ª) n. 951/2020 de 28 octubre, ECLI:ES:TS:2020:3830, de acuerdo con la cual: “es inherente al contrato fijo-discontinuo que haya cierta discontinuidad en el trabajo, esto es, intervalos temporales en los que no se presten servicios porque no haya trabajo que atender. Si el trabajo y las necesidades empresariales son prolongada y sistemáticamente ininterrumpidos y permanentes y dejan de ser intermitentes, el contrato muda su naturaleza (“ello repercute en la naturaleza jurídica de la relación”, STS 10 de octubre de 2013, rcud 3048/2012) de fijo-discontinuo a fijo continuo u ordinario, pues no hay discontinuidad, sino que hay continuidad. Como esta Sala ha recordado que ya ha dicho en las citadas SSTs 15 de julio de 2010 y 10 de octubre de 2013, “la regulación legal excluye la sistemática y prolongada falta de solución de continuidad entre (las campañas), en términos tales que nos encontremos en presencia de una actividad permanente [que no intermitente, como la discontinuidad requiere por definición].”

desarrollo, sin atribuir, eso sí, mayores preferencias a un concreto ámbito territorial y sin aclarar en muchas ocasiones el papel de otro tipo de convenios en caso de omisión de la norma sectorial. Así sucede, por señalar algunos ejemplos, no ya solo en la lógica incitación a la posible creación de bolsas sectoriales de empleo con el objeto de favorecer su formación y contratación –no debe olvidarse que estas personas tienen la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación durante los periodos de inactividad–; o para acordar la celebración de contratos a tiempo parcial cuando la actividad del sector así lo justifique; o para elaborar un censo anual de este personal, sino también, y sobre todo, para cuestiones fundamentales como el posible establecimiento de un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía de fin de llamamiento cuando este acontezca y no se produzca inmediatamente un nuevo llamamiento (art. 16.5 ET). Y todo ello sin olvidar que cuando la contratación fija-discontinua se justifique por la celebración de contratos, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas serán estos mismos convenios colectivos sectoriales los que podrán determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas –que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses– transcurrido el cual, las empresas deberán adoptar las medidas coyunturales o definitivas que en cada caso procedan⁵⁹.

En relación con este tema nos limitaremos a recordar cómo, en primer lugar, si bien en algunos casos la remisión sectorial es incluso lógica dada la naturaleza de la materia (bolsa sectorial de empleo), en otras parece razonable considerar que con la misma no se busca tanto una exclusión legal de otros tipos funcionales de convenios, sino de otorgar una prioridad aplicativa y, por tanto, una capacidad de imponer legalmente los contenidos y ordenación de esta materia por parte del convenio sectorial frente al de empresa o incluso –si así lo decidiera el convenio sectorial– al simple o defectivo acuerdo de empresa. De ahí, por ejemplo, que no veamos problemas en que, en relación con el mínimo de llamamiento anual, el propio convenio sectorial se abra por ejemplo a su especificación a nivel de empresa, articulando así su relación mediante mecanismos no conflictivos.

Y, en segundo lugar, que en el caso de las ETT el propio art. 10.3 Ley 14/1994 en la redacción dada por la DF 1 RDL 32/2021 especifica que estos convenios serán los de sector de las propias ETT pudiendo estos “fijar una garantía de empleo para las personas contratadas bajo esta modalidad”. En cambio, resulta llamativo que en este mismo precepto no se prevea un plazo máximo de inactividad entre activaciones. Y ello ya que si bien esta omisión podría salvarse mediante una aplicación analógica del art. 16.4 ET, plantea no obstante la duda de si estamos ante una simple laguna,

59. Es curioso constatar las dudas que en estos casos puede plantear la existencia de reglas subrogatorias en los convenios colectivos sectoriales ante las opciones ahora abiertas al trabajador; un tema este que, al menos a mi juicio, debería ser ahora nuevamente regulado por los propios convenios colectivos sectoriales al hilo del tratamiento de esta concreta institución.

subsanción mediante esta aplicación analógica de la norma general, o, si como nos tememos, nos encontramos ante un silencio buscado conscientemente por el legislador y que por tanto impide hablar de laguna y, por ende, de aplicación analógica de la norma general.

Sea como fuere, resulta en cualquier caso llamativo destacar cómo en relación con las reglas sobre el llamamiento, en especial sobre los criterios objetivos y formales por los que este acto debe regirse, la normativa se abre a cualquier tipo de convenio colectivo, admitiendo incluso en su defecto, el simple acuerdo de empresa. Pero lo hace, además, tras establecer, en primer lugar, que el llamamiento deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada; en segundo lugar, que la empresa deberán trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, al inicio de cada año natural, 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; y, finalmente, y en tercer lugar, tras indicar que las personas fijas-discontinuas podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento, iniciándose el plazo para ello desde el momento de la falta de este o desde el momento en que la conociesen⁶⁰. Nada más se señala en relación con esta institución, por lo que, en principio, y en defecto de regulación convencional, el aplazamiento de llamamiento por caída del consumo o menor necesidad empresarial temporal o el simple hecho de que este sea parcial –por ser menor la necesidad empresarial en cada caso concreto– seguirán rigiéndose, al menos en principio, por la conocida jurisprudencia en este punto⁶¹.

60. El carácter indeterminado de esta referencia a las posibles acciones de los trabajadores quizás pueda deberse a la recepción por el legislador de la doctrina que en su momento fijó la STS (Sala de lo Social) de 15 de enero de 2019, n. 25/2019, ECLI:ES:TS:2019:369, en un supuesto en el que lo que “reclaman es el pago de una indemnización conforme al salario que a su juicio debieron de percibir durante una determinada temporada ya finalizada y en razón al número de horas de trabajo que debieron de realizar esa anualidad conforme al mínimo garantizado en el convenio colectivo” y por tanto la actuación de la empresa no “pone de manifiesto su voluntad expresa o tácita de dar por extinguida de manera definitiva la relación laboral fija discontinua al eludir las normas legales o convencionales previstas para el llamamiento de los trabajadores al inicio de cada campaña anual”.

61. Véase, en relación con el aplazamiento de llamamiento STS (Sala de lo Social, Sección1ª) de 23 abril 2012, ECLI:ES:TS:2012:4170. En lo relativo a llamamiento parcial STS (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 997/2017 de 13 diciembre. ECLI:ES:TS:2017:4802. No obstante, debe llamarse al menos la atención a la larga serie de sentencias iniciadas por la STS (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 409/2017 de 10 mayo, ECLI:ES:TS:2017:2100 en el que en un caso sumamente peculiar –acuerdo de huelga con despidos pactados al hilo de la reorganización productiva de la empresa– los despidos por falta de llamamiento –definitivo, por tanto, no aplazado a sucesivos años– sí fueron declarados nulos al no seguirse el procedimiento del art. 51 ET.

En cualquier caso, resulta evidente el papel central de esta institución ante la ampliación de supuesto ahora cubiertos por el contrato fijo discontinuo. Piénsese, por ejemplo, su importancia en relación con la mayor o menor conexión de específica actividad ahora subcontratada y aquella en la que prestó servicios anteriormente el trabajador; en las cualificaciones ahora requeridas y su correlación o no con las que justificaron la anterior activación del trabajador; o incluso en la concreta ubicación geográfica y su conexión (¿provincial?) con la nueva actividad subcontratada. En cualquier caso, lo que sí parece evidente es lo razonable de que estas cuestiones sobre el llamamiento –art. 16.3 ET– se remitan genéricamente a cualquier convenio, especialmente al de empresa, o incluso en su defecto al mero acuerdo de este ámbito que, en su caso, deberían especificar las grandes lógicas establecidas a nivel sectorial. Y todo ello sin dejar de señalar las diferencias entre estas reglas y las establecidas en el caso de contrato indefinido adscrito a obra en la construcción, en especial, en relación con las obligaciones formativas –aquí, en defecto de convenio, aparentemente inexistentes– de la empresa.

En cualquier caso, de lo que tampoco cabe duda, es de que todas estas llamadas a la negociación colectiva vienen a reflejar como, nuevamente, la reducción de modalidades mediante la abrupta confluencia de realidades incluso sectorialmente diferentes, hacen que nos encontremos ante una normativa en gran parte por desarrollar, y que incluso puede presentar, al menos a nuestro juicio, notables diferencias en función de las opciones nucleares que en determinados aspectos adopte cada gran convenio sectorial. Más allá de su formalización necesariamente por escrito y de la exigencia de incorporación al mismo de los elementos esenciales de la actividad laboral –entre otros, la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria, aunque estos últimos podrán figurar con carácter estimado, a la espera de su concreción en el momento del llamamiento– (art. 16.2 ET) casi todo el resto del régimen jurídico de esta modalidad se remite, en mayor o menor medida, y con mayor o menor supletoriedad de las reglas legales, a las normas convencionales que, en buena parte, serán las que en último término señalen el contenido real del o de los contratos fijos discontinuos en cada uno de los concreto sectores de actividad y en cuyo desarrollo debería tenerse en cuenta, al menos a mi juicio, lo establecido en la Directiva (UE) 2019/1152

Ya para terminar, quisiéramos simplemente reiterar como, tras todo lo ya dicho, parece evidente que nos encontramos ante un contrato sumamente peculiar; un contrato que como ya avanzamos al principio de este punto, puede computarse ciertamente como indefinido a efectos estadísticos, pero que en función de determinadas opciones puede incluso llegar a convertirse –sobre todo para algunos trabajadores y en ciertos sectores– en un trabajo cercano al cero horas y en un contrato no especialmente estable. De ahí que, como ya anticipásemos, la nueva normativa prevea incluso reglas típicas del contrato a llamada como, por ejemplo, la las ya señaladas de un periodo mínimo de llamamiento anual, o normas con un clara cercanía con las ya establecidas para los trabajadores temporales o a tiempo parcial, como un derecho

de información de vacantes fijas ordinarias, una posible cuantía por “fin de llamamiento”, un deber de información de las vacantes “fijas ordinarias” así como la posibilidad de fijar procedimientos de conversión a contratos continuos, o, por señalar un último ejemplo, su significativa consideración como colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación durante los periodos de inactividad.

Y todo ello desde el obligado respeto a los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar y al principio de igualdad. De hecho, el art. 16.5 ET establece ahora expresamente que “las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados –algo que, por lo demás, ya venía señalando la última jurisprudencia en relación con el complemento de antigüedad⁶²-, con la excepción, eso sí, “de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia”; una referencia, esta última, que plantea la duda de su compatibilidad o no con la doctrina del Tribunal Supremo que sigue considerando que a efectos de la indemnización por despido esta se calcula no sobre la base de los años naturales en que haya estado en la empresa, sino computando solo los periodos de actividad, en los que se hayan prestado efectivamente servicios, sin incorporar los periodos de inactividad o entre campañas⁶³.

8. UNA REFORMA “MENOR”: DEL CONTRATO DE INTERINIDAD AL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN

Finalmente, la reforma del contrato de interinidad, ahora denominado de sustitución, parece ser, al menos en el campo laboral⁶⁴, de bastante menor calado. Lo es, en primer lugar, por el carácter menor de esta modalidad en cuanto a volumen de contratos, sobre todo si la comparamos con las anteriores modalidades de obra o servicio determinado y eventuales. De menor importancia, también, porque esta modalidad tampoco ha sido especialmente problemática, ni se ha detectado una utilización abusiva de la misma, al menos en el sector privado. Y finalmente, de menor calado

62. En este sentido, el Tribunal Supremo ya había asumido, al hilo de la doctrina del Tribunal de Justicia que a los trabajadores fijos discontinuos de la Agencia Tributaria, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional, se les computa todo el tiempo de duración de la relación laboral y no únicamente el tiempo efectivamente trabajado (SSTS de 19 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 5476) , recurso 2309/17; 10 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5502) , recurso 2932/17; y 19 de mayo de 2020 (RJ 2020, 2064) , recurso 3625/2017).

63. Si bien la indemnización por despido se calcula sobre la base del salario del último mes trabajado. Véase STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) n. 730/2020 de 30 julio. ECLI:ES:TS:2020:2817

64. Sobre todo, si la comparamos con la batería de medidas, algunas de un enorme calado práctico en la reducción de la temporalidad, contempladas en la casi coetánea Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

ya que, salvo algunas novedades, a mi juicio, ciertamente lógicas y razonables, la reforma se ha limitado, en mi opinión, de forma acertada, a legalizar buena parte del contenido antes recogido reglamentariamente. Ello resulta lógico si recordamos el papel que, en general, el Estatuto reserva a la norma reglamentaria en la regulación de las relaciones laborales. Pero, al mismo tiempo, plantea las inevitables dudas sobre qué ocurre con aquellas normas reglamentarias que, sin embargo, no han sido incorporadas a la ley, y, por tanto, sobre su posible subsistencia a la espera del esperado y deseable desarrollo reglamentario de la nueva regulación –por cierto, repetimos, aún no vigente en el momento de cerrar estas líneas–.

Pues bien, desde estas premisas y con la inevitable brevedad que exigen ya las dimensiones de este documento, nos limitaremos aquí a señalar cómo, en primer lugar, en relación con los supuestos habilitantes y junto a la tradicional sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo, indicando el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución⁶⁵, se incorpora ahora legalmente los supuestos de reducción de jornada⁶⁶ y la cobertura de puestos durante los procesos de selección o promoción definitiva mediante contrato fijo con similares rigores formales.

No obstante, y en relación con estos temas, llaman la atención la ausencia de cualquier referencia legal a algún otro supuesto reglamentariamente admitido con anterioridad. En especial, la sustitución de un trabajador autónomo o a un socio trabajador de una sociedad cooperativa en los supuestos de riesgo durante el embarazo o en los periodos de descanso, debemos entender ahora– por nacimiento y cuidado del menor. Técnicamente, el autónomo no es una persona trabajadora por cuenta ajena. Pero no creemos que deba darse mayor importancia a la no incorporación expresa de esta previsión reglamentaria que, al menos a mi juicio, no choca contra el actual marco legal, tiene una causa ciertamente justificada y, además, aparece aún contemplada, si quiera sea a efectos de bonificación, en el art. 30 de la Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

En cambio, y al menos en el acuerdo original entre los interlocutores sociales, llamaba la atención igualmente la omisión de toda referencia a la utilización de este instrumento como medio de cobertura en los procesos de selección en el ámbito de la Administración Pública. En efecto, es cierto que el párrafo tercero del art. 15.3 ET no distinguía ni distingue en función de la titularidad o de la naturaleza pública o privada del empleador. Pero sí llamaba la atención que en este caso no se hiciera referencia

65. Recuérdese, no obstante, la derogación de la Disposición 21 ET en relación con la bonificación de contratos de interinidad que se celebrasen con beneficiarios de prestaciones por desempleo, de nivel contributivo o asistencial, que llevasen más de un año como perceptores, para sustituir a trabajadores que estuviesen en la situación de excedencia del artículo 46.3 ET.

66. Siempre que dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo –no parece por tanto mediante el siempre acuerdo entre las partes– y que se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución.

alguna a las administraciones públicas ni se las dotase de reglas específicas –como sí se hacía en la vieja norma reglamentaria– máxime cuando ahora la duración de este contrato si bien se establecía por remisión a la duración del proceso de selección, quedaba limitada, sin excepción expresa alguna, a un único periodo máximo de tres meses o, incluso, el inferior establecido en convenio colectivo (sin mayores especificaciones funcionales o geográficas). Seguramente por ello, la DA 4 del RDL 32/2021 ha vuelto a abrir esta posibilidad, fijando el término máximo en la finalización del proceso de selección.

Por lo demás, la principal novedad legal es la posibilidad recogida ahora legalmente, de permitir la coincidencia de ambas personas, autorizando que la prestación de servicios pueda producirse antes de la ausencia de la persona sustituida, eso sí, por el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días.

9. LAS MODIFICACIONES NO RELATIVAS A LA CAUSA DEL CONTRATO (1): EL NUEVO ART. 15.5 ET

Finalmente, y junto a todas estas medidas centradas en la delimitación causal de la contratación –fortalecidas, sin duda, por la nueva regulación mucho más clara y terminante del art. 15.4 ET– la reforma incorpora igualmente otros mecanismos, a mi juicio también de una enorme importancia, y que están destinados, por un lado, a luchar contra la utilización reiterada de contratos temporales y, en segundo lugar, a penalizar especialmente los contratos temporales de muy escasa duración.

El primero de ellos es, sin duda, la modificación del art. 15.5 ET. En este sentido, es bien conocido como dentro de este apartado se han regulado dos situaciones diferentes, aunque materialmente similares. El primero, el supuesto de sucesión contractual con el mismo trabajador, ya sea en el mismo o, más tarde, en diferente puesto de trabajo, ya sea forma directa o mediante el recurso a ET'T y que operaba directamente ex lege, incluso en los supuestos de sucesión o subrogación legal o convencional del trabajador. En cambio, el segundo hacía referencia a la sucesión de diferentes trabajadores –rotación personal– en el mismo puesto de trabajo, si bien de forma mucho más genérica (con o sin continuidad) remitiendo a la negociación colectiva un desarrollo que, al menos a mi juicio, era claramente insuficiente dada la altísima rotación presente en nuestro sistema.

Pues bien, sobre ambos instrumentos va a incidir la reforma. En relación con el primero, la reforma, aun siendo importante, no es a mi juicio sustancial. Se “limita”, en primer lugar, a reducir en seis meses cada uno de los dos periodos de tiempo anteriormente contemplados y que pasarían ahora a ser así de dieciocho meses de trabajo en un periodo de referencia de veinticuatro. La segunda resulta aparentemente simplificadora, pero no deja de ser problemática ante algunos de los cambios producidos entre

el acuerdo y el texto del definitivo Real Decreto-ley. Y ello ya que la limitación al contrato por circunstancias de producción como única modalidad computada podía tener sentido en el esquema inicial del acuerdo, en donde la simplificación de modalidades centraba en esta la posible problemática. Las dificultades surgen cuando de manera sobreenvenida el posterior Real Decreto-ley incorporó otras modalidades y, en especial, las establecidas innominadamente para el sector público en la ya estudiada Disposición Adicional 5 y que, por ello, escaparían ahora, al menos formalmente, de esta regla.

Pero, como decimos, aun siendo importante esta modificación, creemos que aún lo es más la del segundo supuesto antes señalado y que identificábamos como de rotación personal en el mismo puesto de trabajo. Y ello no solo por la notable presencia y frecuencia que estos supuestos tienen –al menos en mi apreciación personal–, en nuestro mercado de trabajo y, en especial en determinados sectores, sino porque, además, en este caso la modificación no solo es sustancial, sino incluso radical, al alterar la propia lógica del precepto.

En este sentido, de todos es sabido cómo la anterior regulación legal contemplaba únicamente una mera invitación a la negociación colectiva –por mucho que se utilizara la expresión aparentemente terminante de “establecerá”- para que, “atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo” incorporara “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”. Pues bien, el resultado de esta llamada fue a mi juicio ciertamente escaso⁶⁷ a pesar, incluso, de las expresas llamadas que en este sentido realizaron algunos acuerdos interconfederales⁶⁸.

67. Aun con las necesarias salvedades derivadas del origen de estos datos –los propios negociadores al inscribir el convenio– y lo genérico de su identificación –“Prevención encadenamiento de contratos”-, nos limitaremos aquí a recordar cómo, según los datos del avance para 2020 de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo, en relación con los convenios firmados en 2020 y registrados hasta julio de 2021, los convenios que contemplaban alguna norma sobre este tema eran 57 –lo que supone solo el 6,55% del total–, afectando a 310.078 trabajadores, lo que engloba un 19,80% de los afectados por estos convenios (CCT-I.3.1). El hecho de que el porcentaje de trabajadores sea superior al de convenio es normalmente un reflejo de que estas cláusulas suelen ser más frecuentes en los convenios que tienen un ámbito personal superior a la media, seguramente sectoriales. Y de hecho, si analizamos estos mismos datos en relación con los convenios de empresa, utilizando la misma fuente (CCT-I.3.2), se detecta que, en este tipo funcional de acuerdo, el porcentaje baja al 5,22% -37 convenios-, afectando a 14.708 trabajadores– el 9,89% de los cubiertos por este tipo de pacto– lo que refleja que incluso en estos casos la cláusula suele ser más frecuente en los convenios de mayor ámbito personal.

68. Véase, por ejemplo, el apartado 1 del Capítulo II del III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2015, 2016 y 2017, publicado por la Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, y en la que se instaba a: “Adoptar fórmulas que eviten el encadenamiento injustificado de sucesivos contratos temporales para cubrir un mismo puesto de trabajo, con el

De ahí que ahora la reforma no haga en absoluto una llamada a la negociación colectiva, atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y características del puesto, sino que regula expresa y directamente este mecanismo de transformación ex lege de temporal en –obsérvese nuevamente– “fijo” de 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 mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal. Más allá de recordar la ausencia en este caso de mención alguna a los supuestos de subrogación, basta una mera lectura del precepto para comprender su importancia.

La principal dificultad, más allá de las posibles carencias de información para el concreto trabajador interesado –sobre todo cuando no exista una representación legal de los trabajadores– será, paradójicamente, la delimitación de ese esquivo y complejo concepto que es el de puesto de trabajo y para el que sin duda resultará de extrema utilidad la doctrina de nuestros tribunales que, en relación con la redacción original del art. 15.5 ET en su primer párrafo, ya centraron este análisis –como se recordará– en una delimitación funcional y locativa⁶⁹.

En cualquier caso, lo que sí es importante destacar es que la DT 5 RDL 32/2021 establece expresamente que, una vez superada la conocida *vacatio legis* de tres meses, lo previsto en este art. 15.5 ET solo será de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir de la entrada “en vigor del mismo”; del mismo modo que respecto a los contratos suscritos con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del período y del plazo previsto en el citado artículo 15.5 ET, se tomará en consideración sólo “el contrato vigente a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley”.

Más allá de que en este último caso parece lógico considerar que deberá tomarse en consideración la totalidad de la duración de ese contrato y, no, obviamente, solo la desarrollada desde esa entrada en vigor del Real Decreto-ley, basta una rápida lectura del precepto para comprender las dudas que asaltan sobre los momentos temporales a los que hace referencia este único precepto, eso sí, en sus dos párrafos.

Y ello ya que en un principio podría parecer lógico considerar que, para evitar saltos de continuidad, la regla hubiera debido tomar un único punto de referencia: la entrada en vigor de la norma específica, esto es, el art. 15.5 ET. La nueva regulación se aplicaría así solo a los nuevos contratos estipulados tras esta, pero para aplicarla sí se tomaría en cuenta el contrato previo que, eso sí, hubiera estado activo en ese mismo momento temporal.

objetivo de prevenir abusos, teniendo en cuenta la remisión que, en esta materia, efectúa la Ley a la negociación colectiva por ser el cauce adecuado para atender a las peculiaridades de la actividad y de los puestos de trabajo a cubrir”.

69. Véase, por todas, Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia núm. 650/2017 de 19 julio. (ECLI:ES:TS:2017:3216, RJ 2017\3994). Una recapitulación de la misma en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 23 abril 2012. (ECLI:ES:TS:2012:2972, RJ 2012\5871)

El problema es que literalmente la disposición transitoria hace referencia, por un lado, y en su primer párrafo, a la entrada en vigor del art. 15.5 ET –contratos a los que se aplica, los formalizados desde esa fecha–, mientras que, por el otro, segundo párrafo, –contrato computado–, hace referencia a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.

Como tantas veces hemos dicho este desdoblamiento no tenía trascendencia cuando se preveía la entrada en vigor de forma inmediata y uniforme del conjunto de la nueva regulación legal. Pero como también hemos indicado, lo cierto es que esta coincidencia se rompe en la regulación definitiva contemplada en la DF 8. Y ello ya que si formalmente el “real decreto-ley entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» –D.F. 8.1–, el art. 15.5 ET., como en general toda la nueva regulación de este precepto, no entrará en vigor hasta que transcurran tres meses desde la misma publicación-D.F.8.2.b)-.

En esta coyuntura creemos que lo más lógico es realizar una interpretación correctora que establezca un único punto de referencia, situando este en el momento de entrada en vigor del art. 15.5 ET; esto es, el 30 de marzo de 2022.

Para concluir, tan solo querríamos destacar que, en su afán de potenciar los mecanismos sancionadores y la actuación de la Inspección de Trabajo y de la representación legal de los trabajadores, en estos casos, el nuevo art. 15.9 ET –trasunto del anterior art. 15.8 ET– contempla como novedades que la “empresa”⁷⁰ deberá informar a la representación legal de la nueva condición de la persona trabajadora ahora fija; del mismo modo que el Servicio Público de Empleo pondrá en su caso en conocimiento de la Inspección la emisión de documento solicitado por el trabajador si advirtiera que se han sobrepasado los límites máximos temporalmente establecidos.

10. LAS MODIFICACIONES NO RELATIVAS A LA CAUSA DEL CONTRATO

(II): COTIZACIÓN ADICIONAL Y PAPEL DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES Y DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

10.1. La cotización adicional en la nueva redacción del art. 151 LGSS

Finalmente, y aunque sea de forma sumaria, consideramos necesario mencionar al menos la nueva redacción dada al art. 151 LGSS.

70. No puedo dejar de señalar cómo este cambio terminológico de empresario a empresa, con independencia del necesario y deseable uso no sexista de lenguaje, no me parece especialmente correcto. Del mismo modo que todo trabajador es persona física. y que hay personas trabajadoras que no lo son de forma subordinada, la empresa es una realidad jurídica, una universitas, un conjunto de bienes o medios organizados para una actividad, y el empresario, como sujeto titular de la relación jurídica laboral, otra. El obligado a dar esta información es el empresario.

Sin entrar aquí en mayor profundidad nos limitaremos aquí a recordar como este precepto establecía anteriormente, con algunas excepciones, una sobrecotización –de un 36% inicialmente y de un 40% con posterioridad– sobre la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes para aquellos contratos temporales que, con algunas excepciones, tuvieran una duración efectiva inferior a siete días inicialmente, o igual o inferior a cinco tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 28/2018. El objetivo de la misma era evidente: penalizar a aquellos contratos temporales de muy escasa duración.

Pues bien, en este punto la reforma si bien por un lado amplía la duración de los contratos a los que se aplica a todos aquellos con una duración inferior –que no igual– a treinta días⁷¹ –con todo lo que ello supone (véase Tabla n. 2), abarcando ya prácticamente al 38% de los contratos si tomamos las cifras de los formalizados en 2020– también extiende las excepciones, que incluyen ahora los contratos de sustitución, al Sistema Especial para Empleados de Hogar o al Régimen Especial para la Minería del Carbón-.

Tabla n. 2: Contratos temporales registrados según su duración 2020.

Total	Igual o menor 7 días		Más de siete e igual o menor de un mes		Igual o menor a un mes	
	Total	%	Total	%	Total	%
14.397.451	3.384.817	23,5%	2.151.336	14,9%	5.536.153	38,5%

Fuente: Anuario de estadísticas Laborales. Movimiento Laboral Registrado (MLR-29) y elaboración propia

Pero además, y en segundo lugar, modifica también la forma de cálculo. Y ello ya que, frente a la estricta proporcionalidad anterior –40% sobre cotización empresarial sobre contingencias comunes–, que la hacía especialmente gravosa para los contratos con mayor salario, pero no tanto para aquellos con salarios muy bajos, ahora el sistema es rígido y uniforme, consistiendo esta cotización adicional en el triple de la cuota resultante de aplicar a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General para contingencias comunes, el tipo de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de contingencias comunes (unos veintiséis euros y medio en el momento de redactar estas líneas)⁷².

71. De acuerdo a lo recogido en el Boletín 1 /2022 de Noticias RED esta cotización se le aplicaría a “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”.

72. El cálculo realizado sería, tomando las cantidades establecidas en la Orden PCM/1353/2021, de 2 de diciembre, de 26,57 euros, resultado de multiplicar 37,53 por 23,60% y por 3-. Obsérvese, no obstante, que esta cantidad no es fija y que se incrementará automáticamente conforme se incrementa la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para

El resultado, como decimos, es una cantidad fija que, por tanto, será especial y proporcionalmente más gravosa mientras más corto sea el contrato y mientras más bajo sea el salario y, por tanto, la específica base de cotización⁷³. Por ello creemos que esta sobrecotización –solo aplicable, recuérdese a los contratos temporales– puede ser un elemento extraordinariamente importante en aquellas ocasiones en las que el empleador –por ejemplo, empresas de catering– tenga que escoger entre el ya comentado contrato eventual en las ventanas de noventa días interrumpidos o la posibilidad de formalizar contratos fijos discontinuos ligados a las sucesivas actuaciones para las que sea contratada. Y todo ello, claro está, sin entrar aquí en la cuestión de si esta sobrecotización puede tener o no un efecto de expulsión de estas concretas relaciones –repetimos de escasa duración y bajo sueldo– hacia el empleo sumergido o “negro”.

10.2. El papel de la representación legal de los trabajadores y de la negociación colectiva

Ya para terminar, solo nos restaría realizar algunas referencias, necesariamente sumarias, al papel de la negociación colectiva y de la representación legal de los trabajadores.

Por lo que se refiere a estos últimos, es un dato evidente, ya remarcado a lo largo de todas estas páginas, que la reforma ha optado claramente por atribuir un mayor papel a la representación legal de los trabajadores, especialmente en el control de las actuaciones en este campo del empresario. De este modo, y ampliando las genéricas llamadas en este punto recogidas anteriormente en el artículo 64 ET, la reforma otorga ahora, al menos, los siguientes derechos de información en relación con:

- La previsión anual de los contratos temporales ocasionales y previsibles –en el último trimestre de cada año, art. 15.2 ET–, así como, con la suficiente antelación y al inicio de cada año natural, el de un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, incluyendo los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan –art. 16.3 ET–.
- El derecho a ser notificado de las modalidades de contratación por tiempo determinado previstas en el art. 15 ET, cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos –lo que puede ser muy importante, especialmente con los contratos por circunstancias de la producción ocasionales y previsibles, art. 15.7 ET–.

contingencias comunes –por ejemplo, por el correlativo incremento del SMI– o se modifique el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de las contingencias comunes.

73. Como recordaba el Boletín 1 /2022 de Noticias RED: “Esta cotización adicional resulta de aplicación por cada finalización de los contratos de duración determinada inferiores a 30 días, siendo el importe resultante de la cotización adicional idéntico -26,57 euros– con independencia de que la duración del contrato sea de 1 día o de 29 días”.

- La comunicación empresarial de declaración o transformación en fijo de los trabajadores temporales al amparo de los apartados 4 y 5 del art. 15 ET – art. 15.9 ET–.
- La existencia de puestos vacantes permanentes o puestos fijos ordinarios en el caso de fijos discontinuos, de manera que, ya sean los trabajadores temporales o los fijos discontinuos, puedan formular solicitudes de conversión voluntaria –arts. 15.7 y 16.7 ET–.
- La finalización de la obra con cinco días de antelación a su efectividad en el caso de los contratos indefinidos adscritos a obra, así como, en su caso, la extinción de la relación con una antelación, ahora, de siete días previos a su efectividad–DA 3.3 y .6 Ley 32/2006 en la nueva redacción dada por el artículo segundo del RDL 32/2021–.

En cambio, en relación con la negociación colectiva, llama la atención que, dejando a un lado su papel casi fundamental en la fijación del nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo –para el que nos remitimos a lo ya señalado en su momento, en el apartado específico de este trabajo–, y del menor pero importante papel que se le reserva en relación con el indefinido adscrito a obras, el RDL 32/2021 haya centrado su papel, por lo que se refiere a la contratación causa, no ya tanto en la regulación de esta misma causa o del régimen jurídico de estas “nuevas” modalidades contractuales –en las que su rol casi se reduce a los aspectos de duración– sino a ser un instrumento fundamental en la lucha contra la temporalidad remitiendo a la misma cuestiones que inicialmente se pensaba iban a ser reguladas directamente por mandato legal.

En efecto, llama la atención que en la nueva regulación no se incorporen menciones expresas por ejemplo a las actividades en las que podrán contratarse trabajadores por circunstancias de la producción. Y ello ya que de forma más genérica la nueva regulación del art. 15.8 ET remite a los convenios colectivos –sin más delimitación funcional o territorial– el establecimiento de medidas como planes de reducción de la temporalidad, así como la fijación de criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa; los criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, así como la fijación de porcentajes máximos de temporalidad y las consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos; el establecimiento de criterios de preferencia entre las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidas las personas puestas a disposición; así como, por último, 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.

Pues bien, sin poder detenernos aquí en otras cuestiones como, por ejemplo, la posibilidad de que los propios convenios limitaran causalmente nuevas

submodalidades como la ocasional previsible, o siguieran señalando las actividades en las que podrían realizarse contratos por circunstancias de la producción por incrementos ocasionales e imprevisibles, nos limitaremos aquí a señalar que bienvenidas sean estas llamadas a los negociadores. Cuestión distinta es que la experiencia previa nos haga dudar desgraciadamente de la efectividad real de las mismas. De hecho, el que el propio RDL 32/2021 haya incorporado una regulación legal directamente aplicable a los supuestos de sucesión de trabajadores en el mismo puesto de trabajo –antes remitido, como ya vimos, a la negociación colectiva–, es un reflejo, al menos en mi opinión, de las expectativas reales de los negociadores sindicales ante la hasta ahora escasa trascendencia que en general han tenido estas cuestiones en nuestro tejido negocial –véase, por ejemplo los datos recogidos en la Tabla n. 2. Y ello, a pesar de los llamamientos que en este sentido realizaron incluso previos acuerdos interconfederales⁷⁴.

Tabla 3. Cláusulas de empleo en los convenios colectivos firmados en 2020 y registrados hasta julio de 2021. Convenios y trabajadores afectados. Total, y porcentajes

Tipo de cláusula	Convenios		Trabajadores	
	Tot.	%	Total	%
Conversión de contratos temporales en indefinidos	100	11,49	236.677	15,11
Límite al número máximo de contratos temporales	72	8,28	429.996	27,45
Prevenición encadenamiento de contratos	57	6,55	310.078	19,80
Utilización de servicios de las empresas de trabajo temporal	86	9,89	295.941	18,89
Externalización de determinadas actividades (Subcontratación o cooperativas de trabajo asociado)	35	4,02	183.457	11,71
Determinación de los trabajos o tareas que pueden cubrirse con contratos de obra o servicio	81	9,31	336.655	21,49
Actividades en las que pueden contratarse trabajadores eventuales	47	5,40	306.632	19,58

Fuente: Estadística de convenios colectivos de trabajo. 2020 Avance.

De ahí, si se nos permite, la necesidad de que estas cuestiones vuelvan a ser nuevamente uno de los ejes centrales en los futuros y deseables Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva.

74. Véase lo ya señalado supra en la nota n. 50.

11. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras todo lo antes dicho, parece evidente la primera conclusión: nos encontramos ante una reforma laboral que, sin ser una contrarreforma de la de 2012—con todo lo que ello supone—, sí tiene o puede tener una increíble importancia como factor determinante de un posible cambio de ciclo e incluso de una deseable modificación de la cultura preponderante en relación con el uso de las distintas modalidades contractuales en nuestro sistema de relaciones laborales.

A mi parecer, a la espera de su necesario desarrollo, tanto reglamentario, como especialmente en el caso del contrato-fijo discontinuo, convencional, y de la igualmente necesaria labor de nuestra jurisprudencia —que será ahora, más que nunca, vital ante las múltiples dudas que suscitan algunos preceptos—, nos encontramos, creo, ante la primera oportunidad real de alterar uno de los rasgos fundamentales que han caracterizado durante cerca de cuarenta años a nuestro mercado de trabajo: el exceso de temporalidad y la galopante desigualdad con todas sus lacras y externalidades desde un punto de vista económico, pero también con el notable desvalor que cabe igualmente imponerle desde cualquier teoría de la justicia distributiva acorde con los valores de nuestra Constitución.

La eliminación del contrato de obra o servicio determinado y del contrato fijo de obra seguramente tendrán un notable impacto estadístico, más aún cuando se hace en un momento de recuperación económica y de un cierto optimismo empresarial que quizás faciliten este tránsito y reduzcan el posible efecto de exclusión hacia el empleo formalmente autónomo, o hacia la simple economía laboral sumergida.

Quedará por ver si la configuración convencional del contrato fijo discontinuo y, en especial, de aspectos como el periodo mínimo de llamada, la regulación de los llamamientos, o incluso la indemnización por fin de actividad, dotan a la misma de la suficiente calidad o la conducen a un mecanismo de simple cambio de etiqueta de la modalidad contractual; si la presión de la representación legal de los trabajadores o de la inspección de trabajo es suficiente para incentivar este cambio de cultura o, sobre todo, si esta reforma, este periodo de bonanza con fondos europeos y este optimismo empresarial permiten por fin hacer comprender a algunos empresarios que en España ciertamente existe un “modelo de contrato único”; pero que este es el actual contrato indefinido, pudiendo acudir solo al temporal o al formativo en los casos y situaciones previstos por la ley, cada vez más caracterizadas por su escasa duración temporal y su carácter ocasional y puntual. El paso de una indemnización de doce a veinte días —con unas extinciones facilitadas por las reglas de 2012, que no se han alterado— no es, creo, económicamente tan alto como la barrera psicológica que en muchas ocasiones sufren algunos empresarios y que quizás esta reforma legal, una adecuada campaña de concienciación y una correlativa presión de la ITSS apoyada en el *big data* y en la nueva regulación del art. 15.5 ET pudiera romper o alterar.

Esperemos que así sea, aunque, ya sí para terminar –la tercera referencia, que es la real para la conclusión de todo conferenciante–, me limitaré a recordar aquí cómo el Real Decreto-ley 32/2021 incluye igualmente una nueva Disposición adicional vigésimo cuarta del ET que impone al Gobierno la realización de una evaluación de los resultados obtenidos por esta reforma mediante el análisis de los datos de contratación temporal e indefinida –obsérvese Movimiento Laboral Registrado, no EPA– en enero del año 2025 –llama la atención que no se evalúen también otros impactos, por ejemplo en relación con los salarios– y que se repetirá cada dos años, dando lugar en caso de una evaluación no positiva, tanto en general, como, obsérvese, sectorial, a la presentación ante la Mesa de diálogo social de nuevas propuestas en esta línea. Bonito brindis al sol que, por cierto, revela la finalidad central de la reforma, aunque siempre sea de agradecer la deseable introducción de mecanismos de evaluación y calidad continua en la función legislativa.

LA REFORMA DE LA SUBCONTRATACIÓN: UNA REFORMA DE MÍNIMOS

THE REFORM OF OUTSOURCING: A REFORM OF MINIMUM

M^a Luisa Pérez Guerrero
Universidad de Huelva¹
malupe@uhu.es
ORCID: 0000-0002-2596-7707

RESUMEN: Una de las instituciones afectadas por la Reforma laboral ha sido la de las contratistas y subcontratistas. El Real Decreto-Ley 32/2021, ha modificado el artículo 42 del Estatuto de los trabajadores para introducir cambios en la materia referida al convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas. En el presente estudio analizaremos los aspectos reformados, su alcance y consecuencias; pero también los aspectos que precisan una reforma y sobre los que probablemente veamos cambios en un futuro. El objetivo de nuestro estudio es, por tanto, analizar los antecedentes de la reforma; las expectativas de los agentes sociales y las propuestas del Gobierno español; la evolución jurisprudencial que ha ido determinando el cambio a seguir; y las propuestas de futuro planteadas por la doctrina.

PALABRAS CLAVE: Descentralización productiva, contratistas y subcontratistas, reforma laboral, fijos discontinuos, contratación temporal

ABSTRACT: One of the institutions affected by the Labor Reform has been that of contractors and subcontractors. Royal Decree-Law 32/2021 has modified article 42 of the Workers' Statute to introduce changes in the matter referred to the

1. Este trabajo se inserta en el ámbito del proyecto de Investigación "Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social" (US-1264479) financiado con fondos FEDER.

applicable collective agreement of workers of the different companies. This paper analyzes the reformed aspects, their scope and consequences; but also, the aspects that require reform and on which we will probably see changes in the future. The aim is, therefore, to analyze the antecedents of the reform, the expectations of the social agents, governmental proposal, the jurisprudential evolution that has been determining the change; and the proposals for the future raised by the doctrine.

KEYWORDS: Outsourcing, labour reform, temporary labour contract, long term and intermittent labour contract

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES: LOS INTENTOS DE REFORMA DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS. 2.1. El fortalecimiento de los derechos de información y la coordinación: las claves de las reformas de 2001 y 2006. 2.2. Otras propuestas de reforma: la equiparación de derechos entre los trabajadores de la empresa principal y los de las empresas auxiliares y la subrogación. 3. EL PROBLEMA DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE: SOLUCIONES DESDE LA JURISPRUDENCIA Y EL RDL 32/2021, DE 28 DE DICIEMBRE. 4. LA ELIMINACIÓN DE LA PRECARIEDAD EN EL ÁMBITO DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS POR LA VÍA DE LA LIMITACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL. 5. CONCLUSIONES: ENTRE LO ESPERADO Y LA REALIDAD. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La reforma de la subcontratación como elemento clave de la descentralización productiva, entendida ésta como una fórmula de organización de la producción basada en la externalización de actividades, servicios o fases del proceso productivo², se inició antes de que comenzara el diálogo social para la reforma que actualmente comentamos. Es la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS, en adelante), la que, tras muchas sentencias, ha venido marcando la correcta interpretación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante), en relación sobre todo con la concreción de conceptos como la propia actividad, que no venía definido en el mismo y resultaba crucial para la determinación de la responsabilidad de las empresas implicadas en los procesos de descentralización productiva; pero también, como veremos, en la determinación del alcance de dicha responsabilidad, los contratos de trabajo adecuados para los trabajadores implicados en dichas fórmulas descentralizadoras o el convenio colectivo aplicable.

La modificación de la Ley de Contratos de Sector Público, mediante la Ley 9/2017³, avanzó las líneas por las que habría de transcurrir el fenómeno descentralizador, con

2. De Soto Rioja, et al. 2006, 166.

3. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen las Directivas del Parlamento y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24 UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE de 9 de noviembre).

la intención de corregir posibles desviaciones de la norma que generaran graves perjuicios a los trabajadores⁴. Era de esperar que un modelo similar se impusiese en el ámbito de la contratación y subcontratación privadas.

Por las noticias que tuvimos del proceso de diálogo social iniciado entre el gobierno y los agentes sociales, así como de propuestas anteriores del Grupo Parlamentario Socialista en relación con la reforma del régimen jurídico de las contrataciones y subcontratas, el alcance de esta reforma había de ser más ambicioso. Si bien, finalmente, todo ha quedado en una redacción de un nuevo apartado del artículo 42 ET, para determinar el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores subcontratados; cuestión, por otro lado, de enorme importancia.

No nos cabe duda de que esta reforma era necesaria y justa, habida cuenta, por un lado, de la generalización de esta forma de descentralización productiva, que hace que la regulación de la misma tenga un impacto determinante en el mercado de trabajo⁵; y, por otro, el alto índice de temporalidad generado por estas prácticas de externalización, pues el recurso a la contratación temporal justificado en la propia temporalidad del negocio jurídico de subcontratación, amparado inicialmente por una dilatada jurisprudencia del Tribunal Supremo, se había convertido, en los últimos años, en una práctica común. A todo ello, debemos unir la constante judicialización de los conflictos, que se sucedían como consecuencia, sobre todo, de la aplicación de convenios colectivos que corregían a la baja los salarios de los trabajadores implicados en estas fórmulas de descentralización productiva de las empresas, haciendo del recurso a las mismas una forma de abaratar costes en las empresas, a costa de la precarización de las condiciones laborales de los trabajadores. Y, si a todo ello sumamos la falta de una regulación uniforme a nivel europeo, o de directrices mínimas dirigidas a la protección de trabajadores implicados en estas prácticas empresariales, a diferencia de lo que sucede con otras instituciones como la transmisión de empresas o las empresas de trabajo temporal⁶, obtendremos un conjunto de razones para justificar la tan reclamada reforma⁷.

Ya la jurisprudencia trató de corregir dichas desviaciones, iniciando, por un lado, una línea de interpretación de la legitimidad de las medidas de externalización productiva, rechazando la posibilidad de llevar a cabo amortizaciones de puestos de trabajo, causadas por la externalización o subcontratación, cuando éstas no constituían

4. En el artículo 122 de esta norma se incluía la obligación de incluir en los pliegos de condiciones “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación”.

5. Esteve-Segarra (2021), 2 (versión digital).

6. De nuevo Esteve Segarra (2021), *ibidem*.

7. Podemos encontrar recientes estudios sobre la necesidad de reformar el régimen jurídico de las contrataciones y subcontratas, que marcan interesantes pautas para el proceso. Vid. por todos, Fernández López (2016), García Perrote (2019), Rodríguez-Piñero Royo (2021) y Sanguinetti Raymond (2021).

una “medida racional en términos de eficacia de la organización productiva”, sino tan sólo “un medio para obtener beneficios empresariales”⁸; y, por otro, mediante la aplicación de la figura de la cesión ilegal de trabajadores, si se daban los requisitos recogidos en el artículo 43 del ET⁹. Si bien, no todos los casos podían subsumirse en este precepto. También cambió, como veremos, su doctrina sobre la licitud de la contratación temporal de trabajadores en este ámbito.

Con la reforma operada en el artículo 42 ET, a través 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, se trata de garantizar un nivel salarial que, seguramente, impedirá que el recurso a la descentralización productiva a través de la subcontratación de la propia actividad de la empresa sea una forma de abaratar costes o de reducir estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas o auxiliares, tal y como indica al Exposición de Motivos del Real Decreto Ley.

Partiendo de la base de que la reforma o, más bien, la “modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales”, se encontraba recogida en el punto 9 de los objetivos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que el Gobierno incluyó en el componente 23 del citado plan, era de esperar que la modificación del fenómeno productivo regulado en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores fuese objeto de modificación. Sin embargo, coincidimos con quienes han considerado, en relación con todas las materias reformadas, que, a pesar de las expectativas publicitadas por el Gobierno, la reforma no ha sido tan profunda y clarificadora como se esperaba.

De todas las opciones posibles que incluían, según algunas noticias que pudimos leer en la prensa nacional durante el proceso negociador, la limitación de la posibilidad de externalizar todas las actividades de la empresa, la equiparación total de los derechos de las personas que trabajan para la empresa principal y de las que lo hacen para las subcontratistas, o el refuerzo de las responsabilidades de las empresas implicadas en el proceso descentralizador; podemos decir que se ha optado por una reforma de mínimos, que se basa en la inclusión de un nuevo apartado 6 en el

8. Así se ha venido pronunciando el Tribunal Supremo, en lo que puede considerarse una dilatada línea jurisprudencial, siempre que se trata de enjuiciar despidos por causas organizativas. De este modo, ha venido exigiendo que la externalización o subcontratación sea una respuesta razonable a la situación de la empresa, para superar dificultades”. Vid. por todas, STS de 30 de septiembre de 1998 (rcud. 4489/1998), de 31 de mayo de 2006 (rcud. 49/2005) y 11 de octubre de 2006 (rcud. 3184/2004). Resulta interesante también el comentario de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2013 (rec. 200/2013), que realiza el Prof. Rojo Torrecilla en su blog el 31 de julio de 2013, bajo el título “ERE. Externalización de actividades productivas como vía de reducción de costes económicos, y su (prudente y matizada) aceptación por la Audiencia Nacional. Nota a la sentencia de 15 de julio”, donde apunta ya este tipo de argumentación.

9. Vid. sobre el tema el estudio de López Balaguer (2017), 110, 57-76.

precepto, para determinar el convenio colectivo aplicable a las personas que trabajan para la empresa subcontratista.

Pero también es reprochable que no se haya aprovechado la reforma para mejorar la farragosa redacción del precepto, que tantos problemas de interpretación ocasiona, como se puede comprobar si se analiza la jurisprudencia sobre, por ejemplo, el concepto de propia actividad, más allá de la mera corrección del lenguaje de género. En especial, como decimos, el apartado primero del precepto en relación con el segundo y la determinación de las responsabilidades en materia laboral y de Seguridad Social.

El objetivo de nuestro estudio es analizar los antecedentes de la reforma, las expectativas de los agentes sociales, la evolución jurisprudencial que ha ido determinando el cambio a seguir; y las propuestas de futuro planteadas por la doctrina.

2. ANTECEDENTES: LOS INTENTOS DE REFORMA DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

El recurso a la descentralización productiva se ha convertido en una práctica constante y normalizada entre nuestras empresas, tanto en el ámbito privado como en el público. Son muchas las razones que llevan a recurrir a estas prácticas organizativas por razones económicas, sobre todo, por el ahorro o abaratamiento de costes de producción que supone; pero también de carácter técnico, a veces provocado por la necesidad de especialización que requiere la actividad subcontratada¹⁰, o laborales, basadas en la reducción de costes salariales, redimensionamiento de las unidades productivas, e incluso desvío de responsabilidades¹¹. También en el sector público hemos visto generalizarse esta práctica empresarial de la descentralización productiva o externalización, guiada por razones más o menos similares.

Esta forma de organización tiene múltiples manifestaciones en función de cómo se organizan ciertos factores como la mayor o menor dependencia de la empresa principal, el ejercicio más o menos intenso de cierto poder de dirección por parte del empresario principal, o la regularidad o asiduidad; e incluso la continuidad, con la que se produce dicha externalización o subcontratación¹². Todos estos factores han determinado diferentes formas de tratar jurídicamente el fenómeno, en relación con la necesaria aplicación del ordenamiento laboral, o de las responsabilidades de distintos ámbitos jurídicos.

Lo cierto es que, en la práctica, la subcontratación es una forma de organización productiva que ha tenido el efecto de restar eficacia a las instituciones del Derecho

10. Señalan algunos autores, por ejemplo, la necesidad de que un determinado control de actividad deba ser realizado por una empresa autorizada ajena a la empresa principal. Así, Sala Franco, Nores Torres y Calvo Rodríguez 2018, 177.

11. De nuevo De Soto Rioja *et al.* 2006, 166.

12. De Soto Rioja *et al.* 2006, 174.

del Trabajo dirigidas a tutelar a los trabajadores implicados en ellas. Por ello, nuestro ordenamiento ha tratado de regular un sistema de protección y garantías para los trabajadores que, a todas luces, ha resultado insuficiente. Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto por la doctrina iuslaboralista y los diferentes sindicatos de trabajadores en numerosas ocasiones¹³.

A pesar de las gravosas consecuencias que estas formas de organización han venido provocando en los derechos de los trabajadores, las reformas operadas por el legislador han sido siempre de escaso calado, manteniendo, prácticamente intacto el modelo de regulación desde sus inicios¹⁴; avanzando, tan solo, en el ámbito de la transparencia, los derechos de información de los representantes de los trabajadores y de los propios trabajadores implicados en los procesos de descentralización. Si lo que preocupaba al legislador en los inicios del siglo era la protección del trabajador en materia de seguridad y salud y la transparencia y garantía de derechos de representación de los trabajadores en las contratas y subcontratas; lo que hoy preocupa es más bien la lucha contra la precariedad y la garantía de los derechos laborales de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas en igualdad de condiciones que los trabajadores de la empresa principal. Pues la realidad sobre la que se asienta este modo de organización productiva es muy diferente a la que el legislador pudo observar en los inicios de su regulación laboral.

Por ello, el Gobierno, incluyó en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en el componente 23 punto noveno, la “modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales”, aclarando que el objetivo es garantizar “un trabajo digno” mediante una regulación adecuada de la subcontratación¹⁵. Previamente, el Partido Socialista había cerrado con el Partido Podemos un Acuerdo de Gobierno, en 2019, en el que incluía la “modificación del art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores sobre contratación y subcontratación laboral a efectos de limitar la subcontratación de servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa”.

13. Buena prueba de ello es la presencia de la referencia a la necesidad de reformar esta institución en la mayoría de los Acuerdos interprofesionales para el empleo y la negociación colectiva.

14. A parte de la reforma de 1994 que supuso la legalización de las ETTs y la regulación de la cesión ilegal de trabajadores, apenas se han sucedido reformas sobre la materia. Es posible destacar las referidas a la prevención de riesgos laborales, por la vía de la Ley 31/1995, la de la Ley 12/2001, de reforma del mercado de trabajo o la de 2006, consecuencia del Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, a través del Real Decreto Ley 5/2006, dirigida a aumentar la transparencia en los procesos descentralizadores y a mejorar los derechos de información y representación de los trabajadores. Pero coincidimos con algunos autores en la escasa profundidad y el carácter limitado de las reformas. Vid. en este sentido, Monereo Pérez y Álvarez Montero (2002), Esteve Segarra (2021), 13, y Nores Torres (2022), 74.

15. Este documento puede consultarse en la web del Ministerio de Industria: <https://www.minco-tur.gob.es/es-es/recuperacion-transformacion-resiliencia/Paginas/plan-recuperacion-transformacion-resiliencia.aspx> (consulta 18/02/2022).

Era de esperar, por tanto, que dicha reforma se abordase con el tiempo.

Sin embargo, no podemos olvidar la gran labor interpretativa que han venido haciendo nuestros tribunales, aclarando algunos aspectos del precepto normativo, aunque no siempre hayan arrojado uniformidad en sus apreciaciones; lo que se ha venido reprochando por la mayoría de la doctrina, que ha denunciado constantemente la falta de seguridad jurídica provocada por la defectuosa redacción del precepto en cuestión.

Uno de los aspectos en los que ha incidido la doctrina de nuestros Tribunales de Justicia ha sido la distinción entre la figura de la subcontratación y la de la cesión de trabajadores, que durante mucho tiempo generó problemas de interpretación provocados por la falta de regulación de la institución de la cesión ilegal de trabajadores. Fue la reforma del artículo 43 ET en el año 2006 la que clarificó la separación entre ambas figuras, aportando cierta seguridad en la aplicación de criterios que provenían de la propia jurisprudencia¹⁶ y mejorando, de este modo, los instrumentos jurídicos que permitían identificar los supuestos fraudulentos¹⁷.

Sin embargo, de la regulación previa a la reforma que comentamos en nuestro estudio podíamos destacar cuatro problemas fundamentales:

En primer lugar, la indeterminación del concepto de “propia actividad” que nos obligaba a depender de la interpretación jurisprudencial, con las inherentes dosis de inseguridad jurídica que ello supone; siendo éste un elemento clave para la extensión de la responsabilidad y garantías recogidas en el artículo 42 del ET. Si bien, en realidad, actuaba como elemento de limitación de las mismas. Así, la posible extensión de dicha responsabilidad a todos los supuestos, sin exclusión, de contratas y subcontratas, ha sido propuesta por varios autores¹⁸; con la finalidad de compensar la precariedad a que se verían sometidos estos trabajadores, precisamente por la diferencia de condiciones de trabajo, normalmente a la baja, respecto de los trabajadores de la empresa principal.

En segundo lugar, hay un aspecto sobre el que, una vez más, pasa de largo la reforma; la determinación de qué tipo de relaciones mercantiles de colaboración entre empresas se incluyen en el concepto de “contratas y subcontratas” del artículo 42 ET. También en este punto se ha ido centrando la jurisprudencia en sus numerosos pronunciamientos, si bien la doctrina viene reclamando desde hace tiempo claridad en la determinación del concepto. A los supuestos de contratos de franquicia, agencia, suministro, concesión o distribución, considerados casi siempre extramuros de este concepto, se unen los problemas que generan las denominadas “empresas de

16. Se puede consultar en extenso nuestro trabajo Pérez Guerrero y Rodríguez-Piñero Royo 2006, 103-140.

17. Rodríguez-Piñero Royo (2021), 13.

18. De hecho, se encontraba en el documento del diálogo social para la reforma, como responsabilidad subsidiaria, como indica Rodríguez-Piñero Royo (2021), 20.

servicios”; desencadenante de la necesidad de reformar la institución de las contrata y subcontratas. Aunque, podemos decir, que han resultado de mayor utilidad, en la determinación de responsabilidades, los preceptos contenidos en el artículo 43 ET para identificar una cesión ilegal de trabajadores¹⁹.

En tercer lugar, el hecho de que el régimen jurídico del fenómeno de contrata y subcontratas, recogido en nuestro ordenamiento, no buscara garantizar la igualdad de condiciones, ni siquiera salariales, para los trabajadores de las contrata y subcontratas; de forma que se pudiera garantizar el mismo trato que hubiera sido dispensado a estos trabajadores, de haber sido contratados directamente por la empresa principal²⁰ y se evitase así la competencia desleal entre las empresas. Aunque este aspecto, como veremos, lo ha intentado abordar la reforma de 2021, aunque con un efecto bastante limitado.

Y, por último, también en parte abordado por la reforma, el “efecto rotatorio y precarizador del empleo”²¹ que genera el fenómeno de la subcontratación, al permitir la extinción de los contratos de trabajo cuando se produce el fin de la contrata. Aunque, como veremos, esta cuestión ha sido abordada en cierto modo por la propia jurisprudencia.

2.1. El fortalecimiento de los derechos de información y la coordinación: las claves de las Reformas de 2001 y 2006

Como sabemos, los intentos de reforma del sistema de subcontratación en España han sido continuos, dado el efecto precario para el empleo que provoca esta forma de organización empresarial. Podemos destacar dos importantes reformas que constituyen los antecedentes más inmediatos de la reforma de 2021. Al proceso de reforma que se inició con la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad²², le

19. El conocido problema de las “camareras de piso” en el ámbito de la hostelería, basado en la externalización de la actividad de limpieza de habitaciones, ha sido zanjado por algunos Tribunales mediante su calificación como cesión ilegal de trabajadores. Véase, por ejemplo, la STSJ de C. Valenciana, (Sala de lo Social, Sección 1^a) núm. 2386/2019, de 15 octubre, (Recurso de Suplicación 3437/2018).

20. Este problema ya fue puesto de manifiesto en nuestro estudio sobre la “Descentralización productiva”, de Soto *et al.* (2006), 182, ya citado, pues, como indicamos entonces “no puede desconocerse que el fenómeno descentralizador va ligado casi estructuralmente a una suerte de ley del mar o de la selva – de pez grande y pez chico –, en el sentido de que las empresas que actúan como principales o comitentes suelen ser siempre empresas de mayor dimensión y capacidad financiera que aquellas que como auxiliares complementan facetas o parcelas de sus procesos productivos. Dimensión o tamaño empresarial que, en el orden laboral, suele traducirse de manera directamente proporcional además a nivel de condiciones de trabajo o, cuando menos, nivel de cumplimiento y de respeto de los términos de las mismas”.

21. Sanguinetti Raymond (2021), 6/8.

22. BOE de 10 de julio. Cuyo antecedente más inmediato es el Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo, del mismo título.

siguió la llevada a cabo por el Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo²³, que seguía las directrices marcadas tanto por el Informe de Expertos de enero de 2005²⁴ como en el Documento para el Diálogo Social y el Acuerdo de Mejora del Crecimiento y del Empleo (AMCE) se aportaban claves para la reforma del sistema de subcontratación en nuestro ordenamiento.

Mientras que la Reforma de 2001 se centró en proporcionar avances en el control sindical del proceso descentralizador a través de la “mejora de los instrumentos de información y consulta de los trabajadores y sus representantes”, que permitieran dotar de transparencia y seguridad jurídica a los procesos de descentralización productiva; la reforma de 2006, trató de avanzar en esta medida, estableciendo mayores garantías para los representantes de los trabajadores. Las claves de ambas reformas fueron las siguientes:

En primer lugar, la transparencia y los derechos de información de los representantes de los trabajadores fueron la clave de la reforma 2001. En un claro intento por continuar la mejora de dichos derechos, reconociendo el derecho de los representantes de los trabajadores de la empresa principal a recibir información sobre las contrata y subcontratas que ha de contener toda la información sobre la identidad de las empresas y el número de trabajadores que serán ocupados en la empresa principal; en 2006 se refuerza este derecho de información añadiendo la obligación del libro registro. Lo mismo sucede con los derechos de información de los propios trabajadores de la empresa contratista o subcontratista, que, a partir de la reforma de 2001, deberían recibir cumplida información por escrito de la identidad de la empresa principal.

En segundo lugar, en la reforma de 2006 se introdujo, como nueva categoría, la definición de contrata y subcontratas que comparten el mismo centro de trabajo de forma continuada o esporádicamente. Unida a la distinción entre contrata y subcontratas de propia actividad, aparece este nuevo concepto que condiciona deberes y derechos de coordinación e información a los representantes de los trabajadores. Así aparece condicionado a esta continuidad el deber de coordinación y la obligación de llevar un libro registro de las contrata y subcontratas con información detallada de la misma, incluido el número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal (art. 42.4 y 7 ET).

Y, en tercer lugar, en la reforma de 2006, se incluyó un apartado 6 (actualmente 7) al artículo 42 para establecer reglas nuevas en relación con la representación de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, con el objetivo de ampliar la tutela de los trabajadores y la coordinación entre las empresas, imitando, en cierto modo, el modelo de regulación de las ETTs. Si bien, la valoración general

23. BOE de 14 de junio.

24. Se trata del informe elaborado por el Comité de Expertos para el Diálogo Social, bajo el título “Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas”, firmado el 31 de enero de 2005.

de este precepto fue bastante negativa, por su carácter limitado, en comparación con la de la cesión de trabajadores, dado que sólo se consideraba la posibilidad de acudir a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, si las empresas contratistas o subcontratistas no tuvieran representación legal²⁵.

Finalmente, aunque los aspectos reformados no llegaron tan lejos como se habían planteado inicialmente los interlocutores sociales, es posible encontrar un cambio considerable en la inseguridad generada por la anterior regulación; con una excepción, la reforma de la subcontratación en el sector de la construcción, donde sí se adoptaron medidas específicas para limitar el proceso de descentralización, fruto precisamente de la negociación entre los agentes sociales del sector. Así, la Ley 32/2006, de 18 de octubre, publicada poco después del Real Decreto Ley de la Reforma de 2006, contenía previsiones dirigidas, por ejemplo, a limitar el encadenamiento de contrataciones o a establecer deberes de información²⁶.

2.2. Otras propuestas de reforma: la equiparación de derechos entre los trabajadores de la empresa principal y los de las empresas auxiliares y la subrogación

Varios intentos más de reforma posteriores se han centrado en la necesaria modificación del artículo 42 del ET. Podemos destacar, por su relevancia, la proposición de Ley de 2016, o las propuestas elaboradas en 2019.

Comenzando por la Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 8 de agosto de 2016²⁷. Hemos de destacar que, en esta ocasión, la reforma se centró en garantizar la igualdad de derechos laborales para los trabajadores implicados en los procesos de descentralización productiva, como sucede en el caso de los trabajadores en misión. Para ello, la primera medida propuesta por el grupo parlamentario era la inclusión en el artículo 42 de una definición de “propia actividad”, elemento clave, como sabemos, para la determinación de responsabilidades en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras o servicios. Así, conforme a la propuesta:

“Se entenderá que el objeto de contratación o subcontratación supone la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante cuando se corresponda con todas o alguna de las actividades principales o nucleares del

25. Las críticas hacia esta limitación en la regulación del precepto pueden verse en De Soto Rioja *et al.* 2006, 212; vid. también Calvo Gallego (2006), “Las modificaciones en el régimen...”, 129.

26. Vid. en extenso, Calvo Gallego (2006), “La nueva Ley sobre Subcontratación...”, 13-82.

27. Puede consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) de 9 de septiembre de 2016, Serie B, nº 25-1.

mismo y suponga, por parte del contratista o subcontratista, la aportación de mano de obra que desarrolla funciones profesionales que tienen relación directa con dichas actividades principales o nucleares”.

Y, tras tratar de definir el concepto de propia actividad, introducía la garantía de la igualdad de condiciones para los trabajadores de las empresas auxiliares:

“En estos casos, las empresas contratistas y subcontratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados por la contrata o subcontrata, durante el tiempo en que presten servicios adscritos a la misma, las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal”.

Estas condiciones laborales esenciales incluían, como no podía ser de otro modo, las salariales; aunque también las condiciones de contratación, tiempo de trabajo y descanso, igualdad, protección de la maternidad, lactancia y paternidad y frente a riesgos laborales.

La equiparación de los derechos laborales de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas con los de la empresa principal es “el gran caballo de batalla” de esta reforma. El objetivo de llegar a esa equiparación de derechos, en general, y salarial, en particular, ha guiado parte de las negociaciones de los interlocutores sociales con el gobierno para llegar al acuerdo de reforma.

Se trataba de asimilar el régimen de las contratas y subcontratas de obra o servicio al de las relaciones laborales a través de Empresas de Trabajo Temporal. En este supuesto sí existe un principio de igualdad, declarado en la Ley 14/1994, por la que se regulan dichas empresas, que garantiza que los trabajadores contratados por una ETT para ser cedidos a una empresa usuaria, “tendrán derecho, durante los períodos de prestación de servicios en las mismas, a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto de trabajo”. Fórmula que, de ser empleada en el caso de la descentralización a través de contratas y subcontratas, garantizaría la igualdad salarial de los trabajadores de la contrata o subcontrata, en las mismas condiciones que les correspondería “de haber sido contratados por la empresa principal para ocupar el mismo puesto de trabajo”. Demanda que, a todas luces, parece lógica y justa, y cumple con el objetivo de evitar que el recurso a la descentralización productiva persiga únicamente un abaratamiento de costes y la externalización del riesgo²⁸; y que la entrada en el mercado de las empresas multiservicios genere mayor precariedad laboral, como, de hecho, se viene denunciando.

28. Calvo Gallego (2006), “Las modificaciones...”, 125.

Tan sólo en el supuesto de que la descentralización productiva tuviese causa, no en la externalización de una actividad considerada parte del ciclo productivo de la empresa principal, sino en la necesidad de especialización, o incluso, del cumplimiento de un mandato legal; al no existir un trabajador comparable en la empresa principal, habríamos de recurrir a otra solución, como podría ser, la de la aplicación de un convenio de empresa o sectorial de la actividad de la empresa subcontratista. Y, aplicando las reglas de la reciente reforma, en materia salarial tendría prioridad aplicativa el convenio sectorial; no así en el resto de materias enumeradas en el artículo 84 ET.

También encontramos referencia a la reforma del artículo 42 ET en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 2018, que se centró en dos puntos fundamentales; evitar que los procesos de descentralización y externalización productiva incentiven la competencia desleal entre empresas y el deterioro de las condiciones de empleo; y garantizar las condiciones laborales de los trabajadores inmersos en dichos procesos de descentralización productiva²⁹.

En segundo lugar, la Mesa de Diálogo Social del Ministerio de Trabajo volvió a abordar en 2019 otro proceso de reforma, del que surgieron algunos documentos dirigidos, entre otros objetivos, a revisar la normativa de subcontratación³⁰, proponiendo, entre otras, medidas dirigidas a limitar la celebración de contratos de obra y servicio determinados en el ámbito de las contrata y subcontratas³¹. Aunque finalmente dichas propuestas, unidas a la posibilidad de ampliar el concepto de propia actividad para extender responsabilidades no han tenido acogida en el texto final de la reforma.

Para finalizar, no son pocos los que han mencionado entre las posibles reformas de la subcontratación, la introducción de la figura de la subrogación, en términos similares a los que recoge el artículo 44 ET. Así, la aplicación de la Directiva 2001/23 a los fenómenos de descentralización productiva, ha generado numerosos pronunciamientos judiciales poco clarificadores de la fórmula a aplicar, que han resuelto caso a caso los diferentes supuestos conflictivos que se han ido sucediendo.

Fruto de este desconcierto, son muchas las voces que han reclamado una regulación clara del fenómeno de la subrogación en el ámbito de las contrata y subcontratas, ya sea a través de la vía convencional, entre empresas o a través de la negociación colectiva, admitida jurisprudencialmente, como por la vía de la reforma del precepto

29. Acuerdo publicado en el BOE de 18 de julio, mediante Resolución de 17 de julio de 2018 de la Dirección General de Trabajo.

30. Vid. “La Agenda del cambio: Hacia una economía inclusiva y sostenible”, plan estratégico del actual Gobierno socialista, publicada el 8 de febrero de 2019. https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/ficheros/190208_agenda_del_cambio.pdf (consultado 25/2/2022), proponía revisar la normativa de subcontratas y empresas multiservicios para evitar abusos.

31. García-Perrote (2019), 1 (versión digital).

legislativo (art. 44), que evite la “sustitución de plantillas para el desarrollo de la misma actividad” en el ámbito de la subcontratación³². Aunque también es preciso mencionar la necesidad de limitar las responsabilidades en estos supuestos, como lo hace la Ley de Contratos del Sector Público³³.

3. EL PROBLEMA DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE: SOLUCIONES DESDE LA JURISPRUDENCIA Y EL RDL 32/2021, DE 28 DE DICIEMBRE

El problema del convenio colectivo aplicable a los supuestos de descentralización productiva tampoco es nuevo, estando presente en la intención del legislador en algún proceso reformador anterior, aunque no llegara a hacerse efectivo. Sin embargo, ha sido la jurisprudencia la que finalmente ha precipitado la necesidad de abordar definitivamente la reforma del régimen jurídico que determina el convenio colectivo aplicable al proceso reformador, muy ligado al de la ordenación de la negociación colectiva del título III del Estatuto.

Como decimos, el problema de las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores inmersos en procesos de descentralización productiva se vio agudizado por la reforma de 2012³⁴, que introdujo la regla de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, incluyendo la materia salarial; aspecto que, como se ha dicho, se transformó en un “instrumento de competitividad, especialmente en la contratación pública, generando ofertas de bajo coste y pésimas condiciones laborales”³⁵.

También el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre los efectos de esta nueva regulación en el ámbito de las contrata y subcontratas. La generalizada presencia de empresas multiservicios en el ámbito de la subcontratación hizo que el alto tribunal se planteara, además, la determinación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores implicados en estos procesos.

Esta cuestión, por tanto, transcendía del simple debate sobre la estructura de la negociación o la determinación del convenio aplicable, centrándose en la necesaria limitación del recurso a estas prácticas por el efecto limitador de la competencia; convirtiéndose en “una garantía del propio funcionamiento del mercado en términos de

32. Sanguinetti Raymond (2021), 7/8 (versión digital), para quien, “la opción más plausible será la de introducir dentro del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores una regulación *ad hoc* de la sucesión de contratistas, dentro de la cual se parta de considerar los traspasos de actividad como una circunstancia capaz por sí misma de dar lugar a la sucesión del nuevo prestador del servicio en la posición como empleador de su precedente”.

33. En este sentido, De la Puebla Pinilla (2020), 154 y Esteve Segarra (2021), 23.

34. Llevada a cabo por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, sustituido por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE del 7 de julio).

35. Rodríguez-Piñero Royo (2021), 14.

libre y recta competencia”, evitando, así, las consecuencias negativas del denominado “dumping social”³⁶.

Así, el alto Tribunal se pronunció, en primer lugar, en la Sentencia de 12 de marzo de 2020³⁷, reconociendo la validez de la cláusula del Convenio Colectivo de la Hostelería de la Provincia de Alicante, para los años 2017 a 2020, por la que se establecía el compromiso de “introducir en los contratos mercantiles, en caso de contrataciones o subcontratas, el abono por los contratistas de las mismas retribuciones salariales del convenio”. El citado convenio colectivo pretendió introducir una regla de extensión del convenio, para evitar la precariedad en este tipo de externalizaciones de las actividades de las empresas del sector y la discriminación salarial, planteando una regulación que, al ser abordada por la sentencia del Tribunal Supremo, supone la validación de esta fórmula convencional como salvaguarda de los trabajadores y limitación de la competencia desleal en el sector, tal y como se expone en el convenio colectivo de referencia.

La segunda Sentencia destacable para la formulación de la solución legislativa es la de 12 de febrero de 2021³⁸, a través de la que el alto tribunal aborda la cuestión del convenio colectivo aplicable a las empresas multiservicios, cuando no tienen convenio colectivo propio. Afirma el TS que, “ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la empresa multiservicio demandada, las relaciones laborales quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata”, recordando el propio Tribunal su Sentencia de 22 de febrero de 2019³⁹, con idéntico pronunciamiento.

Estas dos sentencias, podemos decir, han marcado el resultado legislativo de la reforma, que aporta, como veremos, una regla similar a la opción del TS.

Además, esta línea interpretativa del TS se completa con la Sentencia de 11 de noviembre de 2021⁴⁰ que soluciona un problema ciertamente conflictivo, referido a un sector especialmente afectado por la reducción salarial operada a través de estos procesos de descentralización. Se trata de la determinación del convenio colectivo aplicable a las trabajadoras que, como camareras de piso, prestan servicios a través de una empresa subcontratada por un hotel. En este caso, el TS afirma tajantemente que el convenio colectivo aplicable debe ser el de limpieza y no el de hostelería, como ya afirmara también en su sentencia de 11 de junio de 2020⁴¹.

Con estos pronunciamientos quedaba cerrado, prácticamente, el debate jurisprudencial, cuya mayor virtud es, sin duda, la de contribuir a la lucha contra la

36. Fernández López (2016), 17.

37. Recurso 209/2018.

38. Recurso 2839/2019.

39. Recurso 237/2017.

40. Recurso 3330/2019.

41. Recurso 9/2019.

competencia desleal en los procesos de externalización productiva, que establecían condiciones laborales inferiores a las de los trabajadores de las empresas contratantes⁴²; es decir, la eliminación de los efectos perversos provocados por las denominadas “externalizaciones salvajes”⁴³. Sobre esta base, se inició el proceso de reforma de esta materia, partiendo de la proclamación de un principio básico; la equiparación de condiciones de trabajo entre los trabajadores de las subcontratas y los trabajadores de la empresa principal.

Sin embargo, como consecuencia del intenso y difícil proceso de negociación entre el gobierno y los interlocutores sociales, el Real Decreto Ley 32/2021 optó por una reforma limitada, basada en la aplicación de un criterio restrictivo, similar al que aplicó el alto Tribunal. Se descartó, por tanto, la aplicación del criterio, demandado por algún sector de la doctrina e incluso planteado por algunos tribunales, de la aplicación del convenio colectivo de la empresa principal⁴⁴.

El RDL ha incluido un nuevo apartado 6º del artículo 42, estableciendo una fórmula novedosa en la aplicación de las condiciones de trabajo a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, en línea con la marcada por la jurisprudencia. Conforme a este nuevo apartado, les será de aplicación el convenio colectivo “del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata” y ello “con independencia de su objeto social o forma jurídica”; opción que pudimos ver apoyada por algún autor, antes del proceso reformador⁴⁵. Con la única excepción, añade el precepto, de que exista “otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III”.

Tampoco es muy clarificadora la nueva redacción del precepto, pues nos obliga a imaginar la intención del gobierno cuando indica esa excepción referida a “otro convenio sectorial aplicable”, entendemos que a la contrata o subcontrata⁴⁶, sin que en la exposición de motivos encontremos alguna explicación para ello. Aunque coincidimos con quienes apuntan que, dado que se trata de una norma de aplicación de convenios colectivos, hubiese sido sistemáticamente adecuado situar este apartado en el título III del Estatuto.

Según este nuevo apartado, el convenio colectivo aplicable a la empresa subcontratista sería, como regla general, el convenio sectorial correspondiente a la actividad que desarrolle la contrata o subcontrata. Es claro al incluir, además, la referencia a la irrelevancia del objeto social o forma jurídica de esta empresa subcontratista para evitar la aplicación de otros convenios que generen un efecto no deseado por el legislador; aspecto que también tuvo ocasión de abordar el TS, al hilo de la determinación

42. Esteve-Segarra (2021), 5.

43. Martínez Moreno (2022), 42.

44. Esta era la opción defendida por De la Puebla Pinilla (2020), 153.

45. García-Perrote (2019), 2 (versión digital).

46. En este sentido se pronuncia Nores Torres (2022), 8/10 (versión digital).

del convenio colectivo aplicable a las empresas multiservicios. Esta regla general plantea, no obstante, un problema que puede no ser menor, cual es la identificación del convenio colectivo aplicable, pues, como es bien sabido, no siempre existe una correcta interpretación por parte de las empresas del convenio que debe aplicarse a una concreta actividad⁴⁷. No en vano, esta cuestión ha sido muchas veces objeto de litigios entre las empresas y la representación de los trabajadores.

Pero también puede generar problemas la redacción del ámbito subjetivo y funcional del convenio colectivo sectorial aplicable según esta regla, que podría excluir a ciertas empresas que no tengan requisitos de autorización administrativa, por ejemplo, si la actividad lo exige, o que contenga una redacción que excluya los supuestos de descentralización productiva⁴⁸. En estos casos, en los que el convenio sectorial que correspondería según la nueva regla del 42.6 ET, impide su propia aplicación, no tenemos una solución clara, salvo recurrir a “otro convenio aplicable según el título III”, pero es difícil saber a cuál⁴⁹.

Y es que la regla incorporada en el Real Decreto-Ley no opta, como podría haber hecho, por aplicar el convenio sectorial de la actividad correspondiente a la empresa principal, idea, como hemos indicado, rechazada por la jurisprudencia del TS en su interpretación del artículo 42 ET antes de la reforma (STS de 12 de febrero de 2021), pero planteada en los documentos previos al proceso de diálogo, sino el de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata; es decir, el de la actividad que efectivamente realizan los trabajadores de la empresa subcontratista. Criterio que sí ha apoyado recientemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo para el supuesto de las empresas multiservicios, como hemos visto (STS de 11 de junio de 2020)⁵⁰.

Algunos autores han apuntado a que dicha referencia a “otro convenio aplicable según el título III” se refiere a los acuerdos del artículo 83.2 ET que, como sabemos pueden determinar la estructura y contenidos de la negociación colectiva⁵¹;

47. Sobre el problema se puede ver el trabajo de Esteve Segarra (2018).

48. Este problema fue puesto de manifiesto por Esteve Segarra (2021), 10, quien describe dos supuestos en los que los avances jurisprudenciales, refiriéndose a la STS de 11 de junio de 2020, no consiguieron eliminar todos los problemas de cobertura negocial en el caso de las empresas multiservicios. Así, considera como ejemplos de ello el caso de las empresas multiservicios que prestan servicios de control de acceso en instalaciones, “donde la CCNCC no habría recomendado la aplicación del convenio colectivo estatal para empresas de seguridad, al no disponer estas empresas de la autorización administrativa habilitante para los servicios de vigilancia y protección previstos en la Ley de seguridad privada”. Y también indica la autora el supuesto de las empresas multiservicios que ofrecen servicios de conserjería en comunidades de vecinos, “donde el problema es que los ámbitos funcionales de los convenios colectivos del sector de empleados de fincas urbanas suelen establecer su aplicación para trabajadores/as contratados directamente por comunidades de vecinos”.

49. Algún autor se ha inclinado por considerar que podría tratarse de un “eventual futuro convenio sectorial” que fuese aplicable a las empresas multiservicios. Así lo expone Nores Torres (2020), 80.

50. Solución que Esteve Segarra (2021), 18, considera “una opción equilibrada y a la vez más sencilla”.

51. Vid. Morales Ortega (2022), en este mismo número monográfico.

pero, insistimos, es difícil saber, con tan ambigua expresión, cuál es la verdadera intención del legislador.

El segundo párrafo del apartado introducido por la reforma dice que “no obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará éste, en los términos que resulten del artículo 84”. Es preciso, por ello, atender a las claves de la reforma del propio artículo 84 ET, cuya modificación ha excluido, precisamente, la materia salarial de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, concretamente, “la cuantía del salario base y de los complementos salariales”, que sí estaban incluidos en la anterior redacción del artículo 84.2 ET. Por tanto, el convenio de empresa no tendrá prioridad aplicativa en materia de salario.

Según la nota de prensa del gobierno tras el RDL, el convenio de empresa sólo podrá aplicarse por la empresa contratista si determina mejores condiciones salariales; esta es, al menos, la intención de quien redacta la norma. Sin embargo, si acudimos a las reglas del nuevo artículo 84, no es eso lo que se deduce de su literalidad. Esta reforma introduce una medida de seguridad que impide que, a través del mecanismo de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, se pueda reducir el salario de los trabajadores implicados en este proceso de descentralización productiva, de forma que queda excluido del conjunto de materias que pueden ser aplicables por encima del convenio sectorial. Por tanto, de la nueva redacción del artículo 42.6 ET se deduce que, de haber un convenio colectivo propio en la empresa contratista o subcontratista, siempre posterior en el tiempo, claro, deberemos acudir a las reglas del artículo 84, pudiendo aplicar éste sólo en las materias referidas en el apartado segundo, entre las que, como decimos, no se encuentra el salario⁵². Aunque no parece razonable que la empresa deje de aplicar un nivel salarial superior a sus trabajadores, recogido en su convenio colectivo propio, por el mero hecho de estar inmersa en un proceso de descentralización productiva, siendo la empresa auxiliar.

Sin duda, resultaba más clarificadora la fórmula que se manejaba en el documento de la mesa de diálogo, donde se permitía la aplicación del convenio de empresa, en este ámbito, si garantizaba “como mínimo, los mismos derechos que el convenio sectorial que corresponda a la actividad ejecutada en la subcontrata, en virtud de una apreciación conjunta de los conceptos comparables entre sí”⁵³.

52. También se inclina por esta opción Nores Torres (2022), 81; quien añade que, si el convenio de empresa fuese previo, se aplicaría este sobre el sectorial, incluyendo los aspectos salariales. Lo que parece claro atendiendo a la redacción del propio artículo 84.1 ET.

53. Parece que con ello se pretendía poner fin a un problema concreto de un sector específico, el de la limpieza de hoteles, cuando las trabajadoras (porque es un sector con fuerte presencia femenina) se ven agraviadas por la aplicación de salarios muy inferiores a los del convenio sectorial de hostelería; abordado, además, como hemos dicho, por la reciente Sentencia del TS de 12 de febrero de 2021. Sin embargo, son precisamente las expectativas de este sector de trabajadoras las que se han visto, en parte, frustradas, pues, a juzgar por las declaraciones de la portavoz de la asociación de camareras de

Un aspecto señalado también en relación con los problemas de aplicación del nuevo apartado es la inclusión en el mismo de la referencia a “las empresas contratistas y subcontratistas”, sin especificar si se trata de propia actividad o no. No sería relevante este aspecto si no fuera porque, como ha puesto de manifiesto NORES TORRES⁵⁴, en la nota de prensa del Ministerio de Trabajo sobre la reforma sí se hace esta distinción. Aunque, dado que la norma no incluye referencia alguna y su ubicación en el precepto tampoco permite diferenciar, nos alineamos con el autor en la idea de que hay más argumentos que justifican que el precepto resulta de aplicación a todo tipo de contrata.

Para finalizar este apartado, es necesario considerar la excepción a esta regla, recogida en la disposición adicional vigesimoséptima del ET, cuando nos encontramos ante contrata y subcontrata suscritas con centros especiales de empleo, regulados en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (RDL 1/2013, de 29 de noviembre), a las que no se aplicará esta previsión del artículo 42.6 ET. Tampoco se entiende muy bien esta excepción, por cuanto, en la medida en que se trata de relaciones laborales de carácter especial, y dado que realizan múltiples actividades, deberán regirse por sus propias normas reglamentarias y, tal y como podíamos pensar, por su propio convenio sectorial, si lo hubiere. Ese podría ser el sentido de la misma. Sin embargo, hemos de considerar que no ha sido ésta la opción del Tribunal Supremo al resolver algún conflicto relacionado con el convenio aplicable en supuestos de contrata de limpieza adjudicadas a empresas calificadas como centros especiales de empleo. En estos casos, el TS ha considerado que el convenio colectivo aplicable es el de la actividad, es decir, el de la limpieza y no el sectorial propio de estos centros⁵⁵. Precisamente, la opción del TS es la que se recoge en el artículo 42.6 ET, por lo que no se entiende la exclusión en la disposición adicional⁵⁶, que, de pretender que se aplicara el convenio sectorial de los centros especiales de empleo, bastaría con decirlo expresamente, o aclarar que ese fuera el sentido de la referencia en el propio art.42.6 a “otro convenio sectorial aplicable”, lo que tampoco parece tener mucho sentido. No habría estado de más aclarar en la propia disposición el régimen convencional aplicable.

piso, esperaban una reforma más profunda que limitara las externalizaciones y regulara con mayor precisión este fenómeno.

54. Nores Torres (2022), 77-78.

55. Vid. STS de 4 de octubre de 2012 (recud. 3163/2011), conforme a la cual “se trata de hacer prevalecer, precisamente por razones de índole funcional, el convenio de la actividad –la de limpieza– que realizan los trabajadores en cuyos contratos ha de subrogarse cualquier empresa que aspire a obtener la contrata en cuestión, incluso si dicha empresa es un centro especial de empleo, puesto que nada impide a este tipo de empresas –aunque su fin primordial sea otro: favorecer la integración de las personas con discapacidad– subrogarse en los contratos de otros trabajadores, sean estos o no lo sean –que en el caso no lo son– personas con discapacidad”. Esta solución también se aporta en las Sentencias de 7 de febrero de 2012 (recud. 1096/2011) y 4 de octubre de 2011 (rcud. 4597/2010) entre otras.

56. También se plantea estas dudas Nores Torres (2022), 9/10.

4. LA ELIMINACIÓN DE LA PRECARIEDAD EN LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS POR LA VÍA DE LA LIMITACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Uno de los aspectos más preocupantes de la forma de organización de subcontratación era precisamente el exceso de la temporalidad sujeto a este tipo de relaciones mercantiles entre empresas⁵⁷; que algunos han denominado acertadamente “temporalidad patológica”⁵⁸. Como consecuencia de la formalización de un contrato mercantil para externalizar parte del proceso productivo de la empresa, el contrato de trabajo realizado a los trabajadores al servicio de las empresas contratistas o subcontratistas era precisamente el contrato de obra o servicio determinado, recién derogado en la reforma laboral llevada a cabo por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre.

Antes de que se abordara el proceso de reforma laboral que estudiamos, el Tribunal Supremo había ido sentando las bases para cortar los lazos que unían las contrataciones y subcontratas con el contrato de obra y servicio determinado. La Sentencia del TS de 29 de diciembre de 2020⁵⁹ fue trascendental porque cambió su tradicional doctrina sobre la celebración de los contratos de obra y servicio determinado, recogidos en el extinto artículo 15.1 a), cuando se trataba de realizar las obras o servicios contratados por la empresa contratista o subcontratista. En definitiva, era el contrato tipo que se utilizaba en los procesos de descentralización productiva, y se justificaba la temporalidad precisamente por la limitación que suponían los contratos mercantiles, es decir, los encargos, entre las empresas.

Sin embargo, en diciembre de 2020, el Tribunal Supremo consideró, con buen criterio, que “resulta difícil seguir manteniendo que este tipo de actividades justifique el recurso a la contratación temporal y que una empresa apoye la esencia de su actividad en una plantilla sujeta al régimen de indeterminación de las relaciones laborales”. Llegando a la conclusión de que, a pesar de que tenemos que aceptar que ciertas actividades empresariales están sujetas a flujos variables de demanda, esto no justifica que se acuda de forma constante a una modalidad contractual como la de obra o servicio determinados. Por el contrario, dice el alto Tribunal, “la previsión de variabilidad de las necesidades de la demanda y las decisiones sobre la dimensión de la plantilla pueden y deben ser atendidas a través de otros mecanismos que el legislador ha diseñado a tal efecto y que están al alcance de todos los empleadores; tanto en relación con una delimitación contractual respecto de las jornadas y tiempos de trabajo (tiempo parcial y sus varias posibilidades de distribución, fijo-discontinuo,...), como la adaptación de las condiciones de trabajo o, incluso, de las plantillas en supuestos

57. Vid., en relación con la problemática generada por el exceso de temporalidad en la subcontratación, Suarez Corujo (2018) y Gomez Abelleira (2017).

58. Así lo expresa Beltrán de Heredia (2021).

59. STS de 29 de diciembre de 2020 (rec. 240/2018). Un comentario de esta sentencia puede verse en Sanguinetti Raymond (2021) y Costa Reyes (2021).

de afectación en la actividad de la empresa (la Sala ha consagrado la posibilidad de acudir a las extinciones por causas objetivas derivadas de la pérdida de la contrata)”.

Este cambio en la línea de interpretación del TS, llevada desde su Sentencia de 15 de enero de 1997⁶⁰, se justifica precisamente, tal y como reconoce el TS en su Sentencia de 2020, por la necesidad de salvaguardar el principio de preferencia del carácter indefinido del contrato⁶¹, el cumplimiento de las exigencias de la Directiva 1990/70/CE, relativa al Acuerdo Marco Europeo sobre el Trabajo de Duración Determinada; y la necesidad de observar la cuestión desde una perspectiva global, poniendo el acento en el significado que la actividad objeto de la contrata tiene para la empresa principal; es decir, la necesidad de determinar si para la empresa principal dicha actividad tiene naturaleza permanente o habitual, haciendo prevalecer este punto de vista sobre el significado o carácter, sustantivo o no, que la actividad tenga para la empresa contratista o subcontratista⁶². Rompe, por tanto, el TS la “cultura de la temporalidad” que venía acompañando a la exigencia de flexibilidad en las relaciones laborales, pero que, como indican algunos autores, llevó a resultados poco admisibles tanto en términos de seguridad como de inestabilidad laboral⁶³. Y refuerza el carácter excepcional de la temporalidad en la contratación.

Junto a esta línea argumentativa del TS es necesario considerar también la teoría de la “continuidad del vínculo” que elabora el propio tribunal con motivo del tratamiento del encadenamiento de contrataciones por una misma o diferentes empresas contratistas. En efecto, también el TS se pronuncia sobre la necesidad de considerar la relación laboral indefinida de aquellos trabajadores que prestan servicios, ya sea en el ámbito público o en el privado, para empresas contratistas, especialmente cuando se produce el efecto subrogatorio, por vía legal o del convenio colectivo aplicable, al ser adjudicada la contrata mercantil objeto de su contrato temporal a una empresa distinta de la inicialmente contratante. De este modo, nos dice el TS, con buen criterio, que en la aplicación de la previsión del artículo 15 referida a la aplicación de la regla de la limitación temporal del encadenamiento de contratos temporales, que aún mantiene el precepto reformado, “se asimila dicha subrogación a una nueva contratación a los efectos del encadenamiento, ya que –de no admitirse– se excluirían del

60. Recurso 3827/1995.

61. Sempere Navarro, 2021. Principio que, por otro lado, aparece recogido ahora, tras la reforma, en el artículo 15.1 ET, cuando establece una auténtica presunción en favor del carácter indefinido del contrato.

62. Pues, como dice el TS, en aquellos casos en los que “la actividad objeto de la contrata” forma parte de “la actividad ordinaria y estructural” de la empresa principal, resulta más evidente la necesidad de ajuste del criterio abandonado, ya que su aplicación permitiría que “una actividad que nunca podría haber sido objeto de contrato temporal por carecer de autonomía y sustantividad propia se convierta en adecuada a tal fin cuando dicha actividad se subcontrata”.

63. Costa Reyes (2021), 5/20 (versión digital).

ámbito de aplicación del precepto los supuestos de sucesión de contratas, mediante las que se podría extender la temporalidad por tiempo ilimitado”⁶⁴.

Sin duda, la aparición en la escena del mercado de trabajo de las empresas multiservicios ha contribuido también a considerar la imposibilidad de mantener la doctrina por la cual el contrato de obra o servicio determinado se justificaría por la simple razón de que la encomienda de la obra o servicio a la empresa fuera de naturaleza temporal. Por ello, el Tribunal reconoce que el propio ordenamiento ofrece varias posibilidades para poder hacer frente, desde el punto de vista laboral, a las fluctuaciones de las demandas de contratas y subcontratas por parte de la empresa principal.

Como en procesos reformadores anteriores⁶⁵, la reforma laboral de 2021 aborda el problema de la temporalidad en el mercado de trabajo español y propone su drástica reducción, a través de la eliminación del contrato de obra o servicio determinado, uno de los más utilizados para este tipo de servicios prestados en régimen de subcontratación. De este modo, el problema del recurso a esta modalidad contractual parece resuelto. Si bien, plantea otro muy diferente, cual es el de la modalidad contractual adecuada a partir de la entrada en vigor de la reforma. La solución apuntada por el Tribunal Supremo, parece ser el recurso a la modalidad de contratación indefinida fija discontinua; que, como veremos, confirma el legislador en la redacción del nuevo artículo 16.1 ET.

Sin embargo, el problema no es nuevo para el legislador español, con motivo del proceso reformador de 2006, en el AMCE se recogió esta problemática de la conexión entre el contrato de obra o servicio determinado y la subcontratación, proponiendo una nueva regulación del citado contrato⁶⁶ con el objetivo de clarificar las causas de su utilización y su desvinculación del fenómeno de las contratas y subcontratas de obras o servicios. El objetivo era aportar mayor seguridad a los trabajadores implicados en estos procesos que, de por sí, aportan flexibilidad a la organización productiva de las empresas⁶⁷. Sin embargo, dicha pretensión se abandonó finalmente en el texto normativo de la reforma (RDL 5/2006).

Por su parte, la reforma de 2010 sí pareció abordar el problema de la duración excesivamente larga de este tipo de contratos, o de su encadenamiento, introduciendo un límite temporal, a partir del cual, el trabajador debía considerarse indefinido en la empresa.

64. STS de 10 de diciembre e 2020 (recud. 1858/2018).

65. A pesar de que esta desconexión entre la subcontratación y el contrato temporal no llegó a materializarse en una norma, sí estuvo presente en los debates reformadores, como en el de 2006. Vid. Calvo Gallego (2006), “Las modificaciones...”, 150-151.

66. Sobre el tema, ver de nuevo nuestro trabajo De Soto *et al.* 2006, 206-209.

67. Así lo expresó el Comité de Expertos para el Diálogo Social en el Informe “Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas”, firmado el 31 de enero de 2005.

Para culminar el proceso de eliminación de la vinculación entre la temporalidad y la prestación de servicios a través de contrata y subcontrata, el legislador, en la reforma de 2021, aborda este problema de otra forma; aunque no aparezca expresamente mencionado en los documentos previos al diálogo social y al proceso de reforma, al eliminar el contrato de obra o servicio determinado que venía regulando el artículo 15.1 a) ET, logra el mismo objetivo de reducir la temporalidad y la precariedad, modernizando así el modelo de subcontratación en lo que al ámbito laboral se refiere. No sólo se trata de buscar la forma de desvincular a éste de la forma de organización descentralizada basada en las contrata y subcontratas, sino que se hace desaparecer para impedir el recurso al mismo, resolviendo además algunos supuestos distorsionadores que, a pesar de la Sentencia de 2020, podrían continuar produciéndose⁶⁸. De este modo, si bien la reforma no ha introducido una “prohibición de utilización de contratos temporales en las empresas que desarrollan su actividad como contratistas de otras”, que algún autor ha señalado como parte del documento de trabajo del Ministerio para la reforma⁶⁹, y que contaba también con apoyo doctrinal⁷⁰; sí ha limitado ampliamente la posibilidad de recurrir al contrato de naturaleza temporal, ya que el contrato temporal de circunstancias de la producción sólo podrá concertarse, conforme a la nueva redacción del artículo 15.2 ET para cubrir “el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones” que “generen un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere”, aunque se trate de la actividad normal de la empresa. No obstante, la verdadera limitación está en el requisito que añade el legislador, al requerir que estas necesidades “ocasionales” y “temporales” “no respondan a los supuestos incluidos en el artículo 16.1”, es decir, a “trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada”; y, como regla general, este tipo de contrato, no podrá superar los 6 meses.

Así, el recurso que queda a la prestación de servicios en el ámbito de las contrata y subcontratas es, como indica el propio artículo 16 ET, recientemente reformado, el de la figura del contrato fijo discontinuo; de forma que las posibles fluctuaciones que se produzcan en la demanda que puedan hacer variar la necesidad de trabajadores como consecuencia de la formalización o no de nuevos contratos con empresas principales, se paliará, como sugería el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de diciembre de 2020, a través del recurso a los diferentes mecanismos de flexibilidad interna y de salida que regula el propio ordenamiento laboral; esto es, a través del recurso a las figuras de los ERTES o del despido objetivo.

No podemos finalizar este apartado, sobre la lucha contra la temporalidad y la precariedad sin mencionar la previsión contenida en el apartado cuarto de este nuevo artículo 16 ET, conforme al cual, “cuando la contratación fija-discontinua se

68. Algunos de estos efectos son puestos de manifiesto por Costa Reyes (2021).

69. Esteve-Segarra (2021), 14.

70. Esta opción era apoyada por DE LA PUEBLA PINILLA (2020), 152.

justifique por la celebración de contratos, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas”, “los períodos de inactividad sólo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones”; siendo así que los convenios colectivos sectoriales “podrán” limitar el plazo máximos de inactividad entre subcontratas. Es difícil determinar cómo reaccionarán los convenios colectivos en la regulación de esta materia, pero sí es cierto que la norma les brinda una buena oportunidad para regular la duración y actividades formativas, o bien otras medidas como las recogidas en el artículo 16.5 ET, a realizar durante los períodos de inactividad. Si nada estableciese la negociación, dicho período tendrá una duración máxima de tres meses.

5. CONCLUSIONES: ENTRE LO ESPERADO Y LA REALIDAD

Debemos partir de la base, como ha afirmado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de enero de 2020⁷¹, de que “la posibilidad de que las empresas externalicen una parte de su proceso productivo forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa (art. 38 CE) y es necesario que una norma con rango de Ley la restrinja para que pueda considerarse válida”⁷². Lo que no ha sucedido aún.

El Estatuto de los Trabajadores ha ido determinando las limitaciones a este fenómeno descentralizador desde la tutela de los trabajadores implicados en estos procesos productivos. Así, ha establecido una serie de responsabilidades que pueden transmitirse entre las empresas implicadas y ha reforzado los derechos de información de los representantes de los trabajadores, para permitir un mayor control por parte de estos de los fenómenos descentralizadores y una mejor coordinación entre las distintas empresas, especialmente, en materia de prevención de riesgos laborales.

Sin embargo, en los últimos años hemos asistido a la proliferación de fórmulas que pretendían como fin último el abaratamiento de costes y la externalización del riesgo, poniendo en peligro la tutela de los propios trabajadores. La irrupción en el mercado de trabajo de las empresas multiservicios es un buen ejemplo de ello.

Es precisamente esta circunstancia la que ha llevado al Gobierno a plantear la necesidad de reformar el sistema de subcontratación para hacerlo más equitativo y justo, desde el punto de vista de la defensa de los derechos de los trabajadores. También ha incidido el intento reformador en la necesidad de reducir los niveles de temporalidad, íntimamente conectados con estas formas de producción.

71. Recurso 159/2018.

72. En palabras de Fernández López (2017), 17, “Es obvio que la libertad de empresa tiene una importante composición organizativa, tal que la de organización es una idea inherente al concepto de empresa. El empresario puede organizar su actividad como lo juzgue oportuno – nos recuerda el Tribunal Supremo –, siempre que no utilice esta libertad, entre otros límites, para burlar las expectativas laborales de sus trabajadores...”.

Consecuencia del proceso de Diálogo social, se lleva a cabo una reforma que, paradójicamente, carece de un amplio consenso entre los grupos políticos presentes en el Congreso de los Diputados, a pesar de haber renunciado a gran parte de los planteamientos iniciales.

La opinión mayoritaria de la doctrina se alinea en considerar que el alcance de la reforma, en general, no es tan profundo como se esperaba; pero en lo que sí coincide con el gobierno, impulsor de la reforma, es en el cambio de paradigma en la regulación de las contrataciones y subcontratas, protagonizado, sobre todo, por la desvinculación de la contratación temporal en este ámbito y la lucha de manera determinante contra la precariedad laboral, a través de la fórmula de la prioridad aplicativa del convenio sectorial.

Quizá sea pronto para realizar valoraciones de los efectos que dicha reforma tendrá en el proceso de descentralización, por lo que estaremos atentos al desarrollo y aplicación de la misma. Sin embargo, sí podemos hacer referencia a los aspectos que, siendo absolutamente necesario reformar, no han sido objeto de un cambio legislativo.

Así, no son pocos los problemas que plantea la referencia a la “propia actividad” como elemento determinante de la distribución de responsabilidades entre las empresas implicadas en el proceso productivo. Este concepto, moldeado caso a caso por la jurisprudencia, debe ser aclarado, o suprimido, como se ha sugerido por algún sector de la doctrina.

Tampoco el sistema de responsabilidades es claro en su regulación. Es obvio que un sistema de responsabilidad bien determinado aumenta las exigencias de diligencia y vigilancia que deben imponerse a la empresa principal. Se supone que el establecimiento de un sistema de responsabilidad solidaria debía frenar la proliferación de supuestos patológicos de descentralización productiva; sin embargo, esto no es así, como podemos comprobar por la proliferación de sentencias que tratan de dar respuesta a todos los supuestos no aclarados por la legislación. Por no mencionar la difícil colaboración exigida a la Tesorería General de la Seguridad Social, que también es condición necesaria para justificar la exoneración de cierta responsabilidad.

El contenido de la responsabilidad es otro de los aspectos cuya reforma ha sido demandada por la doctrina, que solicita una regulación más clara del precepto y que se acerque a las previstas en los artículos 43 y 44 ET para los supuestos de cesión ilegal y sucesión de empresas. Así, la ampliación de la misma a todos los aspectos laborales y no sólo salariales es una opción a valorar por el legislador.

Tampoco la regulación de los derechos de carácter colectivo de los trabajadores implicados en los procesos de descentralización o externalización de la actividad productiva resulta suficiente, como se ha repetido por la doctrina más autorizada, ni se solucionan los supuestos de falta de representación en las empresas auxiliares, ni se ha regulado el ejercicio del derecho fundamental a la huelga en este ámbito, que ha dado lugar a importantes pronunciamientos del Tribunal Supremo.

Para terminar, sin ánimo de ser exhaustiva en la enumeración, la aplicación del fenómeno de la subrogación, como solución a muchos de los problemas que genera

la excesiva rotación y consiguiente precarización del empleo en las contrataciones y subcontratas; y la homogeneización de régimen jurídico en el ámbito público y privado, son aspectos que también reclaman la atención del legislador.

Esperemos que, dado que el proceso reformador no ha concluido, podamos avanzar en la protección de los derechos, individuales y colectivos, de los trabajadores implicados en los procesos de descentralización productiva.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Beltrán de Heredia, Ignacio (2021), “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): Impacto en contrataciones y subcontratas y el trabajo externalizado (primeras valoraciones sobre los nuevos arts. 42.6, 84.2, 15 y 16 ET)”, Blog: Una mirada crítica a las relaciones laborales, 29 de diciembre de 2021. <https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primeras-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/> (consulta 25/02/2022).
- Calvo Gallego, Javier (2000), “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, *Temas Laborales*, 56, 57-94.
- Calvo Gallego, Javier (2006), “Las modificaciones en el régimen jurídico de la subcontratación”, en *La Reforma Laboral de 2006*, Lex Nova, Madrid, 123-153.
- Calvo Gallego, Javier (2006), “La nueva Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción”, *Temas Laborales*, 87, 13-82.
- Costa Reyes, Antonio (2021), “Descentralización productiva y contrato temporal de obra o servicio determinado”, *Trabajo y Derecho*, 75.
- De la Puebla Pinilla, Ana (2020), *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 444, 125-156.
- De Soto Rioja; Lázaro Sánchez; Pérez Guerrero y Rodríguez-Piñero Royo (2006), “La descentralización productiva en el Estatuto de los Trabajadores: regulación y desregulación”, en *Veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores: balance y perspectivas para un nuevo Estatuto*, Rodríguez-Piñero Royo (Dir.), Mergablum, 165-221.
- Esteve Segarra, Amparo (2022), “La limpieza en subcontratas de hostelería ¿no es del convenio de hostelería?”, *Trabajo y Derecho*, 85.
- Esteve Segarra, Amparo (2021), “Cambios jurisprudenciales en subcontratación laboral ¿por qué son una condición necesaria pero no suficiente y por dónde habría que ir en la reforma?”, *Revista de Derecho Social*, 94, 36-62.
- Esteve Segarra, Amparo (2018), “Criterios para la determinación del convenio colectivo sectorial de referencia para actividades desarrolladas por empresas multiservicios”, *Documentación Laboral*, 115, 81-92.

- García Perrote, Ignacio (2019), “La reforma del artículo 42 del Estatuto de los trabajadores”, *Iuslabor*, 1/2019.
- Gómez Abelleira, Francisco Javier, *Contratos laborales y temporalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Fernández López, María Fernanda (2016), “Descentralización laboral: problemas e incidencias”, *Revista de Derecho Social*, 75, 13-30.
- López Balaguer, Mercedes (2017), “Empresas de Trabajo Temporal y Empresas Multiservicios: la historia que se repite”, *Documentación Laboral*, 110, 57-76.
- Martínez Moreno, Carolina (2022), *Claves Prácticas: reforma laboral*, Francis Lefebvre.
- Monereo Pérez, José Luis y Álvarez Montero, Antonio (2002), *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*. Comares.
- Nores Torres, Luis Enrique (2022), “La reforma del artículo 42 en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, *Labos*, Vol. 3, Número Extraordinario “La reforma laboral de 2021”, pp. 73-82.
- Pérez Guerrero y Rodríguez-Piñero Royo (2006), “Contratas y cesión de trabajadores en la Reforma Laboral de 2006”, *Temas Laborales*, 85, 103-140.
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel (2021), “Un cambio de paradigma en la regulación laboral de las contratas”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 4, 11-23.
- Rojo Torrecilla, Eduardo (2022), “Estudio de la reforma laboral de 2021 (y VII): Subcontratación”, 12 de enero de 2022. Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021-y.html> (consulta 12/01/2022).
- Rojo Torrecilla, Eduardo (2013), “ERE. La externalización de actividades productivas como vía de reducción de costes económicos, y su (prudente y matizada) aceptación por la Audiencia Nacional. Nota a la sentencia de 15 de julio”, 31 de julio de 2013. Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/07/ere-la-externalizacion-de-actividades.html> (consulta 20/2/2022).
- Sala Franco; Nores Torres y Calvo Rodríguez (2018), “La subcontratación”, en *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Sala Franco (Dir.), Francis Lefebvre, 177-186.
- Sanguinetti Raymond, Wilfredo (2021), “Subcontratación de actividades productivas y estabilidad en el empleo: el replanteamiento del modelo”, *Trabajo y Derecho*, 75.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente (2021), “Vídeo-comentario a la STS núm. 1137/2020, de 29 diciembre. RJ\2020\5028”, Aranzadi, BIB 2021\2827.
- Suarez Corujo, Borja (2018), “El uso indiscriminado del contrato de obra o servicio determinado como factor distorsionador del funcionamiento del mercado de trabajo español”, en *Documentación laboral*, 115, 93-102.

LA FLEXIBILIDAD “INTERNA” EN EL REAL DECRETO-LEY
32/2021 A TRAVÉS DE LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN
TEMPORAL DE EMPLEO Y EL MECANISMO RED¹

THE “INTERNAL” FLEXIBILITY IN THE RDL 32/2021 THROUGH
REGULATION FILES TEMPORARY EMPLOYMENT
AND THE RED MECHANISM

Juan Carlos Álvarez Cortés
Universidad de Málaga
ORCID: 0000-0002-8082-6114

RESUMEN: La reforma laboral aprobada el 28 de diciembre de 2021 ha consolidado, de manera definitiva, como instrumento clave de flexibilidad interna, una figura que ha demostrado, durante la crisis sanitaria por COVID19, que es una herramienta clave para empresas y trabajadores ante situaciones complejas. Una herramienta que facilita el tránsito hacia la recuperación empresarial mientras que preserva el empleo, siendo, por tanto, un elemento de equilibrio entre los intereses de los antagonistas sociales en el marco de las relaciones de trabajo. El RDL 32/2021 ha configurado una ordenación normativa fruto del equilibrio entre el respeto a lo ya existente, la incorporación de aquellos aspectos que han sido probados con éxito durante la pandemia y aquellos otros elementos que han pretendido mejorar su diseño anterior. La eficacia de la medida ya quedó acreditada en momentos de máxima dificultad, queda ver cómo responderá en el período postpandémico, pero, sea como sea,

1. El presente trabajo se enmarca en el contexto del Proyecto de Investigación “Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socio-económico de la economía digital”, del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación con fondos FEDER, Ref. UMA18 FEDERJA 028.

el éxito de la misma ya se concreta por el hecho de venir respaldada por un acuerdo en el marco del Diálogo Social.

PALABRAS CLAVE: Suspensión del contrato, reducción de jornada, reforma laboral

ABSTRACT: The labour law reform approved on 28 December 2021 in Spain has definitively consolidated, as a key instrument of internal flexibility in companies, a figure that has been shown, during the health crisis by COVID-19, to be a key tool for companies and workers in complex situations. A tool that facilitates the transition towards business recovery while preserving employment, and is therefore an element of balance between the interests of the social antagonists in the framework of labour relations. Royal Decree-law 32/2021 has configured a regulatory system that is the result of a balance between respect for what already exists, the incorporation of those aspects that have been successfully tested during the pandemic and those other elements that have sought to improve on its previous design. The effectiveness of the measure has already been accredited in times of maximum difficulty; it remains to be seen how it will respond in the post-pandemic period, but, be that as it may, its success has already been confirmed by the fact that it is backed by an agreement within the framework of the Social Dialogue.

KEY WORDS: Suspension of contract, reduction of working hours, labour law reform.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Modificaciones en la regulación del erte en el artículo 47 et. 2.1. ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (en adelante, ETOP.). 2.1.1. Causas. 2.1.2. Procedimiento. 2.1.3. Prórroga. 2.1.4. La formación durante los ERTE. 2.2. ERTE por fuerza mayor temporal. 2.2.1. Fuerza mayor (FM) temporal. 2.2.2. Nueva situación: fuerza mayor temporal por impedimentos o limitaciones. 2.2.3. Normas comunes ERTE ETOP y FM. 3. El mecanismo red de flexibilidad y estabilización en el empleo (nuevo artículo 47 bis). 3.1. El mecanismo RED y sus modalidades. 3.2. La activación del mecanismo RED por el Gobierno. 3.3. Procedimiento: una vez adoptado el Mecanismo RED. 3.3.1. Contenido del procedimient. 3.3.2. Automatización del procedimiento (único para ERTE y mecanismo RED). 3.4. Normas comunes a las modalidades de Mecanismo RED. 3.4.1. Aplicación de las reglas generales de procedimiento del art. 47 ET. 3.4.2. Control del Mecanismo RED. 3.5. La financiación del mecanismo Red. 3.6. La transición profesional y los ERTE (Mecanismo RED o comunes). 3.6.1. Modificación de la Ley 30/2015 del Sistema de Formación Profesional. 3.6.2. Medidas de transición profesional en el Mecanismo RED. 4. Los beneficios en materia de seguridad social de los erte y el mecanismo red. 4.1. Algunos aspectos relacionados con la cotización a la Seguridad Social en la regulación del ERTE por el RDL 32/2021. 4.2. Exenciones en materia de cotización previstos

para el Mecanismo RED. 4.3. Otras cuestiones respecto de la exoneración de cuotas comunes para los ERTE y para el Mecanismo RED. 4.4. Regulación en materia de protección por desempleo en el mecanismo RED. 4.4.1. En los ERTE del art. 47. 4.4.2. En los ERTE del sistema RED. 4.4.2.1 Requisitos. 4.4.2.2. Cuantía. 4.4.2.3. Duración. 4.4.2.4. Procedimiento. 4.4.2.5. Suspensión y extinción. 4.4.2.6 Devolución de prestaciones indebidamente percibidas.

1. INTRODUCCIÓN

Tal y como hemos dicho en otra ocasión², el período de pandemia sufrido (y en el que aún nos encontramos inmersos) ha condicionado no solo nuestras vidas, sino también, en el ámbito en el que nos movemos, los tiempos y los contenidos que habrían de marcarse como objetivos para la nueva regulación del mercado de trabajo³. El programa del Gobierno de coalición preveía la puesta en marcha de una reforma laboral en varias fases que llevaría consigo la derogación de la reforma laboral de 2012 pero, a causa de la pandemia, dicha reforma se postergó y, como se ha visto, se ha centrado en elementos muy importantes, aunque no todos los previstos inicialmente.

Uno de los motivos del viraje o cambio de foco ha sido, sin duda, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia diseñado por el Gobierno de España tras los primeros graves azotes de la pandemia a la economía. Plan que ha servido como compromiso con la Unión Europea para el acceso a los fondos generados en el programa *Next Generation*, aprobado algunos meses después por el Consejo Europeo en julio de 2020. En el componente 23 relativo a las “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, se incluían diferentes reformas para modernizar y mejorar la eficiencia abordando un conjunto de deficiencias estructurales y aportando soluciones a las mismas, todo ello en el marco del diálogo social. Evidentemente, el riego de dinero comunitario, de conformidad al Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, se producirá, según se dispone en su artículo 24.2, en cuanto sea solicitado por el Estado miembro una vez “alcanzados los correspondientes hitos y objetivos convenidos que figuran en el plan de recuperación y resiliencia”. Y con esta Reforma se ha cumplido con las Disposiciones Operativas del Plan de Recuperación, acordadas por el Gobierno de España, aprobadas por la Decisión de la Comisión de 29 de

2. Vid, Vila Tierno, F. y Álvarez Cortés, J.C. “Los expedientes temporales de regulación de empleo”, en *Temas Laborales*, número extraordinario monográfico de 2022.

3. En sentido parecido, Vila Tierno, F. *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

octubre de 2021, en el plazo fijado (durante el cuarto trimestre de 2021). Este mecanismo trae consigo una fuerte financiación, pero ligada a la propuesta y cumplimiento de una serie de reformas que solvente los problemas estructurales de cada país que, a su vez, puedan poner en peligro la recuperación y, en consecuencia, la financiación señalada⁴.

En esta situación es la que ha de contextualizarse el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, que trae consigo una importante reforma del mercado de trabajo, más que por sus contenidos por las formas en las que se ha alcanzado: un acuerdo entre el Gobierno y los agentes sociales. Una reforma con vocación de permanencia y sólidamente asentada en una clara voluntad colectiva⁵.

Son diversos aspectos que han sido regulados que podrían agruparse en 5 bloques:

- la nueva regulación de los contratos formativos, con único contrato con dos modalidades e incluso el compromiso de elaboración de un estatuto del becario;
- la modificación de la contratación temporal (remodelando de forma importante los arts. 15 y 16 ET);
- la “modernización” de la subcontratación de obras o de servicios (art. 42 ET);
- la reforma de la negociación colectiva en los arts. 84 y 86 ET;
- y, por lo que nos atañe, una nueva regulación de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (en adelante, ERTE).

Básicamente, la flexibilidad se relaciona con la capacidad empresarial (y las posibilidades legales concretas) que tienen los empleadores para gestionar los recursos humanos para hacer frente a las necesidades del mercado y a las cambiantes condiciones de naturaleza económica, técnica, organizativa, de producción o cualquier otra, que se complementa con una reducción de los costes sociales. En coherencia con ello, como es conocido, la demanda de flexibilidad laboral ha sido históricamente una reivindicación empresarial⁶. Pero en esta norma se avala también por el Gobierno y

4. Álvarez Cortés, J.C. “Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma del RD-ley 32/2021” (I), (II) y (III), *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado, Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento*, enero, 2022, <http://grupo.us.es/iwpr/category/juan-carlos-alvarez-cortes/>

5. Todas las medidas adoptadas han sido objeto de negociación en la Mesa de Diálogo Social, objeto de acuerdo, el día 23 de diciembre de 2021, con los agentes sociales CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, de manera que ha sido el debate y el consenso la fórmula adoptada para hacer efectivo el necesario paquete de reformas.

6. Véase, por todos, Álvarez Cortés, J.C. y Caneda, B., “La ‘inseguridad jurídica’ en las medidas de flexibilidad interna”, en AAVV *Flexibilidad interna como alternativa y solución en el nuevo derecho del*

por los trabajadores porque lleva consigo “seguridad” en el sentido de ir aparejada de medios de protección social de los trabajadores afectados.

Centrándonos en el objeto de este trabajo, los ERTE, pese a la complicación inicial en la gestión durante la pandemia, que ha traído de cabeza a los profesionales, se han demostrado eficaces medidas de flexibilidad interna de las empresas para el ajuste temporal de su actividad, de cara a evitar la destrucción de empleo (lo que había sido característica de crisis anteriores, por ejemplo, en la de 2009). Hasta 2020, los ERTE eran mecanismos poco utilizados por las empresas, pero la regulación especial de los mismos desde el RD-ley 8/2020, y el resto de legislación laboral “de emergencia” durante el estado de alarma⁷, y en sus sucesivas prórrogas, gracias a los Acuerdos Sociales en Defensa del Empleo con los agentes sociales, ha aportado una experiencia que con la reforma de 2021 se incorpora a la legislación “ordinaria”. La reforma como se ha visto no modifica otras medidas de flexibilidad interna que sí lo fueron en la reforma de 2012 (las referidas a los artículos 39, 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores).

En definitiva, lo que viene a producirse es la prioridad de la flexibilidad interna antes que la externa, como medio o forma de mantenimiento del empleo. Y es que, sin duda, la pandemia ha servido para tomar en consideración y redescubrir que los ERTE eran una medida tremendamente útil que había sido infrautilizada u olvidada, con preferencia de los empresarios (al menos en la reforma laboral anterior por los despidos de carácter colectivo u objetivo)⁸.

Por ello, además de reformar el art. 47 ET se añade un art. 47 bis “mecanismo Red” que hace colocar a los expedientes temporales como primera fase para la evitación de decisiones empresariales extintivas por despidos colectivos y recogida de forma expresa en el componente número 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en cuyo apartado 6 se refería expresamente al “establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna y recualificación de trabajadores en transición”.

La modificación producida en esta regulación de los ERTE y del “mecanismo Red” lo es basándose en que es necesario utilizar estas figuras de flexibilización interna de carácter temporal “como medidas de adaptación, alternativas más eficientes y de menor coste social que las reducciones de plantilla o el recurso a la contratación temporal”. Y en especial el mecanismo Red, diseñado para superar los desequilibrios que agravan los ciclos económicos y lastran los aumentos de productividad (incluso por el propio diseño del sistema productivo y la falta de formación de los trabajadores).

trabajo garantista, Dir. Monereo, Gorelli y Almendros, Laborum, Murcia, 2022.

7. Declarado inconstitucional por la STC 148/2021, de 14 de julio.

8. Véase, De la Puebla Pinilla, A., en “El nuevo régimen de reducción de jornada y suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo”, *Labor*, Vol. 3, número extraordinario, “La reforma laboral de 2021”, p. 84.

Medidas de flexibilidad interna, a través de ERTE, que permitirán mejorar no solo la protección del empleo, evitando su destrucción, sino también reforzar las posibilidades de empleabilidad de los trabajadores (*upskilling*, como lo denomina la Exposición de Motivos) a través de la necesaria inversión de la formación profesional.

Se ha diseñado, de este modo, con una estructura más lógica, tratando de una manera más sistemática y ordenada, la reducción o suspensión de manera conjunta que, a su vez, se subdivide en las tres opciones que hemos adelantado: por causas ETOP, por fuerza mayor –recogiendo aquí su regulación actualizada y no con una remisión al art. 51.7 ET– y utilizando la novedosa vía del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo⁹. Sea como fuere, han venido a recoger parte de la experiencia y la regulación de los ERTEs COVID –la experiencia que en la legislación laboral de emergencia durante el estado de alarma se ha producido con los ASDE, dando importancia a esta figura de flexibilización interna como medio o forma de mantenimiento del empleo–.

En síntesis, con el RD-ley 32/2021 se incorporan medidas para facilitar el uso de los expedientes temporales de empleo, como fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones¹⁰ –artículo 47 ET–.

2. MODIFICACIONES EN LA REGULACIÓN DEL ERTE EN EL ARTÍCULO 47 ET¹¹

Como es conocido, nuestro Estatuto de los Trabajadores prevé desde hace mucho tiempo, y al margen de la legislación de la pandemia¹², la suspensión o reducción de

9. Vid. en este sentido, con profundidad y desarrollo más completo y exhaustivo: Rojo Torrecilla, E.: “Estudio de la reforma laboral de 2021 (VI). La apuesta reforzada por la flexibilidad interna y la incorporación de medidas adoptadas durante la pandemia. Expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) y nuevo Mecanismo RED”. *El Blog de Eduardo Rojo*, enero/2022.

10. Martínez Barroso, R. “El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios”, *AEDTSS Briefs*, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/5_EL-REFUERZO-DE-LA-FLEXIBILIDAD-INTERNA-Y-LA-FORMACION-A-TRAVES-DE-LOS-ERTE-CLASICOS.pdf. “En lugar de modificar el despido, la reforma ha preferido incentivar las reducciones temporales de jornada y las suspensiones contractuales a través de los ERTE, facilitando a las empresas soluciones no traumáticas en términos de empleo ante coyunturas macroeconómicas adversas y de reestructuración sectorial, al tiempo que refuerza las prestaciones sociales e intenta cubrir las necesidades de recualificación y transición profesional de las personas trabajadoras afectadas. Esto es, medidas temporales de regulación de empleo que apuestan por la viabilidad de las empresas y la protección del capital humano”.

11. Este epígrafe es deudor en parte importante de nuestro trabajo Vila Tierno, F. y Álvarez Cortés, J.C. “Los expedientes temporales de regulación de empleo”, en *Temas Laborales*, número extraordinario monográfico de 2022.

12. Vid. Cavas Martínez, F. (2020). “Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19: Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia”. *Revista de*

jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción. –art. 47 ET y RD 1483/2012, fundamentalmente¹³–. Dicha regulación venía permitiendo que por aquellas causas –las mismas que, por ejemplo, para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo–, se pudieran hacer tales suspensiones o reducciones de jornada con los límites previstos en ella¹⁴ –al margen de la reducción unilateral del art. 41 ET cuando reúna los requisitos de ese precepto¹⁵–.

Se trata de un mecanismo clásico de flexibilidad interna que puede ser usado para evitar la destrucción de empleo en los casos de crisis económica¹⁶. Son modificaciones (la suspensión o la reducción de la jornada) con base en causas de “carácter temporal o coyuntural y con perspectivas de recuperación, pues, de otro modo, sólo servirían para alargar la agonía de las empresas”¹⁷. Este concepto de flexibilidad interna, viene unido al de adaptabilidad y, por consiguiente, a la idea de cambio, en este caso, estrictamente temporal en orden a la evitación de destrucción del empleo, lo esencial es que el mismo permita al empleador atender a necesidades estrictamente empresariales a través de una herramienta de naturaleza estrictamente laboral¹⁸. En definitiva, favorecer la continuidad del empleo ante coyunturas negativas

Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS), (1), 103-145. <https://doi.org/10.24310/rejls.vi1.10414>

13. Vid. Guerrero Vizuete, E., “Los acuerdos de reestructuración empresarial basados en la suspensión consensuada del contrato de trabajo”, *Trabajo y Derecho*, N.º 26, febrero 2017, Wolters Kluwer (formato online).

14. García Murcia, J., “La reducción de la jornada de trabajo: fórmulas legales y vías de control judicial”, *Actualidad Laboral*, N.º 6, junio 2013, tomo 1, Wolters Kluwer (formato online).; Guerrero Vizuete, E., op. cit.

15. Vid. García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., “Reducción de jornada impuesta unilateralmente por la empresa ¿novación del contrato a tiempo completo en otro a parcial o modificación sustancial ex art. 41 ET?”. *Revista de Información Laboral* num.6/2014 (formato online: BIB 2014\2867); De Castro Marín, E., “La reducción definitiva de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas organizativas o de producción”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, num.9/2013 (formato online BIB 2013\13).

16. Carrillo Márquez, D., “Suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales y fraude de ley”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164/2014 (formato online: BIB 2014\1069), Salguero Molina, P., “La reducción de jornada como medida para evitar despidos, tras la reforma laboral de 2012”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3/2013, (formato online: BIB 2013\1244).

17. Así lo indica Roqueta Buj, R., “Suspensión y reducción de jornada: ámbito privado y administraciones públicas”, en AAVV, *Reforma laboral 2012. Últimas reformas laborales y de Seguridad Social*, Dir Alfonso Mellado, C.L., Tirant lo blanch, Valencia, 2013, P. 163.

18. Vid. en sentido general respecto a su concepto, v.gr. Gárate Castro, J., “Las medidas de flexibilidad interna en la reforma laboral de 2012, en especial las relacionadas con la clasificación profesional, la determinación del contenido de la prestación de trabajo objeto del contrato y la movilidad funcional”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm.8/2013 (formato on line: BIB 2013\2368).

“al rebajarse el coste que para las empresas comporta mantener vivo un contrato estable, por más que este se encuentre total o parcialmente inactivo”¹⁹.

A grandes trazos, y por simplificar, el ERTE es una herramienta que, a diferencia de otras medidas de flexibilidad interna o externa, no distingue entre procedimiento colectivo e individual (como ocurre en las modificaciones sustanciales, en los traslados o en los despidos colectivos), sino que únicamente contempla una ordenación común en la que intervienen los representantes de los trabajadores, con el desarrollo de un expediente simplificado respecto al citado ERE –con quién ha compartido regulación reglamentaria²⁰ y en el que tenía especial transcendencia la participación, de una parte, de la comisión *ad hoc* del art. 41.4 ET²¹, y de otra, la existencia de buena fe negocial en todo el proceso²².

Además, la adopción de estas medidas no exige de una autorización administrativa previa, salvo Fuerza Mayor (algo que la reforma no ha modificado). Ello supone que el empresario tiene la opción de implantar esas decisiones, aún sin acuerdo con los representantes de los trabajadores, pero con la exigencia, como no puede ser de otro modo, de una proporcionalidad en el uso y justificación de esta aunque con cierta dosis de flexibilidad, como reconoce el Tribunal Supremo “Las medidas de flexibilidad interna, aunque se apoyan en criterios interpretativos respecto a las medidas adoptadas en procesos extintivos, cuenta con un mayor margen de actuación empresarial, al entenderse que estos procesos son menos drásticos que los que pongan fin a las relaciones laborales”²³.

La primera cuestión que no es baladí y se refiere a la inversión de términos en la denominación del precepto, poniendo por delante de la “suspensión del contrato” a la “reducción de jornada”, lo que supone sin duda no solo poner en pie de igualdad ambas, sino algo más: la preferencia por la reducción de jornada. Esta sería la medida preferente, si no fuese posible o viable aplicarla se acudiría a la reducción de la jornada.

Esta finalidad flexibilizadora también se observa en las reducciones de jornada sustentada en las mismas causas empresariales por cuanto va a expresar un claro ajuste de las prestaciones laborales afectadas y en consecuencia permite una reorganización y una evidente reordenación de estas. A estos efectos, se entiende por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70% de la jornada de

19. Vid. Cavas Martínez, F. en “El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad en el empleo en la nueva reforma laboral de 2021”, NET21 n. 8, enero 2022, <https://www.net21.org/el-refuerzo-de-los-erte-como-garantia-de-estabilidad-del-empleo-en-la-nueva-reforma-laboral-2021/>

20. García Murcia, J., op. cit.

21. Benavente Torres, I., “Los litigios en torno a las comisiones ad hoc del art. 41.4 ET”, Trabajo y Derecho, N.º 11, noviembre 2015, Editorial Wolters Kluwer (formato online).

22. STS núm. 843/2018, de 18 septiembre.

23. STS núm. 330/2021, de 17 de marzo.

trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual y conlleva, como no podría ser de otra manera, la reducción proporcional del salario. Por su parte, la suspensión del contrato por causas empresariales permite al empresario prescindir del cumplimiento de ciertas prestaciones laborales de forma temporal, por motivos de conveniencia o de oportunidad, y con base a causas tasadas, aunque amplias, lo que sin duda es una decisión que responde a la finalidad de reordenación de las prestaciones laborales que es propia de la denominada flexibilidad interna.

En cualquier caso, la regulación durante la pandemia, desde el RD-ley 8/2020, y sus sucesivas prórrogas, ha servido como campo de pruebas previo a la adopción de esta regulación en el RD-ley 32/2021, en la mejora de la redacción del art. 47 ET.

2.1. ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (en adelante, ETOP)

Como acaba de decirse, la reconfiguración supone la toma en consideración de forma conjunta tanto de la reducción como de la suspensión de jornada, haciendo hincapié en la temporalidad de las causas ETOP (se incluyen en el apartado 1 del 47, lo que antes se incluía también en el apartado 3).

2.1.1. Causas

Las causas que justifican estas medidas son las económicas, técnicas, organizativas o de la producción, la forma de justificarlas es en sentido parecido que, en el despido colectivo, quizás, porque estas situaciones modificativas, conllevan un coste económico para el Estado a través de prestaciones de la Seguridad Social.

La norma, pues, indica cuando se entiende que concurren este tipo de causas. Pero algunas de tales causas son de una vaguedad e indefinición importante, lo que permite una flexibilidad enorme en el poder de dirección y organización del empresario, con más flexibilidad que en redacciones anteriores de la norma para que el empresario pueda llevar a cabo la medida. Ello no ha sido corregido en la Reforma de 2021²⁴.

2.1.2. Procedimiento

Se mantiene básicamente el procedimiento respecto de la reducción o suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (en adelante, ETOP) regulado anteriormente. Lo único es que teniendo en cuenta que cuanto antes se

24. Véase, por todos, Álvarez Cortés, J.C. y Caneda, B., “La ‘inseguridad jurídica’ en las medidas de flexibilidad interna”, en AAVV *Flexibilidad interna como alternativa y solución en el nuevo derecho del trabajo garantista*, Dir. Monereo, Gorelli y Almendros, Laborum, Murcia, 2022.

apliquen las medidas temporales para afrontar las situaciones de crisis y más flexible sea la aplicación de las mismas, más eficacia podrá conseguirse en el resultado previsto con su adopción. Y es en ello en lo que se ha actuado en la modificación del art. 47 ET por el RD-ley 32/2021²⁵.

Sigue las reglas generales establecidas en el propio art. 47.1 ET y en los artículos 16 y siguientes del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

El procedimiento será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión.

A) Inicio

Se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días, pero por agilizar, el RD-ley 32/2021 lo reduce a siete en empresas de menos de 50 trabajadores. El resto de cuestiones se mantiene como estaban, recuérdese que en este inicio del procedimiento la empresa debía aportar a la autoridad laboral una numerosa documentación que varía según la causa aducida y que la ITSS se introducía como garante en el proceso.

B) La comisión negociadora

Como se recuerda, la comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas. Las modificaciones, nuevamente, tienen que ver con la celeridad y la agilización de los plazos, así el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de 5 días (antes de la reforma del RD-ley 32/2021 eran 7 días) desde la fecha de la referida comunicación, o 10 días (antes de la reforma del RD-ley 32/2021 eran 15 días) cuando alguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores²⁶. Podría haberse introducido, para sustituir a las comisiones “ad hoc” a las que se refiere el artículo 41 ET, la representación de los trabajadores a través de comisiones sindicalizadas, esto es, sistema establecido en el art. 23 del RD-ley 8/2020 pero se ha desaprovechado esta oportunidad para ello.

25. Falguera Baró, M.A. “Guía/esquema de las reforma laboral de 2021”, Ciudad del Trabajo, número 50/ enero 2022, págs. 279 y ss.

26. Beltrán de Heredia, I. “Nueva reforma laboral 2021 (RD-ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (art. 47 ET) y ERTE Mecanismo RED (art. 47.bis ET)”, Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2021; Martínez Barroso, R. op. cit.

C) El período de consultas

Durante el período de consultas, el único cambio destacable es que la autoridad laboral ya no tiene que dar traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, aunque sí tendrá que recabar informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del período de consultas (que, como se recuerda, deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días).

El hecho de que la autoridad laboral no dé traslado al Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SEPE) no es importante ya que se adopta una nueva DA 26 ET en la que se indica que la Tesorería General de la Seguridad Social, el SEPE y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tendrán acceso, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan, a todos los datos necesarios para la identificación y tipo del ERTE:

- de la empresa y de los trabajadores incluidos en el expediente,
- el tipo de medida a aplicar,
- el periodo en que se puede producir la suspensión o la reducción de jornada y el porcentaje máximo de reducción o período máximo de suspensión respecto de cada trabajador.

D) Comunicación de decisión

Tras la finalización del período de consultas, se añaden matices clarificadores en la norma ya que el empresario notificará a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la reducción (que antes no se indicaba expresamente) o la suspensión de contratos. Además, se añade que en dicha notificación se deberá incluir el periodo dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de estas medidas.

Y se recuerda que se produce caducidad del procedimiento si en el plazo de 15 días desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, el empresario no hubiera comunicado a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos o, ahora también se incluye, sobre la reducción temporal de jornada.

E) Impugnación de la decisión empresarial

Se introduce un leve cambio, más que nada para aclarar. Me explico, en caso de que la jurisdicción social encuentre injustificada la decisión adoptada por el empresario en el ERTE ETOP, la sentencia declarará la inmediata reanudación del contrato de trabajo y condenará al empresario al pago de los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta la fecha de la reanudación del contrato o, en su

caso, al abono de las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestaciones por desempleo durante el período de suspensión, sin perjuicio del reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas, así como del ingreso de las diferencias de cotización a la Seguridad Social. Esto último es lo que se introduce a modo aclaratorio “el ingreso de las diferencias por cotización”, anteriormente, no se recogía la devolución de las diferencias de cotización, pero era algo que se solicitaba en las demandas por ser lógico y coherente con la denegación de la medida adoptada.

2.1.3. *Prórroga*

Como interesante novedad, el art. 47.4 ET recoge que en cualquier momento durante la vigencia de la medida de reducción de jornada o suspensión de contratos basada en causas económicas, organizativas, técnicas o de producción, la empresa podrá comunicar a la representación de las personas trabajadoras con la que hubiera desarrollado el periodo de consultas una propuesta de prórroga de la medida.

La necesidad de esta prórroga deberá ser tratada en un periodo de consultas de duración máxima de cinco días, y la decisión empresarial será comunicada a la autoridad laboral en un plazo de siete días, surtiendo efectos desde el día siguiente a la finalización del periodo inicial de reducción de jornada o suspensión de la relación laboral.

Salvo en los plazos señalados, resultarán de aplicación a este periodo de consultas las previsiones de procedimiento señaladas anteriormente (lo que *contrario sensu* significa también la participación de la Inspección de Trabajo como garante del proceso).

2.1.4. *La formación durante los ERTE*

Ha de recordarse que el art. 5 del RD 694/2017, de 3 de julio, que desarrolla la Ley 30/2015 del sistema de formación para el empleo en el ámbito laboral, indica que podrán participar en acciones formativas de este tipo, entre otros, “los trabajadores afectados por medidas temporales de suspensión de contratos por causas ETOP”.

En la redacción anterior al RD-ley 32/2021, el apartado 4 del art. 47 indicaba que durante el período de ERTE el empresario podría promover acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar la polivalencia o incrementar su empleabilidad. Ello ya no se recoge en el art. 47 ET, pero, sin duda, la formación continua anudada a los ERTE aunque de una forma distinta:

- De un lado, la nueva DA 25 ET hace referencia a las acciones formativas en los ERTE²⁷, indicando que durante el ERTE las empresas podrán desarrollar acciones formativas para los trabajadores afectados con el objeto de mejorar sus competencias profesionales y empleabilidad, priorizando acciones formativas que:
 - atiendan a las necesidades formativas “reales” de las empresas y de los trabajadores, incluyendo “las vinculadas a la adquisición de competencias digitales,
 - así como aquéllas que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa.

Tales acciones formativas lo serán a través de cualquier tipo de formación prevista en la LO 5/2002 de cualificaciones y formación profesional o en la Ley 30/2015 que regula el sistema de formación profesional.

Las acciones formativas deberán realizarse durante la aplicación de suspensión o reducción de jornada del ERTE o en tiempo de trabajo, pero respetando los descansos establecidos y el derecho a la conciliación de la vida familiar con la laboral.

- De otro lado, la nueva DA 44 LGSS vincula la formación a la obtención de exenciones a la cotización durante el ERTE, para los casos de ERTE ETOP o del mecanismo RED sectorial.

En cualquier caso, la formación adquiere un protagonismo indiscutible ya que el objetivo es que los procesos de reestructuración sirvan no solo como instrumento de flexibilidad sino también de estabilización en el empleo mejorando las aptitudes laborales de los trabajadores, recualificándolos y adquiriendo o desarrollando nuevas competencias digitales²⁸.

2.2. ERTE por fuerza mayor temporal

2.2.1. *Fuerza mayor (FM) temporal*

De todos es conocido, que esta situación ya se encontraba prevista antes de la reforma (situación ya prevista anteriormente), de hecho, el art. 45 i) ET enumera a la “fuerza mayor temporal” como causa de suspensión del contrato de trabajo.

27. Tanto del art. 47 como del art. 47 bis del ET.

28. En sentido parecido, De la Puebla Pinilla, A. en “El nuevo régimen de reducción de jornada y suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo”, Labor, Vol. 3, número extraordinario, “La reforma laboral de 2021”, p. 92.

El art. 47.5 ET incluye, además de la suspensión, la reducción de jornada y se remite al procedimiento de 51.7 ET y su desarrollo reglamentario. Pero se entretiene dicho apartado en regular las reglas básicas del procedimiento

El problema aquí sigue siendo la falta de definición del concepto, pues tampoco se hacía anteriormente²⁹. Debe recordarse, en este punto, que para reconocer la existencia de fuerza mayor³⁰ tiene que acaecer una circunstancia externa, involuntaria, imprevisible o inevitable al círculo de empresa, esto es, que sea del todo punto independiente de la voluntad del empresario³¹ —y ello en el marco de una relación laboral—, siempre que se constate la falta de conexión entre el origen del daño y la actuación imputable o directa de la empresa³². No es necesario, en este caso, la concurrencia de otra causa distinta o de la situación de crisis, basta la fuerza mayor³³.

Lo cierto es que en esta situación se producen una regulación completa del procedimiento y de la resolución y sus efectos. El procedimiento se inicia mediante

29. Esta afirmación en genérico, que tampoco encuentra una regulación concreta en el art. 47 ET, ni en el RD 1483/2012.

30. Partiendo del concepto del art. 1105 CC, vid. de manera breve: Díez-Picazo Giménez, G. (2011) “Artículo 1105. Fuerza mayor” en VV.AA. (Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno dir.), *Código civil comentado*, Vol. 3 (Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444)), págs. 120 y ss.

31. STS de 8 de Julio de 2008: “En realidad, la fuerza mayor se configura en nuestro Derecho, en el marco de la regulación de los efectos del incumplimiento del contrato (artículo 1105 del Código Civil en relación con los artículos 1101, 1102, 1103 y 1104 del mismo texto legal) como un criterio de imputación (fuerza mayor y caso fortuito frente a culpa y dolo). Aquí, sin embargo, no opera la fuerza mayor dentro del enjuiciamiento de un incumplimiento contractual, sino en la apreciación sobre la existencia de una causa de extinción del contrato de trabajo, en la que ese elemento debe valorarse a efectos de determinar la norma aplicable... un supuesto de fuerza mayor, que, según la doctrina de la Sala Primera de este Tribunal, debe entenderse como “en una fuerza superior a todo control y previsión”, ponderándose a efectos de su concurrencia “la normal y razonable previsión que las circunstancias exijan adoptar en cada supuesto concreto” (sentencias de 20 de julio de 2000 y 18 de diciembre de 2006).

De esta forma, la fuerza mayor, a los efectos de los artículos 49.h) y 51.12 del Estatuto de los Trabajadores, ha de entenderse como la actuación de causa extraña al empresario, es decir, como la acción de elementos exteriores que quedan fuera de su esfera de control y en este sentido tiene interés el artículo 76 de la LCE, que vinculaba la fuerza mayor con fenómenos como el incendio, la inundación, el terremoto, la explosión, las plagas del campo, la guerra, el tumulto y las sediciones, aparte de la fórmula general que hace referencia a los acontecimientos de carácter extraordinario que “no hayan podido preverse o que, previstos, no se hayan podido evitar”.

32. Vila Tierno, F. “Algunas referencias al RDL 18/2020. En especial a los conceptos de fuerza mayor total y parcial”, *Revista de estudios jurídicos*, Nº 20, 2020, págs. 577 y ss.

33. De manera extensa: Mendoza Navas, N. “La fuerza mayor como causa de despido” en *Revista de derecho social*, Nº 63, 2013, págs. 73 y ss. Poquet Catalá, R. “Los últimos perfiles de la fuerza mayor como causa extintiva». *IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, [en línea], n.º 2, 2015, pág. 18, vid. en <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/288729> [Consulta: 21-05-2020]; Cavas Martínez, F. “El despido por fuerza mayor” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº. Extra 19, 1996, pp. 203 y ss. Areta Martínez, M. “El despido por fuerza mayor: La extinción del contrato de trabajo” AA. VV. (coord. por Sempere Navarro, Martín Jiménez), págs. 967 y ss.

solicitud de la empresa dirigida a la autoridad laboral competente, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios, y simultánea comunicación a la representación legal de las personas trabajadoras.

Y la resolución final, tras la constatación de la existencia de fuerza mayor temporal como causa motivadora de la suspensión o reducción de jornada de los contratos de trabajo³⁴, será de la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas. La resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud (se entiende autorizado si no se emite resolución expresa en dicho plazo) limitándose, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la reducción de las jornadas de trabajo o suspensión de los contratos de trabajo.

También es importante recordar que la resolución ha de recoger el período de efectos y duración del ERTE de forma certera, pues se indica expresamente que en la resolución ha de indicarse la fecha en que los efectos de la misma se agotan (y por supuesto la fecha del hecho causante de la fuerza mayor que la genera y produce el inicio de sus efectos). El problema será en los casos de “silencios positivos” en tales casos, probablemente, las fechas de efectos coincidan con las solicitudes de los empresarios afectados por la fuerza mayor temporal.

Finalmente, en el supuesto de que se mantenga la fuerza mayor a la finalización del período determinado en la resolución del expediente, se deberá solicitar una nueva autorización.

2.2.2. Nueva situación: fuerza mayor temporal por impedimentos o limitaciones

Se distingue, en este sentido, entre fuerza mayor propia, cuando nos referimos a hechos catastróficos como hemos visto en el apartado anterior e impropia, en referencia a simples hechos imposibilitantes, pero no necesariamente catastróficos como vamos a ver en éste. En este contexto se reconoce el llamado “*factum principis*”³⁵ o decisión de los poderes públicos imprevisible o inevitable³⁶, que recae sobre una empresa e impide la continuación de la prestación laboral³⁷ o “decisión del poder o de la autoridad

34. La autoridad laboral solicitará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social antes de dictar resolución. Este informe deberá pronunciarse sobre la concurrencia de la fuerza mayor.

35. Ramírez Barroso, R. op. cit.: “En la nueva versión del art. 47 ET, apartados 5 y 6, se ha incorporado, con carácter permanente, la regulación de los ERTE por fuerza mayor temporal, tanto en su versión prototípica como en los supuestos de *factum principis*.”

36. Vila Tierno, F. “Algunas referencias...” op. cit.

37. STS de 5 de julio de 2000: “derivada de un acto de autoridad («*factum principis*»); Poquet Catala, R. op. cit. pág. 6: “La doctrina ha clasificado las causas de fuerza mayor en dos grupos, diferenciando entre fuerza mayor propia e impropia, recogidas en los arts. 49.1 h) y 49.1 i) ET, respectivamente. Constituyen supuestos de fuerza mayor propia los acontecimientos extraordinarios, imprevisibles

pública imprevisible o/e inevitable que recae en la esfera de la autonomía privada dificultado o imposibilitando el cumplimiento de las obligaciones por las partes”³⁸.

Como se conoce, durante la pandemia, la regulación normativa de los ERTE sí concretaba que se entendía por fuerza mayor en ese contexto³⁹ y, a partir de la misma se regularon diferentes situaciones. Entre ellas, la de fuerza mayor temporal debida a impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada, a consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad competente, incorporando como mecanismo disponible, con un carácter permanente, el régimen de los expedientes de regulación temporal de empleo a causa de la COVID-19, que han demostrado su eficacia para preservar empleo y tejido empresarial ante contingencias y escenarios de crisis, desde la regulación de esta situación con el RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre de 2020.

Se desarrolla la reducción temporal de jornada o la suspensión de contratos, por causa de fuerza mayor temporal debida a impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada, a consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad competente, incorporando como mecanismo disponible, con un carácter permanente, el régimen de los expedientes de regulación temporal de empleo a causa de la COVID-19, que han demostrado su eficacia para preservar empleo y tejido empresarial ante contingencias y escenarios de crisis, desde la regulación de esta situación con el RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre de 2020.

La modificación del artículo 47.6 ET, que incorpora de manera permanente estas figuras⁴⁰, no resultará de aplicación hasta el 1 de marzo de 2022 a los expedientes de regulación temporal de empleo por impedimentos o limitaciones a la

e inevitables como los incendios, inundaciones, terremotos, explosiones, plagas del campo, guerras, tumultos o sediciones. Por su parte, se configuran como causas de fuerza mayor impropia los sucesos susceptibles de quedar incluidos en la expresión “cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario, que los contratantes no hayan podido prever o que, previstos, no se hayan podido evitar” es decir, todos aquellos supuestos que, no siendo técnicamente causas concretamente constitutivas de la fuerza mayor propia, por asimilación legal, pueden provocar de igual forma la extinción del contrato de trabajo y ello no por semejanza del hecho causante e incluso de la naturaleza del mismo en relación con aquellos hechos constitutivos de dicha fuerza mayor, sino por la semejanza de sus efectos. La diferencia entre ambos tipos de fuerza mayor se halla en que mientras la propia conoce como causa hechos ajenos a la voluntad de las partes contratantes, en la impropia, se observa una cierta intervención indirecta de esa voluntariedad en virtud de actuaciones impremeditadas, pero no ajenas a la voluntad, o bien la intervención de terceros ajenos a la relación de trabajo, como puede ser por la decisión de poderes públicos que impide la continuidad en la prestación de servicios laborales”.

38. Martínez Barroso, R. “El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios”, p. 3 *AEDTSS Briefs*, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/5_EL-REFUERZO-DE-LA-FLEXIBILIDAD-INTERNA-Y-LA-FORMACION-A-TRAVES-DE-LOS-ERTE-CLASICOS.pdf

39. Vila Tierno, F. “Algunas referencias...” op. cit.

40. Cavas Martínez, F.: “El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad del empleo en la nueva Reforma Laboral 2021”. *NET21*, enero/2022; Falguera Baró, M.A. op. cit.

actividad normalizada derivados de las restricciones vinculadas a la COVID-19, ya que la DA 3ª del RD-ley 32/2021 establece que la tramitación y efectos de los expedientes de regulación temporal de empleo por impedimento o por limitaciones a la actividad normalizada vinculadas a la COVID-19, regulados en el artículo 2 del Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, seguirán rigiéndose por lo dispuesto en dicho precepto hasta el día 28 de febrero de 2022. La DA 1ª del RD-ley 2/2022, de 22 de febrero, viene a prorrogar diversos ERTE (los recogidos en los artículos 1, 2 y 5.1 del RD-ley 18/2021) de forma automática hasta el 31 de marzo de 2022 aplicándoseles las reglas previstas en dicho RD-ley de 2021, incluida la prórroga de las medidas de protección por desempleo de los trabajadores como forma de transición a los nuevos expedientes de regulación temporal de empleo previstos en los artículos 47 y 47 bis del ET.

La fuerza mayor temporal podrá estar determinada por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública.

Será de aplicación el procedimiento previsto para los expedientes por causa de fuerza mayor temporal que hemos visto anteriormente, con las siguientes particularidades:

- A. La solicitud de informe a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social por parte de la autoridad laboral no será preceptiva. El hecho de que no sea preceptiva no supone que la autoridad laboral no pueda solicitar un informe sobre la misma. De hecho, mucho nos tememos, que se hará así, aunque, por la sobrecarga de trabajo de la Inspección de Trabajo, ésta tenga complicado emitir los informes en un tiempo acorde con los plazos establecidos en este procedimiento, pero es solo una valoración personal. Es de desear que la Inspección de Trabajo se encuentre suficientemente dotada de efectivos para llevar a cabo sus funciones.
- B. La empresa deberá justificar, en la documentación remitida junto con la solicitud, la existencia de las concretas limitaciones o del impedimento a su actividad como consecuencia de la decisión de la autoridad competente.
- C. La autoridad laboral autorizará el expediente si se entienden justificadas las limitaciones o impedimento referidos.

En estos supuestos, la posible impugnación distinguirá si la resolución administrativa constata o no la existencia de fuerza mayor:

- En el caso de que la resolución administrativa no reconociese la fuerza mayor, se podrá impugnar la resolución administrativa mediante la modalidad de impugnación de actos administrativos en materia laboral (art. 151

LRJS)⁴¹. La legitimación correspondería al empresario, aunque no puede negarse esa opción a los trabajadores directamente interesados.

- En el caso de que la resolución administrativa reconociese la fuerza mayor, bien se puede debatir únicamente su constatación (ya sea expresa o por silencio administrativo) por el mismo cauce anterior, estando, en tales casos legitimados, tanto la representación legal de los trabajadores como los trabajadores afectados, que serán parte en el procedimiento; y ello, sin perjuicio de la legitimación para iniciar el correspondiente procedimiento individual de impugnación.

Cuando no se discuta la existencia de la fuerza mayor, sino las decisiones empresariales posteriores, la impugnación será vía conflicto colectivo con impugnación por los representantes de los trabajadores, siempre que se superen los umbrales previstos para el despido colectivo; o bien a través de la modalidad procesal de impugnación de suspensión del contrato y reducción de jornada, cuando la decisión individual verse sobre dichas cuestiones. En los mismos términos expuestos en el art. 47.3 ET. Ello debe entenderse así en tanto que, a pesar de que en la regulación específica de la fuerza mayor, no existe una remisión a dicho precepto —se entiende porque en el caso del ETOP se impugna directamente la decisión estrictamente empresarial basada en una causa empresarial—, aquí existe una causa que escapa de la voluntad de la empresa, pero, en la medida que finalmente ésta es la que decide una actuación de flexibilidad interna que puede repercutir al trabajador —por ejemplo, ser afectado o desafectado de un ERTE—, hay que abrir una vía procedimental para canalizar su pretensión, que no será otra, que las ya comentadas⁴².

2.2.3. Normas comunes ERTE ETOP y FM

Se toma como modelo regulador experiencias ya adoptadas en normas precedentes⁴³:

- A. En la medida en que ello sea viable, se priorizará la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos.

La reducción de jornada podrá ser de entre un diez y un setenta por ciento y computarse sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual.

41. Al efecto, existen dudas sobre la necesidad de agotar la vía administrativa previa (ex art. 69.1 LRJS), que parece que sí es preciso (vid. al respecto: Areta Martínez, M., La impugnación de la resolución administrativa que niega la existencia de fuerza mayor vinculada a la COVID-19 a efectos de un ERTE. Sentencia núm. 102/2020, de 8 de mayo, del JS núm. 3 de Burgos”, *Anuario de 2020 de Jurisprudencia Laboral* (Estudio de 100 casos relevantes), 2021, págs. 859 y ss.

42. Martín Hernández-Carrillo, M. y Vila Tierno, F. op. cit.

43. Ramírez Barroso, R. op. cit.; Cavas Martínez, F.: “El refuerzo...” op. cit.

- B. La empresa junto con la notificación, comunicación o solicitud, según proceda, a la autoridad laboral sobre su decisión de reducir la jornada de trabajo o suspender los contratos de trabajo, comunicará determinados datos necesarios para la resolución⁴⁴, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan.
- C. 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 medidas⁴⁵.
- D. Dentro del periodo de aplicación del expediente no podrán realizarse horas extraordinarias, establecerse nuevas externalizaciones de actividad⁴⁶, ni concertarse nuevas contrataciones laborales. Aunque estas limitaciones o prohibiciones tienen excepciones:
- De un lado, no resultará de aplicación en el supuesto en que las personas en suspensión contractual o reducción de jornada que presten servicios en el centro de trabajo afectado por nuevas contrataciones o externalizaciones no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas, previa información al respecto por parte de la empresa a la representación legal de las personas trabajadoras.
 - De otro lado, el nuevo art. 11.4 f) ET establece que las empresas que estén aplicando algunas de las medidas de flexibilidad interna reguladas en los artículos 47 y 47 bis podrán concertar contratos formativos siempre que las personas contratadas bajo esta modalidad no sustituyan funciones o tareas realizadas habitualmente por las personas afectadas por las medidas de suspensión o reducción de jornada.
- E. Como dijimos, la DA 25 ET, introducida por el RD-ley 32/2021, indica que, durante las reducciones de jornada de trabajo o suspensiones de

44. Dichas comunicaciones comprenderán:

- El período dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de la suspensión del contrato o la reducción de jornada.
- La identificación de las personas trabajadoras incluidas en el expediente de regulación temporal de empleo.
- El tipo de medida a aplicar respecto de cada una de las personas trabajadoras indicándose bien el porcentaje máximo de reducción de jornada o bien el número máximo de días de suspensión de contrato a aplicar.

45. Informando previamente de ello a través de los procedimientos automatizados que establezcan dichas entidades:

- a la representación legal de las personas trabajadoras
- y previa comunicación a la entidad gestora de las prestaciones sociales SEPE o ISM
- y, conforme a los plazos establecidos reglamentariamente, (3 días naturales) a la TGSS,

46. De hecho, se añade un nuevo apartado 20 al artículo 8 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, por el RD-ley 32/2021, que entiende como muy grave establecer nuevas externalizaciones de actividad incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 47.7.d) del ET.

contratos de trabajo por ERTE, las empresas podrán desarrollar acciones formativas para cada una de las personas afectadas, que tendrán como objetivo la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras.

Necesaria formación y recualificación a causa del importante proceso de digitalización y cambio tecnológico que se observa en el sistema productivo y que exige disponer de instrumentos que acompañen la transición y recualificación de las personas trabajadoras en los sectores o empresas más afectados, con el fin de que puedan disponer de las capacidades necesarias para ocupar los puestos de trabajo de calidad que se crearán en el futuro, tanto en sus empresas actuales o en otras empresas o ámbitos de actividad.

Una formación que ha de estar relacionada bien con las necesidades reales de las empresas en situación de crisis (se trata de mejorar las aptitudes para incrementar la productividad de los trabajadores); bien con la adquisición de competencias digitales (téngase en cuenta la introducción masiva y veloz de las nuevas tecnologías en la mayor parte de los procesos productivos lo que exige nuevas cualificaciones de los trabajadores); o bien, finalmente, cualquier otra formación que permita recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa (probablemente, cuando la empresa ofrezca este tipo de formación, salvo que sea una empresa que esté cambiando sus objetivos, productos o servicios que ofrece, lo más seguro es que sea porque tenga dudas de la continuidad de los trabajadores en la misma).

En estos casos, las empresas que desarrollen las acciones formativas a favor de las personas afectadas por el expediente de regulación temporal de empleo *ex* DA 25 ET, tendrán derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada, en los términos previstos en el artículo 9.7 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral⁴⁷.

47. El diseño de los ERTE en la reforma laboral producida por el RD-ley 31/2021 está muy ligada a la formación profesional de los trabajadores para su reinserción bien dentro del organigrama de la plantilla de la empresa afectada por el ERTE o bien para cubrir necesidades de recualificación y procesos de transición profesional de las personas trabajadoras en otros sectores que demanden mano de obra.

Modificación de la Ley 30/2015 del Sistema de Formación Profesional

Se introduce un nuevo apartado 7 en el artículo 9 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, que incrementa el crédito para la financiación de acciones formativas en el caso de los ERTE o del mecanismo RED, en función del tamaño de la empresa:

- a) De 1 a 9 personas trabajadoras: 425 euros por persona.
- b) De 10 a 49 personas trabajadoras: 400 euros por persona.

- F. Otros, como beneficios en materia de cotización y protección por desempleo, los veremos más adelante. La nueva regulación de los ERTE incentiva el acceso a ayudas públicas y a la formación de las personas durante el ERTE. A pesar de haberse incluido en la regulación “mejoras” obtenidas de la experiencia durante la pandemia, en el futuro los ERTE se usarán como instrumentos preferentes en la gestión de las crisis coyunturales con éxito en la medida en que las empresas adopten una nueva “cultura” por la que se elija de forma preferente este medio antes que los despidos por causas económicas⁴⁸.

3. EL MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN EN EL EMPLEO (NUEVO ARTÍCULO 47 BIS)

También fruto del diálogo social exportado al 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, es, la adopción de un art. 47 bis, por el que se crea el “Mecanismo Red”⁴⁹ de flexibilidad y estabilización en el empleo en casos de crisis cíclicas o sectoriales. Ello muestra lo que decíamos anteriormente sobre el enorme valor que se ha dado a la figura de flexibilización interna como medio o forma de mantenimiento del empleo, ahora estableciendo “un mecanismo permanente de flexibilidad interna y recualificación de trabajadores en transición”.

Los ERTE pese a la complicación inicial en la gestión, que nunca fue fácil, se han demostrado eficaces medidas de flexibilidad interna de las empresas para el ajuste temporal de su actividad, de cara a evitar la destrucción de empleo (durante la crisis sanitaria). Por ello, dicha regulación durante la pandemia, desde el RD-ley 8/2020, y en sus sucesivas prórrogas, ha servido como campo de pruebas previo a la adopción de esta regulación en el RD-ley 32/2021, pues ha proporcionado una base para avanzar hacia un mecanismo permanente, que garantice un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda, alternativo a la alta temporalidad y a la elevada oscilación del empleo y que

c) De 50 o más personas trabajadoras: 320 euros por persona.

Este incremento de crédito será financiado a través de una aportación extraordinaria al presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal.

Las cuantías establecidas anteriormente podrán, en su caso, ser actualizadas reglamentariamente.

Asimismo, para el seguimiento de esta formación, el Servicio Público de Empleo Estatal será reforzado en sus unidades provinciales de gestión.

48. De la Puebla Pinilla, A. en “El nuevo régimen de reducción de jornada y suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo”, op. cit., p. 86.

49. Denominación poco afortunada, a mi juicio, pues ya encontramos un “sistema RED” o de remisión electrónica de datos en el ámbito del derecho social. Aunque es cierto, que el término lleva consigo una idea de “malla de protección” en especiales situaciones que es algo análogo a una red.

contribuya a la estabilidad laboral y económica, con un fuerte apoyo a la formación y recualificación de las personas trabajadoras, invirtiendo, así, en el capital humano del país, sobre la base de beneficios en la cotización a la Seguridad Social.

Pues bien, se ha dado un paso más en los ERTE, ya que en el fondo el mecanismo RED es acogerse a expedientes también temporales de regulación de empleo, estableciendo un instituto de carácter permanente para que en situaciones de crisis cíclicas o sectoriales, tras su activación por el Gobierno, permita obtener o contribuir a la estabilidad laboral y económica de las empresas.

Parece que el panorama mundial, con una economía inestable y basada en gran parte en la especulación, hace que los políticos teman por la existencia de crisis económicas más o menos cíclicas, y quizás también la falta de certeza de la salida o fin de la crisis sanitaria, es por lo que se ha diseñado el “Mecanismo RED” para dar “estabilidad” a la protección empresarial y de los trabajadores en casos especiales a través de expedientes de regulación temporal de empleo.

La regulación de este excepcional mecanismo lo es para intentar mantener el empleo, una garantía que se antoja complicada en tiempos de crisis siempre y cuando no se adopte en la regulación laboral un mecanismo de “apoyo”, como es este que ahora se diseña.

Adicionalmente, este mecanismo se entrecruza con la formación profesional, el intenso proceso de digitalización y cambio tecnológico exige disponer de instrumentos que acompañen la transición y recualificación de las personas trabajadoras en los sectores más afectados, con el fin de que puedan disponer de las capacidades necesarias para ocupar los puestos de trabajo de calidad que se crearán en el futuro, en sus empresas actuales o en otras empresas o ámbitos de actividad.

Por ello, el Mecanismo RED, de estabilización económica y de flexibilidad interna de las empresas, alternativo a la destrucción de empleo y a la alta temporalidad, pretende lograr un doble objetivo:

- proteger el empleo ante las crisis económicas y las dificultades del mercado y
- acompañar los procesos de cambio estructural para evitar un impacto macroeconómico negativo del que resulte la pérdida del capital humano.

La finalidad del nuevo mecanismo de flexibilidad y estabilización consiste en proteger el empleo, preferentemente a través de la reducción de jornada antes que la suspensión del contrato, compensando a los trabajadores con una prestación especial cuando sus salarios se vean afectados y a los empresarios con exenciones a la cotización, impulsando la formación para el empleo.

3.1. El mecanismo RED y sus modalidades

Pues bien, el art. 47 bis ET, establece un instrumento de flexibilidad y estabilización del empleo, el mecanismo red que permitirá a las empresas solicitar de manera

voluntaria a la autoridad laboral la reducción de la jornada de trabajo o, si esta no resultara viable, la suspensión de los contratos de trabajo en cualquiera de los centros de trabajo, con condiciones especiales en materia de cotización a la Seguridad Social para las empresas, así como protección social y medidas de formación y recualificación profesional para las personas trabajadoras.

El mecanismo red tendrá dos modalidades:

- A. Cíclica, cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización, con una duración máxima de un año.
- B. Sectorial, cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecian cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y procesos de transición profesional de las personas trabajadoras, con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de 2 prórrogas de 6 meses cada una (dos años, máximo). En estos casos, como acertadamente se ha dicho, el mecanismo ERTE desembocaría en un proceso que iría más allá de la llamada “flexibilidad interna” para situarse en el terreno de la recolocación de los trabajadores⁵⁰. No se han adoptado, sin embargo, medidas de acompañamiento a tales procesos de recolocación o de gestión de procedimiento de extinción contractual y los correspondientes costes para las empresas y ello podría ser negativo en la medida en que si el ERTE supone un sobrecoste al despido estará condenado al fracaso.

3.2. La activación del mecanismo RED por el Gobierno

No es sencilla la activación de este mecanismo pues para que el Consejo de Ministros lo acuerde es necesaria una propuesta consensuada por tres Ministerios (asuntos económicos y transformación digital, trabajo y economía social y, finalmente, inclusión, Seguridad Social y migraciones) y un previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos económicos. Lo cierto es que ello es una norma de corto recorrido, reflejo de la composición del Gobierno de coalición, tan pronto se elija a un nuevo presidente y este diseñe un Gobierno distinto esta norma tendrá que reformarse o reinterpretarse. Se trata, en definitiva, de una herramienta política con alto contenido discrecional⁵¹.

La decisión y las consideraciones que se incorporen al Acuerdo de activación del mecanismo Red por el Consejo de Ministros, en ningún caso podrán entenderse como justificación, causa o aval para la adopción a nivel empresarial de las medidas

50. *Vid.* Cruz Villalón, J. en “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, *Brief AEDTSS*, p. 3

51. Así, Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Nueva reforma laboral 2021 (RD-ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (art. 47 ET) y ERTE Mecanismo RED (art. 47.bis ET)” Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2022.

reguladas en el Estatuto de los Trabajadores en relación al empleo o las condiciones de trabajo (es decir, no valdrían para justificar las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en los casos de modificaciones sustanciales, incluida movilidad, descuelgue o extinción por causas colectivas u objetivas). Ello tiene su justificación, creemos, en que para que operen estas modificaciones sustanciales, descuelgues o extinciones es necesario que cada empresa demuestre su afección particular de la situación que inciden directamente en la organización y gestión de la misma.

En el ámbito de la modalidad sectorial, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal podrán solicitar a los Ministerios referidos la convocatoria de la Comisión tripartita del Mecanismo RED. Esta Comisión deberá reunirse en el plazo de quince días desde dicha solicitud y analizará la existencia de los cambios “que generen necesidades de recualificación y procesos de transición profesional de las personas trabajadoras” en un sector, así como la necesidad, en su caso, de elevar una solicitud de activación del Mecanismo RED sectorial al Consejo de Ministros.

En todo caso, con carácter previo a su elevación al Consejo de Ministros, resultará imprescindible informar a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal.

Se trata de modalidades que afectan territorialmente a todo el país, en principio no pensadas para circunscribirlas a ámbitos territoriales específicos, aunque bien es cierto que las de carácter sectorial es una modalidad que en la práctica puede tener un enorme impacto en un territorio específico por el especial arraigo del sector en el mismo⁵².

3.3. Procedimiento: una vez adoptado el Mecanismo RED

3.3.1. Contenido del procedimiento

Las empresas podrán solicitar voluntariamente a la autoridad laboral la reducción de la jornada o la suspensión de los contratos de trabajo, mientras esté activado el Mecanismo, en cualquiera de sus centros de trabajo, para ello se remite al procedimiento previsto para los expedientes de regulación de empleo “comunes” en el art. 47.5 ET (ERTE por fuerza mayor), pero aplicándoles las particularidades recogidas en el art. 47 bis ET.

Ello supone que el procedimiento se iniciará mediante solicitud por parte de la empresa dirigida a la autoridad laboral competente y comunicación simultánea a la

52. En sentido parecido, Cruz Villalón, J. en “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, *Brief AEDTSS*, p. 2

representación de las personas trabajadoras, para el inicio de un periodo de consultas (en los términos del art. 47.3 ET).

Ha de recordarse que este mecanismo, una vez adoptado tiene fijada una duración determinada, para el caso de crisis hasta un máximo de 12 meses y para el caso sectorial hasta un máximo de 24 meses (aunque en borradores anteriores de la norma se preveían duraciones superiores).

Además, en el caso de la modalidad sectorial, la solicitud deberá ir acompañada de un plan de recualificación de las personas afectadas (se supone que deberá incluir medidas específicas de formación y orientación profesional, atención personalizada a la persona afectada y búsqueda activa de empleo).

En este mecanismo, la autoridad laboral volvería a recobrar su “autoridad”, como en los ERTE por fuerza mayor, puesto que es quien resuelve si ha de concederse o no la autorización para reducir la jornada o para suspender los contratos de trabajo, en caso de que ni hubiese acuerdo entre las partes.

Se auxiliará de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la que deberá remitir el contenido de la solicitud empresarial y recabar informe preceptivo de esta sobre la concurrencia de los requisitos correspondientes. Este informe será evacuado en el improrrogable plazo de siete días desde la notificación de inicio por parte de la empresa a la autoridad laboral.

La autoridad laboral procederá a dictar resolución en el plazo de siete días naturales a partir de la comunicación de la conclusión del periodo de consultas.

Si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida, (silencio positivo) siempre dentro de los límites legal y reglamentariamente establecidos.

- Cuando el período de consultas concluya con acuerdo, la autoridad laboral autorizará la aplicación del mecanismo, pudiendo la empresa proceder a las reducciones de jornada o suspensiones de contrato en las condiciones acordadas.
- Cuando el período de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando la solicitud empresarial. La autoridad laboral estimará la solicitud en caso de entender que de la documentación aportada se deduce que la situación cíclica o sectorial temporal concurre en la empresa.

Se modifica el apartado 3 del artículo 8 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, que entiende como muy grave el proceder al despido colectivo de trabajadores o a la aplicación de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor o del Mecanismo RED en cualquiera de sus

modalidades, sin acudir a los procedimientos establecidos en los artículos 51, 47 y 47 bis del ET.

3.3.2. Automatización del procedimiento (único para ERTE y mecanismo RED)

La nueva DA 42 de la LGSS, al objeto de reducir las cargas administrativas de las empresas, reglamentariamente se establecerá por el SEPE y la TGSS, un procedimiento único a través del cual las empresas puedan comunicar, a ambas entidades, el inicio y finalización de los períodos de suspensión temporal de contratos de trabajo y reducción temporal de jornada de trabajo de los trabajadores afectados por un expediente de regulación temporal de empleo.

A través de dicho procedimiento las empresas deberán poder comunicar esta información de tal forma que la misma surta efecto para el desarrollo de la totalidad de las competencias de ambas entidades.

La DT 8ª del RD-ley 32/2021 establece que el SEPE adoptará el procedimiento “provisional” para esta comunicación a los efectos de tramitación y pago de la prestación del Mecanismo RED, hasta tanto no se desarrolle el procedimiento previsto en la DA 42 LGSS, por lo que la empresa vendrá obligada a comunicar al SEPE, los periodos de inactividad de las personas trabajadoras afectadas por la aplicación de las medidas de suspensión o reducción adoptadas al amparo de artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores.

3.4. Normas comunes a las modalidades de Mecanismo RED

3.4.1. Aplicación de las reglas generales de procedimiento del art. 47 ET

- A. En la medida en que ello sea viable, se priorizará la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos⁵³.
- B. La empresa comunicará su decisión de reducir o suspender a la autoridad laboral, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan⁵⁴.

53. Al igual que en el caso de los ERTE del art. 47 ET, la reducción de jornada podrá ser de entre un diez y un setenta por ciento y computarse sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual.

54. Indicando en la solicitud una serie de datos fundamentales para la adopción de la decisión:

- El período dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de la suspensión del contrato o la reducción de jornada.
- La identificación de los trabajadores incluidos en el ERTE.
- El tipo de medida a aplicar respecto de cada una de las personas trabajadoras (el porcentaje máximo de reducción de jornada o el número máximo de días de suspensión de contrato a aplicar).

- C. Durante el periodo de aplicación del expediente, la empresa podrá desafectar y afectar a las personas trabajadoras en función de las alteraciones de las circunstancias⁵⁵.
- D. Dentro del periodo de aplicación del expediente no podrán realizarse horas extraordinarias, establecerse nuevas externalizaciones de actividad; ni concertarse nuevas contrataciones laborales.
Se establecen dos excepciones, una en el mismo art. 47 (se podrá evitar tales limitaciones o prohibiciones si los afectados por el ERTE no pueden por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas desarrollar las funciones encomendadas a aquellas), la otra se recoge en el art. 11.4 f) ET, que indica que podría contratarse con un contrato formativo 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).
- E. Las empresas que desarrollen las acciones formativas (*ex* DA 25 ET), a favor de las personas afectadas por el expediente de regulación temporal de empleo, tendrán derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada.
- F. En el mismo sentido que el 47.4 ET, en cualquier momento durante la vigencia de la medida de reducción de jornada o suspensión de contratos basada en causas económicas, organizativas, técnicas o de producción, la empresa podrá comunicar a la representación de las personas trabajadoras con la que hubiera desarrollado el periodo de consultas una propuesta de prórroga de la medida.
- G. Otros que veremos posteriormente sobre beneficios en materia de cotización y medidas de protección social y acceso a las iniciativas de formación.

3.4.2. Control del Mecanismo RED.

Aparte de lo establecido en la nueva DA 45 LGSS que atribuye a la ITSS funciones de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones referidas en relación a las exenciones en las cotizaciones (en particular, vigilará la veracidad, inexactitud u omisión de datos y declaraciones responsables proporcionadas y comunicaciones de las empresas referidas a la reducción o suspensión de la relación laboral que hayan dado lugar a exenciones en la cotización), el art. 47 bis 5 c) ET indica que la ITSS y el SEPE colaborarán para el desarrollo de actuaciones efectivas de control de la aplicación del Mecanismo, mediante la programación de actuaciones periódicas y de ejecución continuada.

55. Previamente tendrá que informar a la representación legal de los trabajadores, al SEPE y a la TGSS, a través de los procedimientos automatizados que establezcan dichas entidades.

Asimismo, este art. 47 bis 5 c) indica que la ITSS tendrá acceso a los datos incorporados mediante procedimientos automatizados y aplicaciones que le permitan conocer los extremos relativos a la aplicación de los Mecanismos, las condiciones especiales en materia de cotización a la Seguridad Social para las empresas y prestaciones correspondientes, con el objetivo de desarrollar las debidas actuaciones de control.

Por ello, la nueva DA 26 ET establece un procedimiento automatizado para acceso de los datos de los ERTE (47 y 47 bis) por la TGSS, el SEPE y la ITSS, a efectos de control de estos expedientes. Estos organismos a través de tales procedimientos automatizados, tendrán acceso a todos los datos necesarios para las correspondientes actuaciones administrativas⁵⁶.

3.5. La financiación del mecanismo Red

La puesta en práctica del Mecanismo RED supone, tanto por las exenciones a la cotización como por el pago de las prestaciones especiales por desempleo y los costes de la formación profesional un importante desembolso económico.

Para evitar una sobrecarga económica del sistema de Seguridad Social, en aras de separación de las fuentes de financiación y en coherencia tanto con el Informe del Pacto de Toledo de noviembre de 2020 y 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, se prevé la constitución de un fondo sin personalidad jurídica, adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social, un “Fondo RED de Sostenibilidad del Empleo”, con la finalidad de atender a las necesidades futuras de financiación derivadas de la modalidad cíclica y sectorial del mecanismo Red en materia de prestaciones y exenciones a las empresas del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, incluidos los costes asociados a la formación, en la forma y condiciones previstas en su normativa de desarrollo (ex art. 47 bis.6 ET).

En otras palabras, “se trata de un típico mecanismo al propio tiempo de estabilización económica y de amortización social, de modo que se pretende que se nutra de financiaciones por parte del conjunto del sistema financiero durante los períodos

56. Específicamente referidos a:

- la identificación y tipo del expediente de regulación temporal de empleo,
- la empresa y de las personas trabajadoras incluidas en el expediente,
- el tipo de medida a aplicar aplicada,
- el período en el que se puede producir la reducción de jornada de trabajo o suspensión de los contratos de trabajo
- y el porcentaje máximo de reducción de jornada o periodo máximo de suspensión de contrato previsto respecto de cada persona trabajadora.

de crecimiento económico, a utilizar en los momentos de depresión del ciclo económico o de concretas crisis sectoriales”⁵⁷.

Serán recursos de este Fondo, los excedentes de ingresos que financian las prestaciones por desempleo en su nivel contributivo y asistencial, las aportaciones que se consignen en los Presupuestos Generales del Estado, las aportaciones procedentes de los instrumentos de financiación de la Unión Europea orientados al cumplimiento del objeto y fines del Fondo, así como los rendimientos de cualquier naturaleza que genere el Fondo.

3.6. La transición profesional y los ERTE (Mecanismo RED o comunes)

El diseño de los ERTE en la reforma laboral producida por el RD-ley 31/2021 está muy ligada a la formación profesional de los trabajadores para su reinserción bien dentro del organigrama de la plantilla de la empresa afectada por el ERTE o bien para cubrir necesidades de recualificación y procesos de transición profesional de las personas trabajadoras en otros sectores que demanden mano de obra.

3.6.1. *Modificación de la Ley 30/2015 del Sistema de Formación Profesional*

Se introduce un nuevo apartado 7 en el artículo 9 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, que incrementa el crédito para la financiación de acciones formativas en el caso de los ERTE o del mecanismo RED, en función del tamaño de la empresa:

- A. De 1 a 9 personas trabajadoras: 425 euros por persona.
- B. De 10 a 49 personas trabajadoras: 400 euros por persona.
- C. De 50 o más personas trabajadoras: 320 euros por persona.

Cuantías que podrán ser actualizadas reglamentariamente.

Este incremento de crédito será financiado a través de una aportación extraordinaria al presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal.

Quien controla la formación de los ERTE (o del Mecanismo RED) es el SPEE por lo que, se indica por la norma, será reforzado en sus unidades provinciales de gestión.

Los ERTE ETOP y el Mecanismo RED de tipo sectorial exigen la realización de actividades formativas a los trabajadores afectados por dichas medidas en caso de que las empresas quieran obtener bonificaciones en las cotizaciones, cuestión que se analizará más abajo.

57. *Vid.* Cruz Villalón, J., “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, *BriefAEDTSS*, p. 6.

3.6.2. Medidas de transición profesional en el Mecanismo RED.

Como se dijo anteriormente, la configuración del Mecanismo RED sectorial parece reconocer la posibilidad de que el empleo ya no sea viable, por lo que la formación ya no se dirige necesariamente a cubrir las aptitudes necesarias provocadas por el cambio en el sector, sino más bien a la reorientación profesional, no teniendo por qué estar vinculada a la prestación de servicios en la empresa⁵⁸.

La DA 1ª RD-ley 32/2021 establece que transcurrido un año desde la primera activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo en su modalidad sectorial, el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, estudiadas las circunstancias en que se encuentren el empleo y el tejido productivo de los sectores afectados por el Mecanismo RED, analizarán la necesidad de adoptar medidas en el ámbito laboral o de la Seguridad Social tendentes a favorecer la transición profesional de las personas trabajadoras que se vean afectadas por el Mecanismo RED en el futuro.

4. LOS BENEFICIOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS ERTE Y EL MECANISMO RED

4.1. Algunos aspectos relacionados con la cotización a la Seguridad Social en la regulación del ERTE por el RDL 32/2021

Se introduce el nuevo art. 153 bis LGSS referido a la cotización en los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato a causa de un ERTE. En tales casos, indica la norma, que la empresa está obligada al ingreso de las cuotas correspondientes a la aportación empresarial. Cuando durante esta situación se disfrute por los trabajadores afectados por el ERTE de la protección por desempleo, corresponde a la entidad gestora de la prestación el ingreso de la aportación del trabajador (aportación, evidentemente, que será detrída de la cuantía de la prestación por desempleo que corresponda).

Durante la obtención de la prestación por desempleo a causa de un ERTE, la base de cotización, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales se hallará conforme al promedio de las bases de cotización en la empresa afectada de los seis meses naturales inmediatamente anteriores al inicio de cada situación de reducción de jornada o suspensión del contrato⁵⁹.

58. Véase, Díaz de Atauri, P.G., "La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo" *Labos*, Vol. 3, Número extraordinario 'La reforma laboral de 2021', p. 106, <http://www.uc3m.es/labos>

59. En los casos de reducción temporal de jornada, las bases de cotización así calculadas se reducirán en función de la jornada de trabajo no realizada.

Las empresas durante los ERTE, de conformidad con la DA 44 LGSS, podrán acogerse voluntariamente a las exenciones en la cotización sobre las aportaciones empresariales por contingencias comunes y por conceptos de recaudación conjunta.

- A. Para los ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción (incluyendo sus prórrogas) la exención será del 20%, solo y exclusivamente en el caso de que las empresas desarrollen las acciones formativas a las que se refiere la DA 25 ET⁶⁰.
- B. Para los ERTE por fuerza mayor temporal o fuerza mayor temporal por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa la exención será del 90% (en este caso no es necesario desarrollar acciones formativas).

Estas exenciones pueden obtenerse incluso en el caso de que, por las dificultades económicas que sufran las empresas, no se encuentren en el pago de cuotas. Tampoco se verá afectada su obtención en el caso de falta de ingresos de las cuotas en el período reglamentario (a las que se refiere los arts. 20. 1 y 3 LGSS).

Las exenciones en la cotización estarán condicionadas al mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras afectadas durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del ERTE. En caso de incumplimiento de esta obligación las empresas deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, previa comprobación del incumplimiento de este compromiso y la determinación de los importes a reintegrar por la ITSS.

Durante los períodos de suspensión temporal de contrato de trabajo y de reducción temporal de jornada, respecto de la jornada de trabajo no realizada, no resultarán de aplicación las normas de cotización correspondientes a las situaciones de incapacidad temporal, descanso por nacimiento y cuidado de menor, y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural.

60. García Blasco, J. “Reforma laboral, infracciones en el orden social y reforzamiento del papel de la Inspección de Trabajo”, Briefs AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/juan-garcia-blasco.pdf>. “En este contexto, hay que incluir también la función que se le reserva en la nueva disposición adicional trigésima novena incorporada a la Ley General de la Seguridad Social relativa a los beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED. La no realización de las actividades formativas previstas para estos supuestos deberá ser puesta en conocimiento de la Inspección de Trabajo para que ésta inicie los expedientes sancionadores y liquidadores de cuotas que correspondan, respecto, también aquí, de cada una de las personas trabajadoras por las que no se hayan realizado dichas acciones (apartado 8). Se asigna igualmente una competencia a la Inspección para determinar el incumplimiento de las obligaciones de formación por parte de las empresas beneficiarias de las exenciones contempladas en dicha disposición, así como de los importes a ingresar (apartado 9) De igual forma, para comprobar el cumplimiento empresarial de mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras exigido legalmente, así como la determinación de los importes a reintegrar (apartado 10)”.

Como ya apuntamos, se encomienda a la ITSS, en la nueva DA 45 LGSS, la vigilancia del cumplimiento de los requisitos y de las obligaciones respecto de las exenciones en las cotizaciones a la Seguridad Social⁶¹.

4.2. Exenciones en materia de cotización previstos para el Mecanismo RED.

Al igual que para los ERTE “comunes”, en la situación de ERTE por Mecanismo RED establecido en el art. 47 bis ET, las empresas podrán acogerse voluntariamente a las exenciones en la cotización a la Seguridad Social sobre la aportación empresarial por contingencias comunes y por conceptos de recaudación conjunta.

A. Modalidad cíclica

- El 60 por ciento desde la fecha en que se produzca la activación por acuerdo del Consejo de Ministros hasta el último día del cuarto mes posterior a dicha fecha de activación. Como se ha dicho, ello implica que “dado que los procedimientos no podrán comenzar a tramitarse hasta el momento de la activación y conlleva un cierto período de negociación y aprobación, se ‘perderá’ parte del mayor tramo” de exención⁶².
- El 30 por ciento durante los cuatro meses inmediatamente siguientes a la terminación del plazo al que se refiere el párrafo anterior.
- El 20 por ciento durante los cuatro meses inmediatamente siguientes a la terminación del plazo al que se refiere el párrafo anterior.

B. Modalidad sectorial

- El 40 por ciento durante toda su duración, exclusivamente en el caso de que las empresas desarrollen las acciones formativas a las que se refiere la DA 25 ET.
- Estas exenciones se aplicarán respecto de las personas trabajadoras afectadas por las suspensiones de contratos o reducciones de jornada, en alta en los códigos de cuenta de cotización de los centros de trabajo afectados.

C. El Consejo de Ministros, atendiendo a las circunstancias que concurran en la coyuntura macroeconómica general o en la situación en la que se encuentre determinado sector o sectores de la actividad:

61. García Blasco, J. op. cit.: “La competencia de la Inspección se amplía igualmente con la nueva disposición adicional cuadragésima quinta (según la corrección de errores publicada en el BOE de 19 de enero de 2022) incorporada a la LGSS sobre la actuación de este órgano técnico [...] Una actividad inspectora, a la postre, tendente a evitar y combatir el fraude empresarial en estas materias”.

62. Véase, Díaz de Atauri, P.G., “La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo” *Labos*, Vol. 3, Número extraordinario ‘La reforma laboral de 2021’, p. 105, <http://www.uc3m.es/labos>

- podrá impulsar las modificaciones legales necesarias para modificar los porcentajes de las exenciones en la cotización a la Seguridad Social reguladas en la DA 44,
- así como establecer la aplicación de exenciones a la cotización debida por los trabajadores reactivados, tras los períodos de suspensión del contrato o de reducción de la jornada, en el caso de los ERTE de modalidad cíclica.

La exoneración de cuotas para cualquier tipo de ERTE, vinculándolas a la formación es algo positivo y que trae su origen en el RD-ley 18/2021, de 28 de septiembre⁶³.

4.3. Otras cuestiones respecto de la exoneración de cuotas comunes para los ERTE y para el Mecanismo RED

- A. No afectan negativamente a los trabajadores, manteniéndose la consideración del período en que se apliquen como efectivamente cotizado a todos los efectos.
- B. Pueden obtenerse las exenciones incluso en el caso de no encontrarse al corriente en el pago de cuotas ni tampoco se perderán de forma automática en el caso de falta de ingresos de las cuotas en el período reglamentario (a las que se refiere los arts. 20. 1 y 3 LGSS).
- C. Estas exenciones se financiarán con aportaciones del Estado, respecto a las exenciones que correspondan a cada uno de ellos, serán a cargo de:
 - de los presupuestos de la Seguridad Social,
 - de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social,
 - del Servicio Público de Empleo Estatal y
 - del Fondo de Garantía Salarial,
- D. Estas exenciones se aplicarán por la TGSS siempre a instancia de la empresa presentado la solicitud y la documentación a través del Sistema RED de remisión electrónica de datos a la TGSS, concretamente:
 - comunicación previa de la identificación de los trabajadores y periodo de la suspensión o reducción de jornada,
 - declaración responsable previa respecto de cada código de cuenta de cotización en el que figuren de alta las personas trabajadoras adscritas a los centros de trabajo afectados y mes de devengo⁶⁴; declaración que se

63. Vid. Mercader Uguina, J.R y De la Puebla Pinilla, A. en “Las prórrogas de los ETE piensan en el futuro. El RDL 18/2021: entre las tradicionales dudas interpretativas y el protagonismo de la formación”, *Blog Foro de Labos*, 2021.

64. Hará referencia tanto a la existencia como al mantenimiento de la vigencia de los expedientes de regulación temporal de empleo y al cumplimiento de los requisitos establecidos para la aplicación de

presentará antes de solicitarse el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente al periodo de devengo de cuotas sobre el que tengan efectos dichas declaraciones,

- en su caso, una declaración responsable adicional en los supuestos de ERTE ETOP y Mecanismo RED de tipo sectorial referido al compromiso de la empresa de realización de las acciones formativas exigidas para la obtención de las exenciones⁶⁵.

E. Colaboración entre Administraciones.

La Tesorería General de la Seguridad Social comunicará al Servicio Público de Empleo Estatal la relación de personas trabajadoras por las que las empresas se han aplicado las exenciones, por haber desarrollado acciones formativas por sus trabajadores afectados por el ERTE (ETOP o sectorial del mecanismo RED).

El Servicio Público de Empleo Estatal, por su parte, verificará la realización de las acciones formativas a las que se refiere la DA 25 ET conforme a todos los requisitos establecidos en la misma.

Cuando no se hayan realizado las acciones formativas comprometidas, según la verificación realizada por el Servicio Público de Empleo Estatal, la Tesorería General de la Seguridad Social informará de tal circunstancia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que ésta inicie los expedientes sancionadores y liquidatorios de cuotas que correspondan, respecto de cada una de las personas trabajadoras por las que no se hayan realizado dichas acciones.

La empresa que acredite la puesta a disposición de las personas trabajadoras de las acciones formativas no estará obligada al reintegro de las exenciones, cuando la persona trabajadora no las haya realizado.

Así pues, las empresas que se hayan beneficiado de las exenciones por haber comunicado el desarrollo acciones formativas, que incumplan las obligaciones de formación deberán ingresar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas respecto de cada trabajador en el que se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, previa determinación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del incumplimiento de estas las obligaciones y de los importes a reintegrar.

estas exenciones. También hará referencia a haber obtenido, en su caso, la correspondiente resolución de la autoridad laboral emitida de forma expresa o por silencio administrativo.

65. Para que la exención resulte de aplicación, esta declaración responsable se deberá presentar antes de solicitarse el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente al periodo de devengo de las primeras cuotas sobre las que tengan efectos dichas declaraciones. Si la declaración responsable se efectuase en un momento posterior a la última solicitud del cálculo de la liquidación de cuotas dentro del periodo de presentación en plazo reglamentario correspondiente, estas exenciones únicamente se aplicarán a las liquidaciones que se presenten con posterioridad, pero no a los periodos ya liquidados.

De hecho, en la DA 45 LGSS de la que ya hemos dado cuenta se encomienda a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la vigilancia del cumplimiento de los requisitos y de las obligaciones respecto de la exenciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, en particular, vigilará la veracidad, inexactitud u omisión de datos o declaraciones responsables proporcionadas por las empresas o por cualquier otra información que haya sido utilizada para el cálculo de las correspondientes liquidaciones de cuotas, y sobre la indebida existencia de actividad laboral durante los períodos comunicados por la empresa de suspensión de la relación laboral o reducción de la jornada de trabajo, en los que se hayan aplicado exenciones en la cotización.

F. Mantenimiento del empleo

Las exenciones en la cotización estarán condicionadas al mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras afectadas durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del ERTE.

En caso de incumplimiento: deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, previa comprobación del incumplimiento de este compromiso y la determinación de los importes a reintegrar por la ITSS.

No se considerará incumplido este compromiso:

- Cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora.
- Tampoco por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo.
- Y, finalmente, cuando el contrato se haya formalizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 ET y se extinga por finalización de su causa, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

4.4. Regulación en materia de protección por desempleo en el mecanismo RED

4.4.1. En los ERTE del art. 47

No hay ninguna variación respecto de la regulación actual, respecto de la protección por desempleo en los ERTE del art. 47 ET en el RD-ley 32/2021.

Aunque, posteriormente, se produce una mejora muy importante en la protección por desempleo en los casos de ERTE por fuerza mayor a través de la DF 1ª del

Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, que introduce una DA 46 LGSS sobre protección social de las personas trabajadoras en los ERTE por fuerza mayor.

Así, las personas trabajadoras afectadas por expedientes de regulación temporal de fuerza mayor temporal “común” o de fuerza mayor temporal por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, se beneficiarán, en el ámbito de las prestaciones contributivas por desempleo vinculadas a dichos expedientes, de las medidas siguientes:

- A. La cuantía de la prestación se determinará aplicando a la base reguladora el porcentaje del 70 por ciento, durante toda la vigencia de la medida. No obstante, serán de aplicación las cuantías máximas y mínimas previstas en el artículo 270.3 LGSS.
- B. El acceso a esta prestación no implicará el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto.
- C. Las personas afectadas tendrán derecho al reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo, aunque carezcan del período de ocupación cotizada mínimo necesario para ello.

4.4.2. En los ERTE del sistema RED

De otro lado, se crea la DA 41 LGSS, que entrará en vigor a finales de marzo de 2022 (ex DF 8 RD-ley 32/2021), de medidas de protección social de las personas trabajadoras afectadas por la aplicación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo. Una prestación para la sostenibilidad del empleo de este colectivo. Una “variante de la prestación por desempleo” por mucho que se huya de tal denominación⁶⁶.

4.4.2.1 Requisitos

Las personas trabajadoras (e incluso socias trabajadoras de cooperativas o de sociedades laborales) cubiertas por un Mecanismo Red, por autorización de reducción o suspensión de jornada, se beneficiarán de las medidas en materia de protección social previstas en la “nueva” DA 41 LGSS, siempre que se encuentre en un Régimen que prevea la protección por desempleo, en los siguientes términos y condiciones:

66. Vid. Cruz Villalón, J. en “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, *Brief AEDTSS*, p. 5.

- No es necesario acreditar un período mínimo de cotización a la Seguridad Social, solo la suspensión temporal o la reducción de la jornada (siempre que su salario sea objeto de análoga reducción).
- Se requerirá que el inicio de la relación laboral o societaria en la empresa autorizada a aplicar el Mecanismo Red sea anterior a la fecha del Acuerdo del Consejo de Ministros que declare la activación del mismo.
- No podrán percibir, de forma simultánea, prestaciones derivadas de dos o más Mecanismos RED.
- Esta prestación será incompatible con la percepción de prestaciones o subsidios por desempleo, con la prestación por cese de actividad y con la renta activa de inserción y con la obtención de otras prestaciones económicas de la Seguridad Social, salvo que estas hubieran sido compatibles con el trabajo en el que se aplica el Mecanismo Red.
- Contador a “cero”: el acceso a esta prestación no implicará el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas y que no se hubieran utilizado para el acceso a un derecho anterior. El tiempo de percepción de la prestación no se considerará como consumido de la duración en futuros accesos a la protección por desempleo. El acceso a esta prestación no implicará el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto. El tiempo de percepción de la prestación no se considerará como consumido de la duración en futuros accesos a la protección por desempleo.

En cambio, el tiempo de percepción de la prestación no tendrá la consideración de periodo de ocupación cotizado, a los efectos de determinar la duración de las prestaciones por desempleo. No obstante, el período de seis años para determinar el período de carencia a efecto de las prestaciones por desempleo se retrotraerá por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera percibido la citada prestación.

En el caso de reducción de jornada, se entenderá como tiempo de percepción de prestación el que resulte de convertir a día a jornada completa el número de horas no trabajadas en el periodo temporal de referencia.

4.4.2.2. Cuantía

- A. Prestación indirecta: durante la aplicación de las medidas de suspensión o reducción, la empresa ingresará la aportación de la cotización que le corresponda, debiendo la entidad gestora ingresar únicamente la aportación de la persona trabajadora, previo descuento de su importe de la cuantía de su prestación.
- B. Prestación directa:
 - La base reguladora es igual que la que se usa para las prestaciones por desempleo: el promedio de las bases de cotización en la empresa en la que se

aplique el mecanismo por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluidas las retribuciones por horas extraordinarias, correspondientes a los 180 días inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de aplicación de la medida a la persona trabajadora.

Con una particularidad: en caso de no acreditar 180 días de ocupación cotizada en dicha empresa, la base reguladora se calculará en función de las bases correspondientes al periodo inferior acreditado en la misma.

- El porcentaje será del 70 por ciento, durante toda la vigencia de la medida.
- Límite máximo: la cuantía máxima mensual a percibir será la equivalente al 225 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en el momento del nacimiento del derecho incrementado en una sexta parte. En caso de que la relación laboral sea a tiempo parcial, la cuantía máxima se determinará teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el período al que se refiere la base reguladora.

4.4.2.3. Duración

La duración de la prestación se extenderá, como máximo, hasta la finalización del período de aplicación del Mecanismo Red en la empresa.

4.4.2.4. Procedimiento

Corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal gestionar las funciones y servicios derivados de esta prestación regulada y declarar el reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de estas prestaciones, sin perjuicio de las atribuciones reconocidas a los órganos competentes de la Administración laboral en materia de sanciones (salvo en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar que será el Instituto Social de la Marina, *ex art.* 47 bis 11).

Igualmente, corresponde a la entidad gestora competente declarar y exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por las personas trabajadoras y el reintegro de las prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario.

Aunque el procedimiento para la solicitud y reconocimiento del derecho a esta prestación ha de desarrollarse reglamentariamente, se establecen unas reglas básicas:

- A. La empresa deberá formular la solicitud, en representación de las personas trabajadoras, en el modelo establecido al efecto en la página web o sede electrónica del SEPE.

En dicha solicitud constarán los datos de todas las personas trabajadoras que pudieran resultar afectadas por la aplicación del Mecanismo Red,

que sean necesarios para el reconocimiento del derecho. En todo caso se hará constar la naturaleza de la medida aprobada por la Autoridad Laboral y, en caso de reducción de jornada, el porcentaje máximo de reducción autorizado.

- B. El plazo para la presentación de esta solicitud será de un mes, a computar desde la fecha de la notificación de la resolución de la autoridad laboral, en la que se autorice la aplicación del Mecanismo Red de Flexibilidad y Estabilización del Empleo o desde la del certificado del silencio administrativo. En caso de presentación fuera de plazo, el derecho nacerá el día de la solicitud. En este supuesto, la empresa deberá abonar a la persona trabajadora el importe que debería de haber percibido en concepto de prestación del Mecanismo Red desde el primer día en que se hubiese aplicado la medida de reducción de jornada o suspensión del contrato. Una forma importante, sin duda, de premiar a las empresas a que cumplan sus obligaciones de comunicación en la solicitud de estas prestaciones.
- C. El acceso a la prestación requerirá la inscripción de la persona trabajadora ante el servicio público de empleo competente.
- D. Frente a las resoluciones de la entidad gestora relativas a esta prestación, podrá la persona trabajadora formular reclamación previa, en el plazo de los treinta días hábiles siguientes a la notificación de la resolución, artículo 71 de la LRJS.

4.4.2.5. Suspensión y extinción

La prestación será incompatible con la realización de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo.

Será compatible con la realización de otro trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial. En este caso, de su cuantía no se deducirá la parte proporcional al tiempo trabajado (como ocurre en las prestaciones por desempleo).

La prestación se suspenderá cuando la relación laboral se suspenda por una causa distinta de la aplicación del Mecanismo Red.

La prestación se extinguirá si se causa baja en la empresa por cualquier motivo. Igualmente se extinguirá por imposición de sanción de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

4.4.2.6 Devolución de prestaciones indebidamente percibidas.

Transcurrido el respectivo plazo fijado para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas o de responsabilidad empresarial sin haberse efectuado el mismo,

corresponderá a la Tesorería General de la Seguridad Social proceder a su recaudación en vía ejecutiva de conformidad con las normas reguladoras de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, devengándose el recargo y el interés de demora en los términos y condiciones establecidos en la normativa correspondiente.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA, IMPASSE NEGOCIAL Y CONVENIO COLECTIVO TRAS EL RDL 32/2021

COLLECTIVE BARGAINING, BUSINESS IMPASSE AND COLLECTIVE AGREEMENT AFTER RDL 32/2021

Jose M. Morales Ortega
Universidad de Málaga
jmmoraleso@uma.es
ORCID: 0000-0003-4940-034X

RESUMEN: Las modificaciones operadas por el Real Decreto Ley 32/2021 en materia de negociación colectiva y de convenio colectivo han sido, en términos cuantitativos, escasas. Sin embargo, en términos cualitativos, han sido profundas, ya que han estado orientadas, principalmente, a reestablecer el equilibrio de fuerzas entre las partes negociadoras, perdido con la Reforma de 2012; y que, entre otros efectos, ha tenido la vertiginosa pauperización de la clase trabajadora. Aunque se configura como el objetivo principal de la Reforma de 2021, no ha sido el único; por ello, en este trabajo, se ha abordado, junto al análisis de las dos medidas estrellas en materia de negociación colectiva, todo el conjunto de materias que, con mayor o menor rigor técnico, se han visto afectadas o alteradas; alguna de las cuales, merecen una especial y particular atención como es el procedimiento previsto ante situaciones de impasse negocial. En definitiva, un recorrido por esta norma, a fin de diseccionar sus aciertos y desaciertos en aras a la consecución de un sistema de negociación colectiva respetuoso con los intereses y necesidades de todas las partes implicadas, así como, pese a su dificultad, garante de la equidad e igualdad de las mismas.

PALABRAS CLAVE: Negociación colectiva, convenio colectivo, equilibrio de fuerzas, prioridad aplicativa, ultraactividad, impasse negociador, mediación, arbitraje.

ABSTRACT: The modifications operated by Royal Decree Law 32/2021 in terms of collective bargaining and collective agreement have been, in quantitative terms, few. However, in qualitative terms, they have been profound, since they have been oriented, mainly, to reestablish the balance of forces between the negotiating parties, lost with the 2012 Reform; and that, among other effects, has had the vertiginous impoverishment of the working class. Although it is configured as the main objective of the 2021 Reform, it has not been the only one; For this reason, in this work, together with the analysis of the two star measures in terms of collective bargaining, the entire set of matters that, with greater or lesser technical rigor, have been affected or altered have been addressed; some of which deserve special and particular attention, such as the procedure provided for in situations of negotiating impasse. In short, a journey through this standard, in order to dissect its successes and failures in order to achieve a collective bargaining system that respects the interests and needs of all the parties involved, as well as, despite its difficulty, guarantor of their fairness and equality.

KEYWORDS: Collective bargaining, collective agreement, balance of forces, application priority, ultra-activity, negotiation impasse, mediation, arbitration.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO. 2. LA NECESARIA REFORMA DEL ART. 84.2 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. 3. RETORNO AL PASADO: INCUESTIONABLE AVANCE. 4. IMPASSE NEGOCIAL: SIMPLIFICACIÓN Y ESPERANZA. 4.1. Mediación obligatoria: una puerta abierta al desbloqueo negociador. 4.2. Arbitraje: una puerta casi nunca cruzada por las partes negociadoras. 4.3. Impasse negociador en el ASAC VI. 5. LUCES Y SOMBRAS SOBRE EL CONVENIO APLICABLE A LAS PERSONAS TRABAJADORAS DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS. 6. OTRAS REFERENCIAS DEL RDL A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y AL CONVENIO COLECTIVO. 7. UNA ÚLTIMA MIRADA AL RDL 32/2021 EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

Como ha sido puesto de manifiesto por los interlocutores sociales y por gran parte de la doctrina científica, el Real Decreto-Ley 32/2021 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) tiene una enorme significación e importancia por lo que supone –o debe suponer– para el mercado de trabajo². De hecho, una de las ideas más repetidas, cuando se ha glosado o comentado este texto, ha sido la

1. De 28 de diciembre (BOE de 30 de diciembre).

2. Por toda, Ramos Quintana (2022), que afirma que este RDL contiene “*numerosos cambios que afectan en profundidad al sistema de relaciones de trabajo*”, 1, y, sólo en relación con la negociación colectiva, Rojo Torrecilla (2022), que escribe que “*es breve por su extensión, ya que consiste en la supresión*

de luchar contra la devaluación incuestionable, que supuso la Reforma de 2012, en cuanto retroceso para los derechos de los trabajadores y, muy especialmente, en sus condiciones salariales.

Otro tema es el debate político, que quedó reflejado en el Parlamento como consecuencia de la convalidación de dicho RDL³. Un debate, que encerraba dos visiones muy distintas de entender las relaciones laborales. Por un lado, el poder sindical y los derechos de los trabajadores y, por otro, la productividad y la competitividad de las empresas que, con ser cierta y necesaria, sin embargo, no puede cimentarse en medidas, que conlleven la reducción de los costes salariales, puesto que ello conduce, y no es ni casi necesario mencionarlo, a la pauperización de la clase trabajadora.

En definitiva, efectos, que, sin grandes alardes hermenéuticos, ni de análisis de datos, pueden apreciarse entre las consecuencias de la Reforma de 2012, que tuvo un marcado “*carácter economicista*”⁴; y que supuso, se desconoce si con presión o no, una aceptación de las propuestas empresariales⁵ o, al menos, de alguna parte de dicho empresariado. Y se dice de alguna parte, ya que no podemos olvidar que la actual reforma ha sido fruto del Diálogo Social. Eso sí, tampoco debemos pasar por alto que, en esta última, cuestiones de calado, han quedado incólumes; y que, sin duda, han debido estar en la correspondiente negociación. Siendo así, el resultado es fruto de un delicado equilibrio de intereses, en el que entra en juego tanto lo que se ha modificado –y, por supuesto, en los términos, en los que se ha hecho– como lo que ha quedado inalterado, ya que ambas vertientes conforman el sentido y el espíritu de ésta, y de todas las reformas.

Pues bien, podría decirse que varios han sido los hilos conductores del RDL y, de ellos, en estas páginas, se va a abordar todo lo conectado con la negociación colectiva; no circunscribiendo el estudio a los dos preceptos estrella de la Reforma en esta materia, sino, igualmente, a todas aquellas referencias del RDL al convenio colectivo en particular, y a la negociación colectiva en general.

Por consiguiente, este trabajo se va a estructurar en tres bloques. Uno primero, dedicado a la supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial, que encierra el sempiterno debate de fondo entre centralización y descentralización. Uno segundo, que tiene por objeto la ultraactividad del convenio colectivo y, dentro de éste, los mecanismos instituidos ante situaciones de impasse negocial. Y uno tercero, en el que se va a intentar conocer si, en efecto, las menciones al convenio

de la letra a) del art. 84.2 y en la modificación del último párrafo del art. 86.4, y es trascendental en su contenido”, sin paginar.

3. Resolución de 3 de febrero de 2022 (BOE de 8 de febrero).

4. Ramos Quintana (2022), que añade que así se manipuló el “*ordenamiento jurídico laboral*”, 2.

5. Aunque no referida, en exclusiva, a la Reforma de 2012, López Anierte (2021) afirma que “*tales cambios supusieron la respuesta del legislador a las reivindicaciones del empresariado... inclinándose la balanza de forma contundente en favor de las*” empresas, 1.

colectivo y a la negociación colectiva, fruto de nuevas o parciales reformas contenidas en el RDL, confirman, avalan, contradicen o no coadyuvan a la consecución de los objetivos de la Reforma; en concreto, a la modernización de la negociación colectiva y al diseño de una nueva arquitectura negociadora.

2. LA NECESARIA REFORMA DEL ARTÍCULO 84.2 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

La Reforma de 2012 concedió, sin excepciones⁶, la conocida primacía al convenio de empresa con respecto al sectorial en una serie de materias; entre ellas, y de gran importancia, “*la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa*”. Nada se descubre al afirmar que, con dicha prioridad, se convirtió al convenio de empresa en un poderoso instrumento de presunta flexibilidad. Es más, con un doble agravante. En primer lugar, que no era necesario justificar ninguna causa, que autorizase su utilización⁷. Y en segundo lugar, que esta prioridad no podía, en ningún caso, contravenirse por decisión de los firmantes de los acuerdos del art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)⁸.

Como casi toda medida, los efectos no fueron inmediatos. Hubo que esperar a 2014 para ver el aumento del número de convenios de empresas⁹ pero, con independencia del momento, lo cierto y verdad es que conllevó un empeoramiento generalizado de las condiciones laborales¹⁰; dentro del cual, hay que situar, con especial

6. Anteriormente, con la Reforma de 2011, como subraya López Aniorte (2021), ya se admitió la prioridad del convenio de empresa, pero se hizo con una diferencia sustancial: estaba supeditada a lo dispuesto en los acuerdos interprofesionales; “*ahora bien, lejos de lo esperado, estos convenios de alto nivel, en lugar de autorizar la descentralización de la estructura negocial, impusieron, en la mayoría de los casos, la obligatoriedad de sus cláusulas*”, 2 y 3.

7. En este sentido, López Aniorte (2021), “*Recentralizar la estructura de la negociación colectiva...*”, 5.

8. Así, como afirma Ramos Quintana (2022), se “*convertía dicha regla en norma de derecho necesario absoluto*”, 3. Rompiéndose, siguiendo a López Aniorte (2021), “*el equilibrio tradicionalmente existente entre la ley y el convenio en la fijación de la estructura negocial, en favor de la ley, que opta decididamente, y al margen de lo acordado por los interlocutores sociales en pactos de alto nivel, por una estructura descentralizada y atomizada*”, 4.

9. Cabeza Pereiro (2022), 2.

10. En relación con la Reforma de 2012, López Aniorte (2021) defiende que la concesión de prioridad aplicativa al convenio de empresa, “*se orienta...a la mejora de la competitividad y de la productividad mediante una reducción de costes de gran alcance; y, en definitiva, a la generación...de una intensa precarización de las condiciones laborales*”, 5. Es más, como reconoce UGT, esta prioridad convirtió el convenio de empresa “*en una herramienta de quiebra del marco general destinada a avivar una competencia sobre la base del dumping social, el empeoramiento de las condiciones de trabajo*”, “*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*”, 2022, p. 3.

interés, la devaluación salarial¹¹, lo que ha hecho incrementar, de manera muy llamativa, los niveles de pobreza laboral¹². Por consiguiente, se dio cabida, con intensidad, a la llamada negociación *low cost*¹³. A lo que hay que sumar, como ha destacado LÓPEZ ANIORTE, que esta medida, sin embargo, no evitó los despidos¹⁴. Con lo cual, los/as trabajadores/as han padecido, durante muchos años, la bajada salarial y los despidos; todo ello, en aras a una pretendida –y por qué no, en muchos casos, ficticia– productividad y competitividad, puesto que no se ha traducido en una mejora empresarial sino, en la mayoría de las ocasiones, en un simple aumento de los beneficios empresariales canalizado a través de la reducción de los costes salariales. Con todo, y siguiendo las palabras del RDL, se produjo “*una incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna ... [por lo que el convenio de empresa] se ha comportado como un sucedáneo de la...inaplicación o descuelgue*”.

Todo ello debe contextualizarse, además, en el tejido empresarial español. En concreto, tomando en consideración dos notas. Por un lado, que está compuesto por micro, pequeñas y medianas empresas. A medida, como es sabido, que se desciende en la pirámide negociadora, el desequilibrio de poder aumenta a favor de la empresa y, por hacerse, las condiciones no son, en puridad, pactadas sino impuestas¹⁵, bien por el temor de los representantes de los trabajadores¹⁶ a no tener convenio colectivo, bien por la dificultad de alcanzar un acuerdo favorable a sus intereses. Tanto es así que hay quien opina que esta Reforma de 2012 supuso, a estos efectos,

11. En contra, Mercader Uguina (2022) cuando escribe que “*no puede, por tanto, afirmarse con la rotundidad que la reforma llevara consigo una devaluación salarial a nivel de empresa con carácter general*”, 113. Mientras que CABEZA PEREIRO (2022) matiza que “*ese incremento [de convenios de empresa no supuso] una transformación intensa en términos de trasvase masivo de personas trabajadoras regidas por convenio sectorial al ámbito empresarial*”, por lo que “*sería excesivo decir que el paradigma de regulación retributiva en España haya sido la que procede del convenio de empresa*”; pese a ello, continúa este autor, esta prioridad aplicativa “*conducía, en la práctica, a la espiral de pérdida de poder adquisitivo propia del período 2011-2018*”, 2.

12. O, si se prefiere, como dice Ramos Quintana (2022), “*aumento exponencial de los denominados trabajadores pobres*”, 4. Por su parte, López Aniorde (2021) afirma que “*tras la modificación de las reglas del juego, la devaluación de las condiciones laborales no tardó en llegar, generando penuria y desigualdad social a un ritmo nunca antes visto*”, 1.

13. Vivero Serrano (2022), sin paginar.

14. (2022), 4.

15. De la misma opinión, UGT al indicar que el uso del convenio de empresa ha ido “*dirigido a socavar la estructura existente de la negociación colectiva, cercenando el poder de la parte social, que quedaría muy disminuido a salvo de la gran empresa donde la fuerte presencia impediría, en general, el abuso de la posición dominante por parte del empresario*”, “*Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre...*”, opus., cit., pp. 3 y 4 y, por parte de la doctrina, López Aniorde (2021) cuando dice que, en estos casos, “*el poder empresarial se impone con facilidad*”, 5.

16. Vivero Serrano (2022) defiende que “*no han faltado empresas abonadas a la negociación de bajo coste, con la connivencia (o la resignación) de unos representantes unitarios...más formales que materiales*”, sin paginar.

el desmantelamiento del sistema de negociación colectiva sobre la base de un convenio colectivo, que no podía ser entendido como tal¹⁷.

Y, por otro lado, esta prioridad aplicativa convive con el auge de las empresas multiservicios carentes de convenio sectorial¹⁸. Es decir, un campo abonado para la regresión de las condiciones laborales de un importante conjunto de la población trabajadora y, más exactamente, de las trabajadoras, ya que muchas de estas empresas están profundamente feminizadas¹⁹.

En consecuencia, existían argumentos más que suficientes para adoptar medidas que revertieran esta situación; e intentarán dignificar la realidad de la clase trabajadora. Una de ellas, previa al RDL²⁰, fue el aumento del salario mínimo interprofesional, que ha culminado, recientemente, con el acuerdo, del que se ha descolgado la patronal, de incrementarlo hasta los 1.000 euros²¹. Una subida progresiva y significativa que, según fuentes ministeriales, va a seguir hasta alcanzar el 60 por ciento del salario medio español²².

Es cierto que la cantidad actual ya estaba prevista en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva²³ como un salario mínimo convencional²⁴, que iba a afectar, principalmente, a los sectores con mayor presencia femenina. Sin embargo, no todos los convenios colectivos han sido permeables a este salario mínimo convencional²⁵; quedando, todavía, numerosos sectores productivos, que no parten de dicho salario. Se desconoce el motivo de ello; ahora bien, lo que resulta llamativo es que, a pesar de que dicha cuantía había sido acordada por los agentes sociales, las organizaciones empresariales participantes se hayan negado a la firma de la subida del salario mínimo interprofesional. Quizás, esta pueda ser la razón de la indicada falta de permeabilidad.

17. Ramos Quintana (2022), 3.

18. Carencia destacada por Beltrán De Heredia Ruíz (2022) cuando afirma que estas empresas “*alegan que, al no tener ningún convenio colectivo sectorial multifuncional por encima, no están obligadas a respetar el salario previsto en el convenio colectivo del sector como se desprendería del nuevo art. 84.2 ET (de hecho, no estarían obligadas a respetar ninguna de las reglas previstas en los convenios sectoriales)*”, sin paginar.

19. López Anierte (2022), sin paginar.

20. Pero prorrogada por su Disposición Adicional Séptima.

21. Real Decreto 152/2022, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022 (BOE de 23 de febrero).

22. Como indica el Preámbulo del Real Decreto 152/2022, “*en línea con lo establecido por el Comité Europeo de Derechos Sociales que ha interpretado que dicho umbral se sitúa en el 60% del salario medio, garantizando la capacidad adquisitiva de los salarios para hacer frente al coste de la vida y atendiendo a la coyuntura económica general*”.

23. BOE de 18 de julio de 2018.

24. Su art. 4 establece que “*durante la vigencia del presente Acuerdo, de manera progresiva, instamos a establecer un salario mínimo de convenio de 14.000 € anuales*”.

25. Pese a que en este Acuerdo se afirma que “*este crecimiento gradual deberá enmarcarse en los propios convenios colectivos existentes, vinculándose a su renovación*”.

Junto a ésta, está la reforma del art. 84.2 del ET acometida por el RDL²⁶. Una reforma, se podría decir, sin demasiada revolución formal, ni técnica, pero que puede tener importantes consecuencias para revertir la situación precedente. Se limita, como es conocido, a, por un lado, suprimir la letra a) del indicado precepto estatutario y, por otro, a añadir al extinto apartado f), el término corresponsabilidad.

Aunque el núcleo gordiano de la reforma de este precepto sea la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial, no se puede entrar en ella, sin, al menos, realizar algún comentario, a modo de paréntesis, sobre la incorporación de la corresponsabilidad, que no debe ser considerada, en sí misma, de tono menor, aunque es cierto, que ha quedado eclipsada por la “gran” reforma de este precepto estatutario.

Esta incorporación está poniendo de manifiesto la necesidad de dar ese paso más allá que demanda la corresponsabilidad –máxime cuando se ha comprobado la insuficiencia de la conciliación–. Por lo que, desde un punto de vista legal, es destacable e, incluso, loable. Otro tema es que dicha corresponsabilidad tome carta de naturaleza en estos convenios de empresa; y lo haga de la forma adecuada para lograr, al menos en parte, sus objetivos. Siendo cierto que el nivel de empresa es un espacio idóneo para diseñar medidas, que favorezcan esa responsabilidad compartida entre los progenitores, no puede perderse de vista que también es el nivel de negociación, en el que más dificultades pueden encontrar los representantes de los trabajadores, para hacer valer pretensiones de esta naturaleza debido al desequilibrio negociador; sobre todo, cuando éstas requieren de un coste económico por parte de las empresas.

Hecho este paréntesis, hay que comenzar con una de las medidas estrella del RDL; incluso, no sólo en el contexto de la negociación colectiva, sino en el conjunto de esta norma. Esto es, la supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en relación con la cuantía salarial²⁷. Una modificación que es “*eficaz y técnicamente adecuada*”²⁸; y que supone un “*importante cambio articulado de forma sencilla*”²⁹.

En lo demás, y salvo lo ya dicho en relación con la corresponsabilidad, el precepto queda inalterado³⁰ –incluida la indisponibilidad de la prioridad aplicativa del

26. Para un estudio de los “*antecedentes reformadores y núcleos del debate durante el proceso de diálogo social*” de este precepto, Mercader Uguina (2022), 114 a 116.

27. Para Beltrán De Heredia Ruíz (2022), esta supresión es “*la novedad más importante de la reforma (o, al menos, la que...puede tener un impacto macroeconómico mayor). Especialmente porque rompe la espiral de devaluación salarial como instrumento para obtener una ventaja competitiva (especialmente, en aquellos sectores de escasa productividad)*”, sin paginar.

28. Cabeza Pereiro (2022), 2.

29. UGT, “*Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021...*”, opus., cit., p. 8.

30. No obstante, esta inalteración, puede plantear algunos problemas como, por ejemplo, el destacado por Vivero Serrano (2022) cuando, con respecto a las horas extras y al trabajo a turnos, afirma que “*no parece que esas partidas salariales menores puedan debilitar la negociación colectiva sectorial. Quizá por esa razón o quizá por un simple olvido del legislador de urgencia ese precepto legal no se haya visto afectado por la reforma de 2021*”, sin paginar. Mientras que otros han sido rápidamente resueltos, como la modificación de su letra d), al precisarse que la prioridad aplicativa, en relación con la adaptación de las

convenio de empresa por los acuerdos del art. 83.2 del ET, y su extensión a los convenios de “*grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas*”, lo que ha llevado a Beltrán De Heredia Ruíz a afirmar que esa prioridad aplicativa en materia salarial cabe que se reconduzca a través de la opción del actual apartado f) del art. 84.2³¹, que la permite en relación con “*aquellas otras [materias] que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2*”. No obstante, hay un importante matiz. Con este apartado, la prioridad es concedida por los propios interlocutores sociales; y en la medida en que lo hacen, la estructura y contenidos negociadores quedan en sus manos³², por lo que se supone que respetarán y atenderán a los oportunos equilibrios de poder y a los derechos de las personas trabajadoras; objetivos, que están en la base de la reforma del art. 84.2 del ET.

Dichos equilibrios son, en esencia, el sentido y la razón de esta modificación; de ese anticipado debate entre centralización y descentralización³³, que supone, sin ningún género dudas, dos opciones: un reparto, más o menos, equitativo de poderes en la negociación o la primacía, sin eufemismos, de la parte empresarial. No se está descubriendo nada con esta afirmación; ahora bien, no tomarla en consideración conlleva nefastas consecuencias que, en la casi totalidad de las ocasiones, tienen como únicos/as perjudicados/as a los/as trabajadores/as. Por este motivo y como se lee en el Preámbulo del RDL, había que reestablecer el “*equilibrio necesario*”.

En definitiva, un fortalecimiento de las estructuras sindicales como contrapeso al poder empresarial. Con tal finalidad, no siendo esta supresión el único supuesto, se fortalece –al menos, se intenta– la negociación colectiva sectorial. No obstante,

modalidades de contratación, se reduce a las atribuidas por el ET al convenio de empresa. Y esta modificación, como pone de manifiesto Mercader Uguina (2022), “*aunque razonablemente justificada, encuentra en la norma que la acoge un nuevo episodio de camuflaje normativo*”, 120. Dicha norma ha sido el Real Decreto Ley 1/2022 (BOE de 19 de enero de 2022), en cuyo título no aparece reflejado el RDL 32/2021, ni siquiera parece tener conexión alguna con la Reforma laboral.

31. Sin paginar.

32. Mercader Uguina (2022) opina que, con ella, “*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*”, 120.

33. Mercader Uguina (2022) afirma que, en realidad, no se ha producido “*un incremento de la tradicional atomización existente en nuestro país, lo cierto es que los datos no refrendan esa conclusión*”; “*la dimensión media [de la empresas con convenio] ronda los 200 trabajadores, cifra que habla por sí misma.... Bien es cierto, sin embargo, que las unidades de negociación nacidas al calor de la reforma laboral [de 2012] 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 pre-existentes*”, 114.

no se puede caer en el error de pensar que el convenio de empresa, con la Reforma, retoma, en exclusiva, su histórica función de adaptar³⁴ y/o mejorar las condiciones pactadas en los convenios sectoriales. Y no, por la sencilla razón de que todavía son muchas las materias, y algunas de trascendencia, sobre las que tiene prioridad aplicativa³⁵. De ahí la necesidad de que los convenios sectoriales establezcan unas condiciones laborales mínimas y dignas al tiempo que homogéneas que, aunque no evitarán el art. 84.2 del ET, pueden neutralizar, de alguna manera, sus efectos. En esta dirección, hay ejemplos interesantes en nuestra negociación colectiva como el convenio estatal de la construcción que, además, realiza un reparto sustantivo y adjetivo de los contenidos de la negociación.

Con todo y tras la Reforma de 2021, la estructura de la negociación colectiva da un paso adelante pues, aunque mantenga el régimen general en cuanto a la resolución de las reglas de concurrencia conflictiva; entre las excepciones³⁶ a la misma, se ha sustraído la cuantía salarial del convenio de empresa, lo que unida a la subida del salario mínimo interprofesional³⁷ debe propiciar la reversión de la conocida devaluación salarial³⁸ de la clase trabajadora.

En este orden de ideas, hay que llamar la atención sobre el párrafo segundo de la Disposición Transitoria Sexta del RDL cuando afirma que “*las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras*”. Se comparte la idea de VIVERO SERRANO cuando escribe que se trata de una norma “*de no fácil interpretación, fuente segura de litigiosidad y...portadora de unas reglas especiales radicalmente contrarias a las correspondientes reglas generales*”³⁹.

34. Según el Preámbulo del RDL, “*los convenios de empresa deben comportarse como instrumentos de regulación de aquellos aspectos organizativos que no admiten otro nivel de negociación por su propia naturaleza, como los horarios o la adaptación de la clasificación profesional, correspondiendo la negociación colectiva sectorial los aspectos salariales, retribuciones y jornada*”. Por su parte, UGT defiende que, con el RDL, se devuelve “*el papel que corresponde al convenio sectorial, sea cual sea su ámbito territorial, circunscribiendo el del convenio de empresa al de adaptación de aquellos aspectos concretos...cuya precisión corresponde a un nivel más cercano a los trabajadores*”, “*Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre...*”, opus.,cit., p. 8.

35. Cabeza Pereiro (2022) dice que se “*está diseñando una especie de especialidad sustantiva del ámbito empresarial sobre un ramillete de contenidos*”, 2.

36. Por ejemplo y pese a estar muy presente en el debate político, la prioridad del convenio autonómico –siempre que el acuerdo pactado conforme al art. 83.2 del ET no disponga lo contrario– ha permanecido intacta. Sobre esta preferencia, véase, *in extenso*, Cruz Villalón (2022), 1 y ss.

37. Ramos Quintana (2022) considera que éste es un “*elemento de dinamización de los salarios en las mesas de negociación colectiva*”, 1.

38. Ramos Quintana (2022), 4.

39. (2022), sin paginar.

Ello, posiblemente, sea fruto, en primer lugar, de que hay que tener en cuenta que dicha Disposición queda reducida a las modificaciones; por tanto, a la supresión de la letra a) y a la incorporación de la corresponsabilidad en la actual letra e). En segundo lugar, que su espíritu es diáfano: proteger los derechos de los/as trabajadores/as que, como resultado de dichas modificaciones, pudieran verse afectados. Pese a ello, hay que distinguir dos situaciones. Por un lado, los convenios de empresa, que han perdido la prioridad aplicativa salarial por contener un régimen *in peius* con respecto al convenio sectorial de aplicación. En dicho caso, por lógica, se aplicará las condiciones salariales contenidas en el convenio de sector⁴⁰. Y por otro, los convenios, cuyo régimen fuese más favorable y, por tanto, se mantendrían en sus propios términos, ya que, en este caso, el convenio de empresa cumpliría con su histórica función de mejora⁴¹.

No obstante lo anterior, hay que ser cauto en la valoración pues, aunque a primera vista, todo parezca positivo –e, incluso, ilusionante–, hay que esperar, necesariamente, a la evolución de la negociación colectiva y, por supuesto, al comportamiento empresarial, ya que esta falta de prioridad puede ser sustituida por la utilización de instrumentos de flexibilidad interna que, pese a los primeros proyectos de reforma, al final han quedado intactos; fundamentalmente, la inaplicación del convenio colectivo⁴² que, no está de más recordar, que incorpora la cuantía salarial.

Entrando algo más en esta materia, hay que diferenciar claramente entre esa extinta prioridad aplicativa, que se utilizó de manera, como mínimo, incorrecta, al articularse como un instrumento de flexibilidad interna, y las medidas específicamente diseñadas a estos efectos. Partiendo de esta obvia distinción, en la última década, ha habido dos tipos de empresas, las que, honesta y justificadamente, han acudido, ante situaciones de crisis, a estos mecanismos de flexibilidad interna causal y, por otro, las que haciendo uso de la posibilidad del antiguo art. 84.2.a) del ET recorrían un camino más fácil, y no adecuado, para llegar al mismo destino. Estas últimas, sin duda, son las que pueden verse más “perjudicadas”, por el cambio normativo, al no poder abaratar costes salariales de no concurrir la causa y los presupuestos de los preceptos estatutarios, que contienen las correspondientes medidas de flexibilidad interna.

En cualquier caso y más allá de posibles conductas fraudulentas, lo que debe quedar claro, desde ya, es que no se está abogando por la desaparición de estos instrumentos de flexibilidad interna –al contrario–, sino de que se podría haber aprovechado la Reforma para depurarlos de cara a solventar determinados usos perversos

40. UGT, “Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021...”, opus., cit., p. 10.

41. Para Cabeza Pereiro (2022), “el convenio de empresa de aplicación no preferente se aplicará como norma más favorable, en su dimensión de pacto extraestatutario”, 4.

42. Beltrán De Heredia Ruíz (2022) escribe que el “art. 82.3 ET puede ser una vía para devaluar el impacto de la reforma”; y ello, porque “es obvio que el nuevo marco normativo revitalizará la búsqueda de alternativas por parte de algunas empresas”, sin paginar.

de los mismos, así como concretas incorrecciones técnicas. Al no haberse hecho –no cabe la menor duda de que ha formado parte del equilibrio interno de la negociación del Acuerdo previo al RDL–, y partiendo, se insiste, de que son imprescindibles para la adaptación de la empresa a concretas y determinadas situaciones, es deseable que los firmantes de los convenios sectoriales comiencen a adoptar un papel más proactivo en el diseño, sobre todo, del descuelgue. De hecho, se pueden encontrar ejemplos convencionales que, entre otras cuestiones, depuran las causas de estos procedimientos, garantizan determinadas cuantías económicas en caso de extinciones contractuales improcedentes o confieren todo el protagonismo a la autonomía colectiva en la determinación de las nuevas condiciones de trabajo.

No se puede finalizar este apartado sin aludir al régimen de transitoriedad contenido en el RDL⁴³, cuya regla no está exenta de diversidad interpretativa. De acuerdo con éste, los convenios “*suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad*” al 31 de diciembre de 2021, mantendrán su vigencia y, con ella, la prioridad aplicativa en materia salarial hasta, como mucho, el 31 de diciembre de 2022. Con lo cual se está dando un margen temporal, muy importante, para hacer efectiva la supresión de esta prioridad aplicativa, lo que va a conllevar la existencia de trabajadores/as, que van a mantener sus peores condiciones salariales; y puede que no por un tiempo, particularmente, corto. Se trata de otra de las decisiones difíciles de entender –salvo por la presión empresarial–, ya que si no hay problema alguno, transcurrido un año, para que se anule la prioridad aplicativa, no se sabe porque debe haberlo con anterioridad cuando, por supuesto, no supone un régimen más beneficioso para el/la trabajador/a.

A lo que se acaba de indicar, hay que añadir que durante un año máximo van a convivir –se duda que haya sectores que no se vean afectados por esta transitoriedad– en el mismo sector y territorio, trabajadores y trabajadoras con distintos salarios, simplemente, porque pertenezcan a empresas, cuyos convenios tengan cabida temporal en esta regla. Lo que va a generar agravios comparativos y situaciones de injusticia social y laboral. Hasta tal punto puede ser así que, un simple día de diferencia –registro o publicación–, puede marcar importantes divergencias salariales. Es más, no tiene consecuencias, en exclusiva, para las personas trabajadoras, sino también para las propias empresas, puesto que los costes salariales van a ser distintos y, ello, de alguna manera, puede afectar a la competitividad⁴⁴. Se debería haber evitado este nefasto resultado; y para ello bastaba con no admitir este período de indulgencia legal.

Siguiendo con esta Disposición, los convenios de empresa tienen, desde que les resulta de aplicación el nuevo art. 84.2 del ET, seis meses para adaptarse a él. Parece

43. Para Mercader Uguina (2022), se trata de “*una transición ordenada y un adecuado equilibrio de intereses recomiendan que este cambio sea pilotado desde las instancias interconfederales de negociación*”, 127.

44. Esta conclusión ha sido aceptada por Beltrán De Heredia Ruíz (2022), que añade que las “*empresas pueden extender la vigencia de sus acuerdos al máximo permitido*” con la voluntad de mantener esa ventaja competitiva, sin paginar.

claro que esta regla debe operar desde la finalización del convenio. De ahí que UGT indique que no se extenderá, en caso de proceder, durante su ultraactividad⁴⁵. Ahora bien, excluido este supuesto que parece claro, puesto que, de lo contrario, podría ampliarse el plazo *sine die*, hay que cuestionarse si durante esos seis meses, las condiciones serán las del convenio de empresa o si, automáticamente, se aplicaría el convenio de sector. Vivero Serrano apuesta por la aplicación directa de este último, pues, de lo contrario, sería concederle “*al empleador un inexplicable plazo de gracia...bastando a este respecto con demorar el acuerdo con la representación de las personas trabajadoras en la empresa*”⁴⁶. Ahora bien, nada impide, de conformidad con el tenor literal del RDL, entender que durante ese tiempo se mantenga, en sus términos, el convenio de empresa y, por no impedirse, los efectos de esta transitoriedad, anteriormente descritos, podrían extenderse durante un período tan dilatado como es 18 meses. Con esta interpretación, se relativiza enormemente los efectos positivos, en este tema, de la Reforma.

3. RETORNO AL PASADO: INCUESTIONABLE AVANCE

Con una voluntad y objetivos muy similares al art. 84.2 se reforma el 86.4 –ambos del ET–; esto es, se quiere evitar la continuidad de los devastadores efectos nacidos de la Reforma de 2012 al eliminar la ultraactividad legal del convenio colectivo. Se precisa que legal, puesto que se admitió la posibilidad de pacto en contrario; y fruto de ésta, han sido muchos los convenios que han incorporado una “*eficacia temporal indefinida*”⁴⁷. Teniendo en cuenta ello y aunque sea a vuela pluma, hay que realizar tres consideraciones generales con respecto a la Reforma de 2012.

En primer lugar, que la aplicación del convenio de ámbito superior provocaba inseguridad jurídica⁴⁸, lo que obligó a diversos y, en algunas ocasiones, contrarios

45. “*Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021...*”, opus., cit., p. 9. Y, por parte de la doctrina, Mercado Uguina (2022), 122 y 126.

46. (2022), sin paginar.

47. Gordo González (2022) aporta el dato de que “*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*”; así, defiende que dicho aumento “*no le resta importancia a la reforma del año 2021...porque obviamente su incorporación en el proceso de negociación se hacía a costa de sacrificar otras reivindicaciones*” y, además, porque este aumento no ha ido parejo al número de trabajadores cubiertos por este tipo de cláusulas, 136 y 137. Es más, no debe obviarse que ese aumento es fruto de la necesidad de pactar esta ultraactividad; lo que antes de la Reforma de 2012 no era necesario y, en consecuencia, no tenía por qué formar parte del clausulado convencional, por lo que, sin duda, el considerable incremento de este tipo de pactos no es ni más, ni menos que resultado de la anomia legal a este respecto.

48. Y no solo inseguridad jurídica pues, como describe Gordo González (2022), se aplicaba el convenio de ámbito superior “*fuera las que fueran [sus condiciones laborales], incluso aunque estas empeoraran las condiciones de las que venían disfrutando las personas trabajadoras. Ello, podía provocar de*

pronunciamientos judiciales. Una jurisprudencia que, por pura lógica, ha quedado, tras la Reforma de 2021, y como afirma Rojo Torrecilla, sin contenido⁴⁹. Con lo cual, desaparece, como se encarga de indicar el RDL, esa “*falta de certeza*”.

En segundo lugar, que no debe pasar desapercibido que era perfectamente posible que no siempre hubiese convenio de ámbito superior –por tratarse de determinados sectores, sectores emergentes o que, a su vez, hubiese decaído el de ámbito superior–, lo que concedía un amplio margen de acción empresarial en la determinación de las condiciones de trabajo, permitido por la propia regulación estatutaria por su repliegue, en muchas materias, en favor de la negociación colectiva.

Y en tercer lugar, que, sin duda motivado por la voluntad de evitar cualesquiera de los efectos precedentes, se produjo una tendencia, en las negociaciones, a la baja⁵⁰. Quiere ello decir que el banco social, ante el temor de que decayese el convenio, aceptaba las propuestas empresariales y/o rebajaba sus pretensiones, lo que en un momento de crisis económica, como la vivida en los años siguientes a la Reforma de 2012, enfatizaba, si aún era posible, la llamada negociación concesiva.

Todas ellas conjuntamente así como cada una por separado justificaba la necesidad de adoptar medidas que, como es natural, se debían traducir en la reforma de la reforma. Entre las distintas opciones posibles, se ha elegido una, podría decirse, clásica en cuanto que supone la vuelta al pasado o, si se prefiere, a la regulación anterior a la Reforma de 2012⁵¹. Es decir, recuperar la ultraactividad plena⁵². De tal modo que el convenio, salvo pacto en contrario, mantendrá su vigencia. Es más, esta regla se aplicará, como indica la Disposición Transitoria Séptima del RDL, a todos los convenios “*denunciados a la fecha de [su] entrada en vigor*”⁵³. Lo cual ha hecho que tenga un efecto inmediato en la negociación colectiva. Es más, estas negociaciones van a regirse por el nuevo procedimiento diseñado ante situaciones de bloqueo pero, antes de entrar en él, se hace necesario realizar varias observaciones sobre la ultraactividad.

En primer lugar, y partiendo de que, aún con esta ultraactividad plena, no se van a alcanzar acuerdos “perfectos”, ya que las debilidades, la inercia, los desequilibrios y

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.... No obstante, si se producía un perjuicio de los trabajadores estos tenían pocas alternativas frente al nuevo contexto productivo”; incluso, continúa este autor, podría darse la circunstancia de que unos trabajadores, por no tener convenio de ámbito superior, tuvieran mejores condiciones laborales, 133 y 135.

49. (2022), sin paginar.

50. En el mismo sentido, UGT, “*Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021....*”, opus., cit., p. 12.

51. Rojo Torrecilla (2022), sin paginar.

52. UGT, “*Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021....*”, opus., cit., p. 13.

53. Como dice Gordo González (2022), se ha hecho “*sin establecer regímenes transitorios confusos y conflictivos*”, 141.

la realidad socioeconómica siempre van a estar presentes en toda negociación, su renacimiento, sin duda, va a conllevar una desaparición o, cuando menos, relativización de las premuras en la negociación⁵⁴, ya que se ha eliminado la losa y cuenta atrás de la pérdida de vigencia del convenio. Ahora bien, ello no debe hacernos caer en la ingenuidad de que siempre se van a pactar acuerdos equilibrados, y que refuercen y respeten plenamente los derechos de los trabajadores, ya que las causas de la negociación concesiva son muchas y muy variadas.

En esencia, lo importante es que exista voluntad negociadora o, si se prefiere, voluntad de llegar a acuerdos. Con ella, se evita una de las críticas esgrimidas por las organizaciones empresariales a esta ultraactividad; y que consiste en que la misma puede conducir a la petrificación de los convenios colectivos⁵⁵. Sin embargo, y al menos en teoría, debe descartarse esta previsión empresarial, simplemente, tomando, como eje vertebrador, la buena fe negocial. Por consiguiente, hay que distinguir dos situaciones. Por un lado, los supuestos, en los que la ultraactividad es fruto de una *praxis* no ajustada a la buena fe y, por lo tanto, reprochable jurídicamente siendo, de este modo y entrecomillado, la que plantearía menos problemas; y, por otro, aquellos, en los que el mantenimiento del convenio es consecuencia del bloqueo legítimo de la negociación. En estos últimos, debe operar el anunciado procedimiento, con el que deseablemente poner fin al impasse negocial.

En segundo lugar, debe subrayarse la posibilidad del pacto en contrario como elemento impeditivo de la ultraactividad. O sea, que el convenio decaiga, con todo lo que ello significa, al haber acordado sus firmantes que no se prorrogará tras su fecha fin. En ese caso, renacen gran parte de los efectos negativos enumerados en párrafos precedentes. No obstante, hay una diferencia fundamental. Esa no ultraactividad es resultado de la decisión de los firmantes, y no del legislador. Por ello, cabe la posibilidad de articular mecanismos neutralizadores de dichos efectos. Y, entre ellos, está el importante papel, que deben jugar los convenios sectoriales y los acuerdos marco para dar cobertura a los vacíos convencionales existentes, en estos casos, en los ámbitos inferiores.

Otro tema es el posible recorrido que esta excepción a la regla general puede tener en nuestra negociación colectiva; y que va a estar muy condicionado, de nuevo y

54. López Anierte (2022) escribe que “*se recupera el sosiego que requiere todo proceso negociador, y se pone fin a la falta de seguridad jurídica y a las muchas dudas interpretativas que generaba la regulación anterior*”, sin paginar.

55. Crítica recogida por Rojo Torrecilla (2022), que argumenta, en su contra, que “*no está escrito en ningún lugar que se produzca si ambas partes tienen interés en buscar un nuevo acuerdo y saben negociar, y ceder cuando sea necesario, para alcanzarlo*”, sin paginar. En este orden de ideas, Gordo González (2022) afirma que nada obsta a que durante la ultraactividad del convenio se pueda “*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..., cuando no es posible alcanzar un nuevo texto, pero sin inaplicar el ultraactivo; o a través de las reglas de concurrencia, cuando el bloqueo en la unidad impide tanto alcanzar un nuevo convenio como descolgarse del vigente*”, 141.

como siempre, por los equilibrios de poder entre las partes negociadoras. Siendo así, puede pronosticarse, y el tiempo lo confirmará o no, que esa excepción será más fácil que se incorpore a convenios de empresa, por la mayor debilidad negociadora de los representantes de los trabajadores, que a convenios sectoriales. Este peligro, sin embargo, no podía ser obviado, ya que no admitirse la voluntad en contra de los firmantes del convenio, conllevaría un claro atentado a la autonomía colectiva.

En tercer lugar, hay que llamar la atención, como ha hecho Beltrán De Heredia Ruíz, sobre la duda interpretativa derivada de los arts. 86.3.1 y 86.4⁵⁶. De acuerdo con el primero, la ultraactividad comienza “*concluida la duración pactada*” previa denuncia; mientras que el segundo establece que el procedimiento, ante la falta de acuerdo, se pone en marcha al año de la denuncia del convenio colectivo.

Realmente, no hay tal discrepancia, puesto que cada uno de esos preceptos está atendiendo a dos supuestos de hecho distintos. Por un lado, como se acaba de indicar, la ultraactividad y, por otro, el procedimiento para el desbloqueo negociador. Por lógica, la ultraactividad no puede operar hasta que el convenio no haya finalizado. Sin embargo, el procedimiento sí puede anticiparse a dicho momento porque, como es sabido, la principal, aunque no única, función de la denuncia es comunicar a la parte contraria la voluntad negociadora y, con ella, iniciarse las negociaciones a fin de evitar un vacío entre convenios –lo que rara vez se produce–. En consecuencia, el cómputo del año debe hacerse desde la denuncia, y no desde la finalización de la vigencia del convenio.

4. IMPASSE NEGOCIAL: SIMPLIFICACIÓN Y ESPERANZA

Realizadas todas las anteriores observaciones, hay que continuar con las novedades del RDL en esta materia; y que, ahora, van referidas al procedimiento diseñado por el legislador con el propósito de resolver los bloqueos en la negociación de los convenios colectivos.

El legislador ha potenciado, una vez más y como ya viene siendo habitual, los medios extrajudiciales de solución de controversias; en esta ocasión, en relación con el conflicto de intereses, que supone el bloqueo en la negociación de convenios colectivos. Ello obliga a los acuerdos de solución extrajudicial de conflictos a incorporar en sus ámbitos objetivos esta controversia, pues, de lo contrario, quedaría, siguiendo el tenor literal del precepto estatutario, imposibilitada la pertinente vía extrajudicial. Así, se potencia, en relación con ellos, el protagonismo de los interlocutores sociales al más alto nivel.

56. (2022), sin paginar.

Dicho ello, que no debe entenderse como una apreciación sin importancia, hay que indicar que el procedimiento comienza con una mediación obligatoria, y puede continuar con un arbitraje. Pero hay que ir por partes.

4.1. Mediación obligatoria: una puerta abierta al desbloqueo negociador

Con la actual redacción del art. 86.4 del ET, las partes están obligadas –“*deberán someterse*”–, pasado un año desde la denuncia, y ante la falta de acuerdo, a someterse a una mediación. Por lo tanto, el legislador, independientemente de la voluntad de las partes en la controversia y de la de los firmantes de los acuerdos marco de solución de conflictos, obliga a este sometimiento. En un primer momento, puede sorprender esta decisión legal; sin embargo, hay argumentos que desmontan cualquier consideración de que, con ella, se esté vulnerando la autonomía colectiva.

El primero y principal es, sencillamente, el medio extrajudicial elegido que, como es sabido, no supone una injerencia en dicha autonomía, puesto que las partes son las que adoptan, libre y voluntariamente, el acuerdo –con mayor o menor intervención del mediador/es–. De ahí que se haya calificado de negociación asistida. Por ende, un medio no invasivo y, por no serlo, su obligatoriedad en el art. 86.4 del ET.

Eso sí, igual de no invasivo es la conciliación y, por ello, hay que preguntarse por las razones de su exclusión. Y la respuesta está en que, en muchas ocasiones, la intervención del tercero/s no puede quedar reducida a la mera audiencia, escucha y moderación del debate entre las partes, ya que los ánimos pueden estar tan enconados –en nuestro caso, tras un año de negociaciones–, que se le requiere de un papel más activo, lo que se traduce en la proposición de soluciones a la controversia.

Es más, cada vez parece estar más aceptado que la conciliación, por así decirlo, pura, ni es posible, ni es efectiva; de ahí que, en unos casos, se opte por su eliminación mientras que, en otros, por su fusión con la mediación; de modo que se institucionaliza como un único medio extrajudicial denominado conciliación-mediación. O sea, que el procedimiento comienza siendo una conciliación para que, en el momento en que el tercero o las partes lo consideren necesario, empezar a proponer soluciones, y, partir de ahí, entenderlo como una mediación. Aún con esta realidad, no hubiese estado de más que el RDL hiciese mención a la conciliación o, cuando menos, a la conciliación-mediación; de modo que respondiese a todas las posibles variantes de los diferentes acuerdos de solución extrajudicial de conflictos⁵⁷.

57. Excluido el arbitraje, hay tres opciones: a) los que sólo contemplan la mediación –Estatad, Aragón, Asturias, Baleares, Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia y Murcia–, b) los que acuden a la descrita conciliación-mediación –Andalucía, Cantabria, Castilla-León, Valencia, La Rioja, Madrid y Navarra– y c) los que configuran como medios independientes la conciliación y la mediación –Canarias, Cataluña y País Vasco–.

En segundo lugar y de menor calado, hay que insistir en el hecho de que la Reforma nace del diálogo social, por lo que son los interlocutores sociales los que han pactado y aceptado dicha obligatoriedad, que ya estaba presente en el art. 6 del IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva.

En tercer lugar, que la elección de la mediación es coherente con el art. 89.4 del ET –presente desde su redacción originaria–; de tal forma que lo que se ha hecho es potenciar su uso. Llegado este punto, no está de más dudar sobre el sentido de dicho art. 89.4 o, dicho con otras palabras, si su permanencia tiene o no sentido tras el actual art. 86.4. Aunque, en un primer momento, podría pensarse que el segundo anula al primero, la conclusión no es tan clara, ya que ello va a depender de la conjunción entre la ley, los acuerdos marco y la voluntad de las partes negociadoras; lo que genera diferentes posibilidades.

Primera, que los negociadores no acudan a la mediación hasta trascurrido el año desde la denuncia y, en este caso, tengan que seguir los pasos y los requerimientos de los acuerdos marco. Segunda, que los negociadores, con anterioridad al año, decidan someterse a la mediación. Ésta, a su vez, permite dos opciones. Una, que acudan a una mediación *ad hoc*; y otra, que se sometan a los plazos y exigencias de los acuerdos marco; y en sendas ocasiones, se puede, respectivamente, impedir o dificultar su utilización de no contarse con la voluntad conjunta de ambas partes. Por ello, no es aventurado aceptar que lo habitual será que se posponga el sometimiento al momento, en el que es, por ley, obligatorio.

En este mismo orden de ideas, no hay que perder de vista dos cosas más. Por un lado, que las partes pueden, acogiendo al acuerdo marco –lo normal es que lo permita–, ampliar los plazos de la mediación, con lo cual, de alcanzarse el acuerdo, éste puede dilatarse –no hay que olvidar además el año previo–. Y por otro, que nada garantiza que se adopte el acuerdo. Es verdad que esta dilación temporal o esta falta de acuerdo no supone un problema a efectos de regulación –debido a la ultraactividad–; no obstante, lo ideal sería que la mediación resultase, en la mayoría de las ocasiones, funcional para la resolución de este tipo de conflictos, aunque se trate de una opción subsidiaria a la negociación. Y, para ello, es de capital importancia emprender y/o continuar tres actividades: promoción, conocimiento y concienciación de la mediación –así como de las otras vías extrajudiciales–, formación de los mediadores y, por último, adecuado diseño en los acuerdos marco. Y estas tres tareas son competencia de los agentes sociales.

4.2. Arbitraje: una puerta casi nunca cruzada por las partes negociadoras

Del art. 86.4.párrafo segundo, hay que extraer, en relación con el arbitraje, cinco elementos claves. En primer lugar, su voluntariedad, lo que es lógico atendiendo a que, en este caso, como expresión de la negociación delegada, la autonomía de las partes

se constriñe considerablemente quedando reducida, casi exclusivamente, al compromiso arbitral. Eso sí, con el arbitraje siempre será resuelto el conflicto.

Pese a ello, la trayectoria histórica demuestra el poco uso de este medio extrajudicial para este tipo de conflictos, lo que permite pronosticar que, con el RDL, no tiene por qué haber un cambio de rumbo. Siendo así, se está, más bien, ante una mera, y no por ello hay que restarle importancia, propuesta o sugerencia, con la que poner fin a la controversia; y pudiendo ser eficaz cuando las posiciones estén tan enquistadas, que impidan, de cualquier otra forma, lograr la necesaria regulación, la cual, pese a la ultraactividad del convenio, debe ser más adecuada –sobre todo, en una actualidad como la de hoy en día tan influenciada por múltiples y diversos factores tanto endógenos como exógenos al mundo de las relaciones laborales–.

En segundo lugar y como consecuencia del anterior elemento, se requiere de un “*pacto expreso*” –o compromiso arbitral–, que puede ser “*previo o coetáneo*”. El primer momento temporal parece que debe interpretarse como aquel celebrado, necesariamente, con anterioridad al inicio del arbitraje. Lo más idóneo y operativo, sin duda, es que se adopte desde el mismo momento de la denuncia; de tal modo que se evite sumar al conflicto de intereses nacido de la negociación del convenio, el resultante de discutir si se acude o no al arbitraje. De ser así, las partes, conscientes de la posibilidad de bloqueo, pactan someterse al oportuno arbitraje. En su defecto, se haría coincidir con la mediación, por lo tanto, también previo. En este caso, el pacto de sumisión al arbitraje se puede realizar en cualquiera de sus fases o, sencillamente, al finalizar, ya que el acuerdo al que pueden llegar es que someten el conflicto a esto otro medio extrajudicial. En este sentido, hay que destacar que hay acuerdos marco, por un lado, que mantienen esta postura de acudir al arbitraje antes, durante o después de la mediación, y, por otro, que los hay que conceden a las partes la posibilidad de atribuirle al mediador/es, en cualquier momento del proceso, facultades arbitrales.

En tercer lugar, que el arbitraje se sujetará a lo dispuesto en los correspondientes acuerdos marco de solución de conflictos. Esto es, requisitos, formalidades y plazos, siempre y cuando el bloqueo negociador sea un conflicto, que se puede subsumir en el oportuno acuerdo. En líneas generales, las regulaciones existentes en la actualidad no tienen por qué ser disfuncionales para la resolución de este conflicto; no obstante parece necesario, en algunos casos, una cierta readaptación de los propios acuerdos para que así ganen en efectividad y en operatividad en relación con la resolución de este conflicto de intereses.

Las dos siguientes consideraciones no son fruto del RDL, ya que mantienen el tenor previo a la Reforma de 2021. Siguiendo, por tanto, con el orden, en cuarto lugar, el art. 86.4 indica que el laudo “*tendrá la misma eficacia que los convenios colectivos*”. Ello es lógico y coherente con el tipo de conflicto, que resuelve. Eso sí, no se trata de atribuirle naturaleza jurídica sino, se quiere recalcar, eficacia jurídica.

Y en quinto y último lugar, que el laudo se recurrirá de conformidad con lo dispuesto en el art. 91 del ET; de acuerdo con el cual, los motivos serán la inobservancia de las formalidades y exigencias contenidas en los acuerdos marco y ser un laudo *ultra vires*. En este punto, como se verá en el siguiente epígrafe, se puede plantear alguna discordancia, fácilmente salvable, entre la regulación legal y la paccionada.

4.3. Impasse negociador en el ASAC VI

Todo lo analizado en los dos últimos apartados debe, ineluctablemente, completarse con lo dispuesto en los acuerdos interprofesionales de solución de conflictos, debido a que el art. 86.4 se remite *in extenso*, tanto para la mediación como para el arbitraje, a ellos, lo que elimina casi todo el margen de acción de las partes enfrentadas, salvo que estos acuerdos lo permitan, en el diseño de los correspondientes procedimientos extrajudiciales. Por tanto, reduciendo la cuestión a tales acuerdos, el siguiente paso es averiguar si los mismos se amoldan o no a la nueva regulación del art. 86.4 del ET o, dicho de otro modo, si sus contenidos se mantienen en iguales términos, si requieren de una reformulación o si han quedado, en ciertos aspectos, inoperativos.

En estas páginas, sólo se va a acometer el análisis del ASAC VI⁵⁸ (en adelante, ASAC) debido a que el estudio de todos los autonómicos requiere de una extensión, que sobrepasa los objetivos de este trabajo. No obstante, el hecho de existir una cierta armonía entre todos los acuerdos y el número de trabajadores y empresas afectados por el estatal, son razones que pueden relativizar la exclusión del tratamiento de los autonómicos.

El principal y primer presupuesto es que este conflicto –bloqueo de la negociación– quede subsumido en el correspondiente acuerdo; y así sucede en el ASAC – art. 4.3.c) –.

Con la última versión del mismo, se ha incorporado –art. 4.3.k)– un nuevo ámbito de acción al permitir la sumisión de “*cualquier otra discrepancia en la negociación colectiva o en su aplicación...que, a juicio de las partes, merezcan nuevas posibilidades de negociación. Es voluntad de las organizaciones firmantes...superar la limitada concepción de nuestro sistema como un mero trámite previo a la vía procesal, conformando la voluntad real de impulsar planteamientos que favorezcan acuerdos totales o parciales*”. Y esta inclusión es de interés, por lo que aquí importa, debido a esa labor de impulso a la negociación, que puede, incluso, evitar que se haga efectiva la mediación obligatoria del art. 86.4 del ET. En definitiva, se trata de “*iniciativas tendentes a estimular la actividad negociadora y a sugerir el desarrollo de contenidos, siempre desde el respeto absoluto*

58. BOE de 23 de diciembre de 2020.

a la autonomía colectiva”⁵⁹, y que pueden ser solicitadas por “cualquiera de las partes legitimadas en la negociación colectiva” –art. 14.2.i) del ASAC–.

Este nuevo apartado, configurado a modo de cláusula abierta⁶⁰, durante el primer semestre de 2021, ha supuesto casi la mitad de los conflictos planteados –49.5%–; mientras que sólo el 0.7%, han tenido como objeto el impulso de la negociación colectiva⁶¹. Es cierto que todavía puede ser pronto para que las partes negociadoras hayan interiorizado esta dimensión; sin embargo, este dato no pronostica un buen futuro.

Dicho ello, hay que partir de que la mediación, de acuerdo con el ASAC, no es obligatoria en este conflicto; y por tanto, se acude a ella de haber un acuerdo conjunto de las partes –en cualquier momento de la negociación– o por voluntad de una de ellas, siempre y cuando hayan transcurrido 5 meses desde la constitución de la mesa negociadora, y la parte solicitante cuente con la mayoría de la representación⁶². Esta falta de obligatoriedad, que puede ser entendida desde el más escrupuloso respeto a la autonomía colectiva, sin embargo, puede ser la causa del escasísimo número de este tipo conflicto sometido a esta vía extrajudicial. Así lo demuestran los datos. Durante el año 2020, los conflictos por bloqueo de la negociación supusieron únicamente un 0.8% del total –3 conflictos–; y en los primeros seis meses de 2021, aumentó al 1.4%⁶³. Por tanto, porcentajes ridículos, que ponen de manifiesto la escasísima repercusión de la mediación como vía para resolver este conflicto de intereses. Con toda seguridad, ello no es consecuencia del diseño del ASAC sino, más bien, de la cultura y conocimiento de los negociadores sobre los medios extrajudiciales, y de una recalitrante defensa de la no intervención de terceros en las negociaciones de convenios colectivos.

Ahora, las reglas del ASAC deben completarse con las del art. 86.4 del ET; y como ya se ha estudiado, con la obligatoriedad de la mediación transcurrido un año de negociaciones desde la denuncia. Con lo cual, el Acuerdo estatal –como muchos de los autonómicos– se ha visto afectado. Ya no cabe afirmar que la mediación es voluntaria, ya que por Ley, los/as negociadores/as tienen la obligación de someterse a ella en el conocido supuesto.

Otro tema es si para poner en marcha la mediación, se requiere, por su obligatoriedad, de la voluntad concorde de los/as negociadores/as. A primera vista, parece

59. SIMA, Informe de Actividad primer semestre de 2021, 2021, p. 9.

60. Así la califica la Guía Rápida (Divulgación del último Acuerdo Interconfederal sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales), UGT-SIMA, 2021, p. 9.

61. SIMA, Informe de Actividad primer semestre de 2021, 2021, pp. 10 y 9.

62. El ASAC contiene una excepción a esta exigencia; y es que de estar prevista esta opción en el convenio y, de fijarse un plazo convencional y haberse cumplido, la parte solicitante no requerirá de la mayoría de la representación para poner en marcha la mediación.

63. SIMA, Memoria de Actividades 2020, 2021, p. 20 e Informe de Actividad primer semestre de 2021, 2021, p. 10.

que la respuesta debe ser afirmativa, ya que el precepto estatutario emplea el plural –“deberán someterse”–; aunque el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, en su art. 6, opta, claramente, por no ser necesaria esa voluntad conjunta, ya que, en él, se puede leer que “cada una de las partes puede decidir que la negociación está agotada y, por tanto, instar la mediación obligatoria”⁶⁴.

Es cierto que es un texto previo al RDL, lo que hace dudar de su aplicación al actual art. 86.4 del ET. No obstante, el hecho de que mencione, sin mayor desarrollo, la mediación obligatoria, puede ser una ilustrativa pauta interpretativa sobre la voluntad de sus firmantes en relación con el tema aquí planteado y, por tanto, que se pueda concluir que bastaría la voluntad de una sola de las partes enfrentadas. Ahora bien, si la otra, por los motivos que sean, se opone a dicho sometimiento, la mediación resultará ineficaz debido a la voluntad deliberadamente rebelde a intentar lograr el acuerdo.

Excluido este comportamiento, dicha obligatoriedad puede hacer que reviertan los datos. Es decir, que aumente exponencialmente el número de conflictos sometidos a mediación –sea al ASAC o a cualquier autonómico–, lo que no tiene por qué traducirse en un aumento de las avenencias. Prueba de ello son, de nuevo, los datos; aunque estos no especifican el número por tipo de conflictos, lo cierto es que la tónica general –que puede quedar excepcionada en el conflicto por bloqueo de la negociación– es la falta de acuerdos en las mediaciones celebradas al amparo del ASAC. En 2020, sólo el 25.2% finalizaron con acuerdo y, en los seis primeros meses de 2021, el 36.5%⁶⁵. Aunque hay que moverse, en cierta medida en el campo de la especulación, lo que no puede negarse es que estos resultados son un mal síntoma, que impide ser particularmente optimista en relación con el conflicto que aquí se está analizando.

Con los datos y pese a ellos, esta obligatoriedad tiene, deseablemente, un efecto inmediato como es la posibilidad de alcanzar el acuerdo, con el que poner fin a la controversia; y uno diferido o indirecto consistente en que los/as negociadores/as descubran y conozcan las virtudes de la mediación, y la interioricen como una acertado e idóneo medio de solución de conflictos –eso sí, siempre y cuando los/as mediadores/as en particular, y los sistemas de solución de conflictos en general, sean capaces, respectivamente, de gestionar y de diseñar, de manera adecuada, esta vía extrajudicial–.

El ASAC exige que se manifiesten “*las diferencias sustanciales que han provocado el bloqueo de la negociación*” –art. 4.3.c)–. Indudablemente, se trata de una cuestión crucial, ya que es la base de la labor de la persona mediadora. Ahora bien, no

64. En el mismo sentido, Gordo González (2022) cuando afirma que “*cualquiera de las partes puede obligar a la otra a someterse a dichos procedimientos de mediación*”, 139.

65. SIMA, Memoria de Actividades 2020, 2021, p. 16 e Informe de Actividad primer semestre de 2021, 2021, p. 19.

siempre tiene por qué existir acuerdo sobre tales diferencias, al tiempo que no hay que despreciar que algunas de ellas forman parte de la vertiente negativa de la negociación. Así pues, el papel del mediador/a es clave al tener que poner en práctica todas sus habilidades y competencias, para gestionar todo lo que encierra el bloqueo de la negociación.

La obligatoriedad y la importancia del papel del mediador/a pueden propiciar que cada vez sea más frecuente, que su designación se realice de común acuerdo entre las partes enfrentadas. Aunque también cabe la interpretación contraria; de acuerdo con la cual, el hecho de no haber voluntariedad, incluso, por qué no, que haya contundente disconformidad, se puede convertir en un elemento en contra de cara a la designación del mediador/a.

Los plazos de la mediación, ya sean los del ASAC, ya sean otros acordados por las partes –lo permite este Acuerdo–, tras la Reforma de 2021, no son un óbice, ni un lastre para los/as negociadores/as debido a la ultraactividad del convenio.

Ante la falta de acuerdo en la mediación, dos serán las posibilidades. Una, acudir al arbitraje, previo acuerdo que, por supuesto, puede ser coetáneo al fracaso de la mediación; la otra, mantener abierta la negociación. En este último supuesto, la buena fe comercial debe ser el elemento impeditivo y corrector de la permanencia del convenio. Pero, no sólo ésta puede jugar un papel importante, sino también puede coadyuvar el nuevo art. 18 del ASAC, que permite la reapertura del expediente para “*formalizar o ratificar*” el acuerdo. La razón está en que en el momento de la mediación, pese a haberse logrado acuerdos, por ejemplo, parciales, puede que no fuesen suficientes para acabar con la desavenencia. Sin embargo, trascurrido un tiempo, sin haberse adoptado el acuerdo, lo que antes no se aceptaba, puede ser admitido y, en este caso, que las partes ratifiquen el acta de mediación y, con ella, se consiga el ansiado convenio.

Como puente de unión entre mediación y arbitraje, ya que es predicable de sendas vías extrajudiciales, hay que traer a texto dos consideraciones. En primer lugar, que el ASAC –y la totalidad de los acuerdos autonómicos– impide acudir a medidas de conflictos, en particular a la huelga, de iniciarse el procedimiento de mediación –art. 13.7– o formalizarse el compromiso arbitral –art. 20.3–.

Desde la óptica de la pacificación del sistema de relaciones laborales y de la coherencia negociadora, estas disposiciones son lógicas, ya que lo contrario supone una clara contradicción: acudir al correspondiente medio extrajudicial y, al mismo tiempo, recurrir a la huelga. Es más, estaría, de algún modo, poniendo de manifiesto la falta de buena fe o, en el mejor de los casos, de disposición de la parte trabajadora para lograr un acuerdo en mediación o de ser cierta la voluntad expresada en el compromiso arbitral.

No obstante lo anterior, no hay que olvidar que la huelga es el medio por excelencia de la clase trabajadora para hacer valer sus pretensiones en toda negociación;

incluida, la que se desarrolla en el contexto de la mediación –no así en el arbitraje por esa delegación, de la que se ha hablado en otro momento–. Ahora bien, su prohibición no significa que se esté negando el derecho de huelga sino, simplemente, dejando su ejercicio en suspenso durante el tiempo, que dure la mediación. Antes y, de no alcanzarse el acuerdo, después, siempre será posible la huelga. Lo único, que la obligatoriedad de la mediación derivada del art. 86.4 del ET, puede conllevar un aumento del número de huelgas durante el primer año de la ultraactividad, ante la imposibilidad de convocatorias durante la sustanciación de la mediación. Sin embargo, su habitual corta duración y, al tiempo, la amplitud del año previo a ella, son razones más que suficientes para que se haga un uso coherente y responsable del derecho de huelga.

Y en segundo lugar, que, como también es admitido por la totalidad de los acuerdos de solución de conflictos, al arbitraje se puede acceder antes, durante y después de la mediación. Esta regla no parece que se altere por el hecho de que, en la actualidad, sea preceptivo el sometimiento a la misma. Obviamente, lo es siempre que las partes no hayan acudido al arbitraje, lo que van a poder hacer durante el primer año de la negociación –eso sí, no es la apuesta del legislador, que prefiere, con carácter previo, agotar todas las vías menos invasivas, es decir, la negociación y la mediación–, durante el desarrollo de la propia mediación y, por supuesto, tras su finalización sin avenencia.

Entrando ya en el arbitraje, hay que partir del art. 9.1.b) del ASAC, que lo hace obligatorio en los casos de “*renovación de un convenio colectivo denunciado, cuando así se haya establecido de forma expresa en el mismo, una vez superado los plazos máximos de negociación recogidos en el propio convenio colectivo sin haberse alcanzado el acuerdo*” o, simplemente, “*cuando esté previsto en convenio*”. Se trata, por tanto, de un arbitraje obligatorio o, mejor dicho, pseudoobligatorio, ya que, en puridad, la decisión de sumisión viene contenida en el convenio colectivo. O sea, las partes firmantes se comprometen a acudir al arbitraje durante la renovación del convenio denunciado. Sin embargo, este planteamiento requiere de una aclaración.

Los firmantes del convenio no necesariamente tienen que ser los legitimados estatutariamente para la negociación del siguiente. No se puede perder la perspectiva de que la renovación de un convenio es, con todo, la negociación de un convenio *ex novo* y, en consecuencia, tienen que estar todos los sujetos indicados en los arts. 87 y 88 del ET. Así pues, estos últimos no pueden quedar vinculados por el pacto contenido en el convenio colectivo denunciado; ni se puede condicionar el compromiso arbitral de los nuevos legitimados. En estos casos, se requiere, ineluctablemente, del pacto coetáneo del que habla la norma estatutaria. En definitiva, la prescripción del ASAC en relación con este arbitraje obligatorio, *per se*, está vacía de contenido en todos aquellos supuestos, en los que no coincidan firmantes y legitimados.

Desde esta perspectiva, se anula –o se puede anular–, por el mismo argumento esgrimido en el párrafo precedente, que la sumisión al arbitraje se realice en el plazo previsto convencionalmente, ya que sus términos no serán vinculantes para los futuros negociadores. Y, en cambio, tendrá plena efectividad de existir dicha coincidencia. En este último supuesto, habrá que ver, con el actual 86.4 del ET, por cual de las dos siguientes opciones optan los convenios, que contienen este tipo de disposición. De un lado, extender el plazo de negociación a más de un año –como requisito previo para el arbitraje–; así, los negociadores se verían obligados a someterse a la mediación y, sólo ante su fracaso, poner fin al conflicto mediante el oportuno –y obligatorio– arbitraje. Y de otro, acortar el plazo para evitar la mediación obligatoria. Sólo el devenir de nuestros convenios aportará el conocimiento de la opción elegida por los interlocutores sociales.

Pocas consideraciones más merece el arbitraje en el ASAC en relación con el nuevo procedimiento previsto en el ET para el bloqueo de la negociación. No obstante, sí se quiere mencionar alguna otra como, en primer lugar, la importancia que tiene para este tipo de conflictos el contenido de la solicitud de arbitraje recogido en el art. 22.1 del ASAC y, más exactamente, en su letra c), que puede desmembrarse en los siguientes apartados.

- A. “*Las cuestiones concretas sobre las que ha de versar el arbitraje...*”. Este contenido está poniendo de manifiesto que el arbitraje no puede, ni debe convertirse en un medio para anular o suplantar a la autonomía colectiva, por mucho que cuente con su aquiescencia; sino en el apoyo necesario, que permita poner fin al conflicto en relación con las materias, que están impidiendo la adopción del convenio. A la par, esta exigencia está comprometiendo el contenido del laudo pues, de existir extralimitación, el mismo se calificaría de *ultra vires*.
- B. “*...si éste es en derecho o en equidad...*”. Por el tipo de conflicto, lo normal es que se opte por el de equidad; eso sí, siempre respetándose la legalidad ordinaria y constitucional.
- C. “*...su génesis, desarrollo y pretensión, las razones que lo fundamentan...*”. Elementos, todos ellos, claves ante situaciones de impasse negociador.
- D. “*...el plazo para dictar el laudo arbitral...*”. Dicho plazo, salvo voluntad contraria de las partes, tendrá una duración general de 10 días o una excepcional de 40. Ahora bien, este mismo precepto, en su letra e), permite que se fijen, en la negociación, plazos más breves, “*en los que sea prioritaria la rápida resolución de la controversia*”. Excluidos enquistamientos negociadores, este acortamiento de los plazos no parece necesario y, quizás, ni siquiera pertinente, cuando, como se acaba de ver, los del ASAC no son especialmente amplios.
- E. “*...Las partes podrán instar...[al árbitro] a dictar su laudo en base a la posición final que le puedan presentar las mismas en una o varias de las cuestiones*

concretas sometidas a arbitraje...”. Esta precisión es significativa, ya que está concediendo a las partes enfrentadas un protagonismo en este medio extrajudicial, que va más allá del mero compromiso arbitral, en cuanto que hace valer sus pretensiones como expresión del respeto a la autonomía colectiva.

Y, en segundo lugar, algunas observaciones en materia de eficacia y de recurso del laudo arbitral. Con respecto a la primera, tanto el ET –art. 86.4– como el ASAC –art. 25.1– indican que el laudo tendrá eficacia de convenio colectivo⁶⁶, añadiendo el Acuerdo estatal, que deberá ser depositado, registrado y publicado. Esta equiparación es, exclusivamente, a efectos de eficacia, ya que la autonomía colectiva es sustituida por la decisión arbitral; sin que ello quede contradicho, a estos efectos, por el hecho de que el laudo recoja propuestas concretas de las partes negociadoras.

Mientras que en relación con el recurso del laudo, hay que partir de que el art. 86.4 del ET mantiene, en este punto, la redacción previa al RDL. Por consiguiente, el art. 25.3 del ASAC⁶⁷, posterior en el tiempo, debería haberse adecuado a lo previsto en él. Sin embargo, no es así, lo que obliga a realizar una labor hermenéutica, que podría ser evitada, sencillamente, con una mejor armonía entre los preceptos implicados que, junto a los anteriores, son el 91 del ET y 65.4 y 163.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

De la combinación de todos ellos, se puede extraer que los motivos de recurso son: a) inobservancia de las reglas procedimentales y/o formales del arbitraje –por supuesto, de acuerdo con la regulación dada en los distintos acuerdos de solución de conflictos–, b) laudo *ultra vires*, c) conculcar la legalidad ordinaria y/o constitucional y d) lesionar “*gravemente el interés de terceros*” –art. 163.1 de la LRJS–.

Para terminar con el arbitraje, se quiere realizar un apunte final, que tiene como base los datos. La incidencia de este medio extrajudicial en la resolución de conflictos, al menos en el ámbito del ASAC, es escasísima. En 2020, sólo hubo dos arbitrajes; mientras que en los seis primeros meses de 2021, tres⁶⁸. En ninguno de estos dos años se especifica si tales arbitrajes tuvieron por objeto un conflicto de impasse negocial. Pero, aún teniéndolo, son cantidades tan insignificantes que, con toda seguridad y a diferencia de lo que se puede prever con la mediación, no van a revertir con el nuevo art. 86.4 del ET.

66. El art. 25.1 del ASAC precisa que “*tendrá la misma eficacia que lo pactado en convenio colectivo*”; mientras que el 86.4 del ET afirma que “*tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos*”. Es más, esta misma eficacia hace que el apartado 2 del indicado precepto del ASAC añada que “*el laudo arbitral excluye...[la] huelga sobre la materia resuelta y en función de su eficacia*”.

67. “*El laudo arbitral podrá ser recurrido en los términos y plazos establecidos en los artículos 65.4 y 163.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social*”.

68. SIMA, Memoria de Actividades 2020, 2021, p. 14 e Informe de Actividad primer semestre de 2021, 2021, p. 21.

5. LUCES Y SOMBRAS SOBRE EL CONVENIO APLICABLE A LAS PERSONAS TRABAJADORAS DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

Desgraciadamente, con el paso del tiempo, la externalización de la actividad productiva ha dejado de ser algo excepcional para convertirse en regla; y ello, no tanto por las necesidades empresariales, como por el hecho de que las empresas han encontrado en esta externalización una vía, entre otras muchas cosas, de abaratamiento de los costes laborales. De ahí que no resulte sorprendente que el RDL con la voluntad, como dice su Preámbulo, de “*modernización de la contratación y subcontratación de las empresas*”, contemple medidas correctoras de esas desafortunadas consecuencias⁶⁹ –se quiere aclarar que no siempre derivadas de comportamientos fraudulentos– nacidas de la anterior regulación legal de las contratas y subcontratas. Con este propósito, se ha modificado el art. 42.6 del ET. En concreto, la determinación del convenio colectivo aplicable a los/as trabajadores/as de las empresas contratistas o subcontratistas, pues, como describe este mismo Preámbulo, la situación precedente ha conducido a verdaderos atentados al “*principio de no discriminación e igualdad de trato*”.

Con la reforma llevada a cabo, se pretende acabar con la pauperización de los/as trabajadores/as de la empresa contratista o subcontratista, a la que ha conducido la aplicación del convenio de empresa. Ahora, con una redacción no particularmente clara, el art. 42.6 del ET indica que se aplicará el convenio sectorial de la actividad ejecutada por la persona trabajadora de la empresa contratista o subcontratista⁷⁰ o, con otras palabras, se aplicará, en función del ámbito territorial de la empresa contratante, el convenio sectorial, cualquiera que sea, que regule la actividad desarrollada por el/la trabajador/a. Así, los elementos determinantes son: convenio sectorial y actividad realizada. Sin embargo, no siempre será fácil conocer dicho convenio aplicable⁷¹; máxime cuando, por ejemplo, se haya pactado, entre la empresa contratista o subcontratista y el/la trabajador/a, la polivalencia funcional. Estas disfunciones se hubiesen evitado de aceptarse la propuesta sindical, por la que se aplicaría el convenio de la empresa principal⁷².

69. López Aniorte (2022) escribe que con la Reforma de 2021 se adoptan “*medidas para evitar que las contratas y subcontratas sean utilizadas como instrumento para la reducción de costes, mediante la devaluación de las condiciones laborales de su personal*”, sin paginar.

70. Exactamente, este precepto afirma que “*el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata*”. O, con palabras de UGT, “*el de la actividad que realice para la empresa contratante*”, “*Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021...*”, opus., cit., p. 14.

71. Beltrán De Heredia Ruíz (2022) indica que “*si se trata de una EMS que presta servicios integrales a la cliente, debe entenderse que a los trabajadores que prestan tales servicios deberían aplicárseles los convenios de los sectores respectivos. Lo que, en algunos casos, podría plantear alguna dificultad de delimitación de la norma a aplicar*”, sin paginar.

72. UGT, “*Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021...*”, opus., cit., p. 14.

Volviendo a la regla general, hay que indicar que ésta, como casi todas, tiene excepciones que, de acuerdo con la nueva regulación, son tres.

En primer lugar, que se puede aplicar otro convenio sectorial “*conforme a lo dispuesto en el Título III*”. Esta referencia es difícil de interpretar por su propia generalidad, ya que esa alusión al Título III abarca todas las posibles opciones estatutarias. Sin ninguna seguridad, cabe deducir que, quizás, está apuntando a los acuerdos del art. 83.2 del ET, en cuanto que pueden diseñar la estructura y contenidos de la negociación colectiva.

En segundo lugar, que la empresa contratista o subcontratista sea un centro especial de empleo –Disposición Adicional Vigésimoséptima del RDL–. Esta excepción tiene su fundamento en la función integradora, para las personas con diversidad funcional, sensorial o psíquica, que cumplen estos centros especiales de empleo. Con ser loable la intención, no debe pasar desapercibido que, en la actualidad, estos centros están compitiendo con las restantes empresas; y lo hacen con una posición de ventaja debido, en parte, a sus menores costes salariales. Tanto es así, que las empresas competidoras los sienten como una amenaza o, si se prefiere, como un supuesto de competencia desleal. A ello hay que unir el hecho contrastado, y que justifica su especial régimen, de que, desgraciadamente, no están cumpliendo su fin principal de servir a estas personas de pasarela de acceso al empleo ordinario; por ello, hay que concluir que tanto esta excepción en particular, como su régimen en general, requieren de una profunda revisión.

Y en tercer lugar, que “*la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio*”; en cuyo caso, “*se aplicará este, en los términos del artículo 84*”. El tenor de esta excepción no parece dar lugar a muchas dudas: el convenio sectorial cederá en aquellas ocasiones, en las que la empresa contratista o subcontratista tenga su propio convenio.

Debe llamarse la atención sobre el dato de que se menciona el art. 84 en su totalidad; no así, en exclusiva, su párrafo segundo. Es cierto que el primero abarca al segundo y, por hacerlo, esta preferencia del convenio de la empresa contratista o subcontratista no es en relación a todo su contenido, sino que queda excluida, *ex art.* 84.2, la cuantía salarial. Lo que, desde luego, es aplicable a las empresas multiservicios con convenio propio⁷³; siendo esto último, uno de los principales objetivos de la Reforma. Ahora bien, las condiciones no salariales de los/as trabajadores/as de estas empresas, contenidas en sus respectivos convenios, dejan, en la casi totalidad de las ocasiones, bastante que desear y, por este motivo, también deberían haberse adoptado medidas en esta dirección. Quizás, las del RDL son, en el contexto del diálogo

73. Con cierto optimismo, UGT afirma que hay un “*cambio esencial que impedirá la aplicación de los convenios de empresas multiservicios destinados a abaratar los servicios sobre la rebaja de los precios de los salarios*”, “*Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre..*”, opus., cit., p. 15.

social, las únicas posibles, pero, no por ello, debería abandonarse la lucha a favor de la dignificación de este colectivo de trabajadores/as.

Para finalizar con este epígrafe, hay que referirse, en relación con el papel del convenio colectivo tras el RDL, al art. 16.4 del ET, que confiere a los convenios sectoriales la posibilidad –“podrán”– de “*determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses*”. Se configura como una propuesta de contenido que, debido a su importancia, debe ir tomando cuerpo en estos convenios colectivos, los cuales tienen libertad para la fijación del plazo, ya que, acudiendo al tenor de la norma, el legal es subsidiario al convencional.

Se trata, como puede apreciarse, de uno de los supuestos, en los que se potencia el papel del convenio sectorial, lo que resulta correcto atendiendo a la materia delegada. Por contra, es decir, de admitirse el convenio de empresa, probablemente, este plazo se acortaría en relación con el legal a fin de que la empresa, cuanto antes, pudiese poner en marcha las “*medidas coyunturales o definitivas que procedan*”; y que, con bastante habitualidad, se traducirían en la extinción contractual.

6. OTRAS REFERENCIAS DEL RDL A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y AL CONVENIO COLECTIVO

Como indica el título de este epígrafe, a lo largo del RDL, junto a los preceptos analizados en apartados precedentes, existen otras referencias al convenio colectivo y a la negociación colectiva vinculadas a nuevas o reformadas instituciones. Dichas referencias obligan a dos previas reflexiones.

En primer lugar, que, pese a la apuesta por el convenio sectorial, en cuanto que soporte equilibrante de las fuerzas negociadoras, no siempre se concreta el ámbito convencional. Esta falta de concreción se enfatiza en aquellas otras ocasiones, en las que la remisión, ya no es al convenio colectivo en general, sino a la negociación colectiva. En cualquier caso, se puede estar dejando espacios abiertos a distintos ámbitos convencionales; incluido, por tanto, el de empresa. Para evitarlo, hubiese bastado con especificar, en todos los supuestos, el convenio colectivo competente. Es más, si cuando se hace –y son muchos los ejemplos– no se entiende como una injerencia en la autonomía colectiva, ni una vulneración de la libertad negociadora reconocida constitucional y legalmente, no hay explicación alguna para esta desatención.

En segundo lugar, que hay ocasiones, en las que el RDL contiene meras sugerencias de contenido a las partes negociadoras, lo que puede conllevar que éstas, por los más variados motivos, no las asuman originándose, de este modo, un vacío convencional, con las nefastas consecuencias que conlleva este resultado. Para evitarlo, debería haberse dado un paso adelante haciendo obligatoria determinadas materias en la negociación. Obligatoriedad, que no debe entenderse, siempre y en todo caso, como

imposición de contenidos convencionales, ya que los/as negociadores/as serían totalmente libres –siempre respetando, por supuesto, la legalidad– para disciplinar dichas materias.

- A. Tanto en los nuevos contratos formativos como en los temporales existen referencias a la negociación colectiva⁷⁴ y al convenio colectivo. Dentro de estas últimas, tales alusiones son al convenio de aplicación o aplicable⁷⁵, a los convenios sectoriales –sin concretarse su ámbito⁷⁶– o al convenio colectivo, sin atender a si es de empresa o sectorial⁷⁷.

Siendo así, y partiendo de las observaciones ya realizadas, hay que insistir en que debería haberse huido de todas las alusiones genéricas a fin de otorgar seguridad jurídica, de un lado, y, de otro, evitar que determinadas materias puedan quedar en espacios negociadores, en los que resulta complejo garantizar el requerido equilibrio de fuerzas. Es cierto que el nuevo art. 84.2 del ET, en algunas materias, contrarresta el posible uso perverso de la norma legal.

Desde un punto de vista sustantivo, se puede afirmar que no existe grandes novedades en cuanto a la delegación a los interlocutores sociales de las materias a negociar. Así, permanecen cuestiones clásicas como la retribución, la duración o el período de prueba. Pero lo más significativo, al tiempo que criticable, es que –en unos casos se mantiene y en otros se incorpora– no se compela a los/as negociadores/as a regular en los convenios colectivos –preferentemente sectoriales; sin perjuicio de sus adaptaciones en los de empresa– materias claves vinculadas a la contratación formativa y temporal y, por contra, se tratan como meras sugerencias de contenido –“podrán” establecer–.

74. Arts. 11.6 –normas comunes a los contratos formativos; en concreto presencia equilibrada de hombres y mujeres y compromisos de conversión de contratos formativos en contratos indefinidos– y 15.7 –en materia de contratación temporal, la concreción de los medios para informar sobre las vacantes de puestos indefinidos en la empresa–.

75. Arts. 11.2.m) –retribución del contrato de formación en alternancia– y 11.3.i) –retribución del contrato formativa para la obtención de la práctica profesional–.

76. Arts. 11.3.c) –duración del contrato formativo para la obtención de la práctica profesional–, 11.4.e) –dentro de las normas comunes de los contratos temporales, determinación de los “puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio de contrato formativo”, y 15.2 –duración del contrato por circunstancias de la producción–.

77. Arts. 11.3.e) –duración del período de prueba en el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional–, 15.3 –contrato de sustitución; plazo de duración del contrato cuando éste es para cubrir una vacante durante el proceso de selección–, 15.6 –reconocimiento de derechos convencionales de manera proporcional a los trabajadores temporales– y 15.8 –planes de reducción de la temporalidad, trabajadores temporales en relación con el total de la plantilla, conversión de temporales en indefinidos, porcentajes máximos de temporalidad “y las consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos”, criterios de preferencia para los temporales y facilitar el acceso al sistema de formación profesional para el empleo “a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales”–.

Es el caso, para la primera modalidad de contratación, de la fijación de “*criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos...[y los] compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido*” –art. 11.6 del ET–, y, para la segunda, de los planes de reducción de la temporalidad, del número de trabajadores/as temporales en relación con el total de la plantilla, de la conversión de contratos temporales en indefinidos, de los porcentajes máximos de temporalidad “*y las consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos*”, de los criterios de preferencia para los temporales y, por último, de la facilitación del acceso al sistema de formación profesional para el empleo “*a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales*”.

Es fácil entender que algunos de los anteriores y posibles contenidos negociadores no sean, por decisión legal, de obligatorio tratamiento por las partes negociadoras, en cuanto que suponen la asunción de concretas obligaciones, de las que, por regla general, las empresas y las organizaciones empresariales no van a ser partidarias. Pese a ello, no deberían haberse tratado como meras sugerencias, puesto que, de esta forma, puede producirse, sobre todo en los niveles más bajos de la negociación, que sean excluidas de la regulación convencional o, como mucho, que se incorporen, lo que es bastante frecuente, como simples declaraciones de buenas intenciones. A lo mejor, la solución hubiese sido conminar a la incorporación, y que los/as negociadores/as sujetarán tales compromisos empresariales a concretas condiciones, sin cuyo cumplimiento decaería la obligación empresarial.

- B. En el caso de los/as trabajadores/as fijos/as discontinuos/as, la situación, en su conexión con la negociación colectiva y con el convenio colectivo y en esencia, no varía sustancialmente con respecto a las consideraciones generales vertidas al inicio de este apartado.

Atendiendo a criterios instrumentales, hay que comenzar indicando que dos son las referencias. Por un lado, al “*convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa*”. Y ello, en una materia de tanta relevancia como “*los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas*”. No debe pasar desapercibido que no se concreta el ámbito del convenio colectivo, lo que permite que sea el de empresa. Nada obsta, sin embargo, a que a nivel sectorial se establezcan unos criterios y pautas, por las que debe regirse el llamamiento, que condicionen, sobre todo, el contenido del ámbito inferior; y para ello, es fundamental, que los/as negociadores/es sectoriales no dejen nunca, por falta de regulación o regulación inadecuada, espacios abiertos, al menos, al acuerdo de empresa.

Lo anterior, tiene que ser completado con la modificación llevada a cabo en la Ley de Empresas de Trabajo Temporal que, partiendo de la posibilidad de contratación por las mismas de trabajadores/as fijos/as discontinuos/as, establece que las referencias del art. 16 del ET a la negociación colectiva “*se entenderán efectuadas a los convenios colectivos sectoriales o de empresa de las empresas de trabajo temporal*” –art. 10.3 de la LETT–. Con lo cual, la dinámica es la misma que en el caso precedente; eso sí, sustituyendo el acuerdo de empresa por el convenio de empresa. De hecho, y salvo regulación sectorial, lo habitual será que se acuda, cualquiera que sea su soporte, a los criterios contenidos a nivel de empresa. Por ello y como se acaba de afirmar, la negociación colectiva sectorial debe asumir, cuando menos, la regulación de unos criterios generales, objetivos y claros.

Y por otro, en el art. 16.5 del ET, se apuesta por el convenio sectorial, de forma que muchas materias quedan ajenas al ámbito de la empresa; algunas, como se va a ver a continuación, de trascendencia. Ahora bien, éstas, desde un punto de vista sustantivo, se encuadran en la dirección de las propuestas de contenido como, claramente, se desprende del mencionado precepto, que emplea las expresiones “*podrán establecer*” o “*podrán acordar*”. Así, en unos casos, se delegan materias que, por pura lógica, tienen como sede natural el convenio sectorial⁷⁸ –es más, algunas están condicionadas por dicho ámbito⁷⁹–; y, en otros, materias que, pese a su importancia, se deja su inclusión a la voluntad de las partes negociadoras.

En este último sentido, hay que llamar la atención sobre el párrafo tercero del art. 16.5 del ET cuando afirma que se podrá negociar un “*período 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*”. La significación de sendas cuestiones debería haber llevado a que se superase la naturaleza de sugerencia, y se convirtiese en un contenido necesario, con las particularidades oportunas, de los convenios colectivos sectoriales.

- C. Por último, hay que aludir, aunque sea brevemente, a la modificación operada en la Disposición Adicional III de la Ley 32/2006 reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción. Exactamente, se incorporan dos

78. Art. 16.5 del ET –se “*podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos, y la obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo*”–.

79. Art. 16.5.párrafo primero del ET –creación de una “*bolsa sectorial de empleo en la que se podrán integrar las personas fijas-discontinuas durante los periodos de inactividad, con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua durante estos*”–.

apartados a dicha Disposición que, por lo que aquí interesa, delegan dos materias al convenio sectorial estatal de este sector – el RDL, exactamente, se refiere a “*la negociación colectiva de ámbito estatal del sector*”–.

Esta delegación *ex lege* es totalmente coherente con el diseño de la estructura negociadora en el sector de la construcción –es, sin duda, una manifestación del carácter negociado del RDL–, que se acompaña de un reparto de materias a negociar en los distintos ámbitos convencionales, existiendo una clara y amplia reserva material a favor del convenio estatal. Siendo así, no es sorprendente el tenor de los apartados 2 y 5.b) de la actual Disposición Adicional III de dicha Ley.

A diferencia de referencias anteriores, en esta ocasión no se trata de una propuesta, sino de una obligación de contenido –“*determinará*” y “*precisará*”–, en relación con dos aspectos vinculados con la extinción del contrato indefinido adscrito a obra por motivos inherentes a la persona trabajadora en el sector de la construcción.

El primer supuesto acaece en aquellas ocasiones, en las que la empresa, antes o después de la finalización de la obra y por estar obligada, da formación, directa o indirectamente, al trabajador/es afectado/s a fin de facilitar su recolocación. De tal modo que la negociación colectiva “*determinará los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuadas según las cualificaciones requeridas para cada puesto, nivel, función y grupo profesional*”.

Mientras que el segundo, está contemplando el siguiente supuesto de hecho: la extinción del contrato de obra, tras la propuesta de recolocación, cuando el o la trabajador/a, pese a su formación o recualificación, no es adecuado/a para la nueva obra o hay más trabajadores/as “*con la cualificación necesaria para desarrollar sus mismas funciones*”. En esta última causa extintiva, se hace imprescindible establecer criterios permisivos de la elección de los/as trabajadores/as entre los/as posibles candidatos/as, que concurren simultáneamente. Y con tal finalidad, el convenio estatal deberá precisar “*los criterios de prioridad o permanencia*”.

7. UNA ÚLTIMA MIRADA AL RDL 32/2021 EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

De acuerdo con el Preámbulo del RDL, y en cumplimiento del componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el gran objetivo de la Reforma, en materia de negociación colectiva, ha sido su “*modernización*”⁸⁰ –Reforma 8–. La

80. Lo que se traduce, de conformidad con el Preámbulo del RDL, en “incorporar cambios en la propia estructura de negociación, reforzando la representatividad de las partes negociadoras, enriqueciendo sus contenidos y reforzando la seguridad jurídica en su aplicación y en sus efectos”.

ejecución o, si se quiere, las medidas adoptadas para el cumplimiento de tal fin, admiten una doble lectura.

Una primera, positiva en cuanto que ha revertido parte de los efectos de las medidas adoptadas con la Reforma de 2012 que, como se ha visto, han conducido a una alarmante e inaceptable pauperización de la clase trabajadora, lo que ha sido posible gracias, en primer lugar, a la primacía del convenio de empresa en materia salarial. Una vía que ha otorgado a las empresas una fantástica opción para lograr, sin demasiados esfuerzos, su objetivo de reducción de los costes salariales con el argumento de favorecer una pretendida competitividad y productividad. Esto ha hecho que ni tan siquiera fuese necesario acudir a otras vías, igualmente reformadas en 2012 en claro desequilibrio a favor de las empresas, de flexibilidad interna y, muy particularmente, a la inaplicación del convenio colectivo, por ese uso pervertido de la prioridad aplicativa del convenio de empresa como medida de flexibilidad⁸¹. Por consiguiente, la derogación de la letra a) del art. 84.2 del ET debe suponer una reversión de dicha nefasta situación; aunque no es descartable que, fruto de la misma, aumenten de manera significativa los supuestos de inaplicaciones convencionales en materia salarial, con lo que se mantenga el empobrecimiento de las personas trabajadoras. Eso sí, la exigencia de una causa justificativa de la medida debería depurar los comportamientos empresariales fraudulentos. Aún así, no hay que olvidar que, en estos casos, la representación de los trabajadores también se va a ver –sobre todo en las medianas y pequeñas empresas– presionada a alcanzar acuerdos salariales a la baja.

Y en segundo lugar, al debilitamiento, hasta extremos insospechados, del poder negociador de la representación de los trabajadores, lo que se ha conseguido por la presión ejercida sobre ella ante la falta de ultraactividad del convenio colectivo; aunque no se trata del único supuesto, ya que esta misma presión ha sido –y seguirá siendo– ejercida en otros procesos negociadores como los nacidos, como se acaba de indicar, de los descuelgues.

La adopción de medidas, por tanto, con las que, de un lado, reestablecer el poder y el equilibrio necesarios de las partes negociadoras, como pilares básicos de toda negociación en un sistema democrático de relaciones laborales, y, de otro, luchar contra la pobreza laboral, obligan a una valoración positiva del RDL. Ahora bien, no todo es luz en un mundo de sombras; y de ahí que quepa una lectura, más que negativa, crítica por un simple motivo: la reforma de la negociación para ser ambiciosa –“*ambiciosa reforma*”– y conseguir esa pretendida modernización debería haber ido acompañada de otra serie de medidas, que, al no hacerse, ha relativizado su indicada calificación.

81. López Aniorte (2022) indica que con la Reforma 2021 “*la negociación colectiva empresarial ya no puede ser utilizada como instrumento de flexibilidad interna sustitutiva del descuelgue*”, sin paginar.

No hay que olvidar que el avance se ha llevado a cabo mediante la técnica del retroceso⁸². Es decir, las dos medidas claves, no son más que la recuperación de la regulación previa a la Reforma de 2012 y, en parte, a la de 2011. Con lo cual, en puridad, no hay un diseño de una nueva arquitectura negociadora, sino una recuperación del pasado que, sin duda, era mejor, pero que siempre es mejorable.

A ello hay que añadir, en primer lugar, que otras instituciones han permanecido inalteradas con las consecuencias vistas; en segundo lugar, que no se han resuelto determinadas incorrecciones técnicas a la par que se mantienen ciertas inseguridades jurídicas; en tercer lugar, que no se ha potenciado y armonizado adecuadamente el papel de los distintos ámbitos convencionales dentro de la pirámide negociadora; y en cuarto lugar, que no siempre se ha atendido a las nuevas realidades.

Todo ello, y sin restar un ápice de importancia a esta Reforma, puede ser entendible, que no siempre justificable, por haber nacido del diálogo social y, en consecuencia, haber necesitado del equilibrio de intereses de todas las partes implicadas⁸³. Una génesis que no debe ser menospreciada, no sólo por su valor en sí misma, sino por su proyección de futuro. Sus artífices son quienes van a gestionar estas “*nuevas*” normas, lo que permite, al menos en teoría, ser optimistas en cuanto a su efectividad; sobre todo, por su carácter acuciante, en relación con la reversión de la pobreza –siempre acompañada de desigualdad– de la clase trabajadora. Pero al mismo tiempo hay que ser profundamente cautos, ya que determinados factores, como, por ejemplo, la no aquiescencia de las organizaciones empresariales al incremento del salario mínimo interprofesional, son malos augurios para una recientísima reforma, que pretende sentar las bases de la negociación colectiva del incierto, y no muy halagüeño, futuro de las relaciones laborales.

8. BIBLIOGRAFÍA

Beltrán De Heredia Ruíz, I., “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre su impacto en la negociación colectiva (prioridad aplicativa y ultraactividad)”, <https://ignasibeltran.com/2022/01/11/nueva-reforma-laboral-2021-RD Ley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-su-impacto-en-la-negociacion-colectiva-prioridad-aplicativa-y-ultraactividad/> (Fecha de consulta: 18 de enero de 2022).

Cabeza Pereiro, J., “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, *NET21*, nº 8, 2022.

82. Pese a que se pueda leer en el Preámbulo del RDL que “*se trata, en definitiva, de dar lugar a un marco novedoso*”.

83. De parecida opinión, Gordo González (2022) que, de modo muy preciso, afirma, en relación con “*que sea fruto de la concertación social*”, que “*su triunfo es a la vez su principal debilidad*”, 130.

- Cruz Villalón, J., “Los convenios colectivos autonómicos en su relación de concurrencia con el resto de los ámbitos negociales”, *NET21*, nº 8, 2022.
- Gordo González, L., “El retorno de la ultraactividad ilimitada: una verdadera derogación de la reforma laboral del año 2012”, *Revista Labos*, vol. 3, número extraordinario, 2022.
- López Aniorte, M^a C., “Recentralizar la estructura de la negociación colectiva para dignificar las condiciones laborales”, *NET21*, nº 7, 2021.
- López Aniorte, M^a C., “El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral”, *AEDTSS*, 2022.
- Mercader Uguina, J., “El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?”, *Revista Labos*, vol. 3, número extraordinario, 2022.
- Ramos Quintana, M., “Salarios y negociación colectiva sectorial: el impacto de la reforma laboral de 2021”, *NET21*, nº 8, 2022.
- Rojo Torrecilla, E., <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021-v.html> (Fecha de la consulta: 18 de enero de 2022).
- Vivero Serrano, J.B., “La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, *AEDTSS*, 2022.

TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



TEMAS PARA EL DEBATE



DE CONTRATAS Y DE CONTRATOS PARA OBRAS Y SERVICIOS DETERMINADOS

ABOUT CONTRACTS AND FIXED-TERM CONTRACTS BECAUSE OF SPECIFIC WORK OR SERVICE

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca
Universidad de Sevilla
Orcid: 0000-0003-0345-5046
mamgijon@us.es

El texto que el RDL 32/2021 ha introducido en el art. 42.5 ET tiene de bondad que consigue reflejar mejor el verdadero problema de la “descentralización productiva”: la frecuente realidad de que el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la contrata determine unos salarios –así como otras condiciones laborales– inferiores a los que estos percibirían si fueran trabajadores contratados directamente por la empresa principal. Y esa menor cuantía o precariedad de condiciones es lo que hace que el arrendamiento de servicios o el encargo de ejecución de obra resulte atractivo para el contratante. Aquí se encuentra el primer punto de debate que deseo proponer: el recurso a la subcontratación como forma de lucro. Un lucro o beneficio que presenta formas muy diversas y que conviene a ambas partes del contrato: desde el abaratamiento de costes (laborales, de Seguridad Social y prevención de riesgos) para el contratante hasta la abundancia de encargos para el contratista. La cuestión espinosa radica en que una prohibición de la subcontratación o una neutralización del beneficio descrito conllevaría una importante destrucción de empleo y el cierre de estas empresas calificables como “low-cost”. Indudablemente, a lo anterior habría que añadir que la subcontratación –como fenómeno– es más admisible, desde el punto de vista legal, si nos situamos en el sector de la construcción, donde varias empresas colaboran para un fin último, que si lo hacemos en el sector servicios, donde la descentralización (“externalización”) se

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

produce *a posteriori* –un servicio que se prestaba con personal propio se pasa a ofrecer por un tercero– y la reducción de costes es más palpable.

Pese a todo, aplicando el principio vital de “cada uno a lo suyo”, el Derecho del Trabajo sigue procurando la justicia y la igualdad en las relaciones laborales, también en las que tienen por marco las contratas y subcontratas. Un ámbito que, si bien en un primer momento, fue mayoritario del sector de la construcción, en las últimas décadas se ha intensificado respecto de las llamadas actividades auxiliares, algunas de ellas sin especiales requisitos de pericia o especialización (vigilancia, limpieza, portería, jardinería, mensajería, restauración, comercialización de productos *online*, etc.), y que son ofertadas por las denominadas “empresas multiservicios”¹. Estas no solo subcontratan con empresas privadas sino también con las del sector público. Un caso especialmente conocido ha sido el de las denominadas *kellys*: limpiadoras de hoteles con funciones similares a las de camareras de pisos. Precisamente como forma de ahorrar costes, un hotel subcontrata la limpieza de habitaciones con una empresa multiservicios, la cual le proporciona una cuadrilla de *kellys*, que realizarán el acondicionamiento y arreglo completo de las habitaciones a un coste notablemente inferior –por carecer de convenio colectivo aplicable–, que si formaran parte de la plantilla de dicho hotel, como grupo profesional propio.

Tres opciones resultaban posibles a la hora de identificar la fuente del Derecho aplicable a estas relaciones: a) el convenio colectivo de la empresa multiservicios; b) el convenio de la empresa principal o contratante; c) el aplicable a la actividad desempeñada por la contratista para la contratante. Ninguna de las tres resuelve el problema de modo pleno. La primera, por un lado, por la dificultad con que se encuentran estas empresas para incluir en un único convenio colectivo un conjunto de actividades tan diversas unas de otras, y obtener un resultado homogéneo; y, por otro lado, el obstáculo de que son empresas con muy escasa plantilla indefinida, por lo que, en caso de tener varios centros de trabajo, no llegan a poder culminar que el convenio de empresa haya sido negociado por representantes estatutarios de todos los centros (pues alguno puede carecer de ellos, dado el número de trabajadores que constituyen la plantilla²). Además, si la empresa multiservicios no tiene convenio colectivo propio se plantea la cuestión de si le resultan aplicables la pluralidad de convenios colectivos sectoriales de las actividades que conforman su objeto social, lo que afectaría al principio de unidad convencional. En segundo lugar, la opción de aplicar el convenio colectivo de la empresa contratante enturbia la realidad de la separación que la subcontratación por naturaleza conlleva, aparte del hecho de que anula el ahorro

1. Ofrece una visión bastante completa de esta problemática Vicente Palacio 2016. Más recientemente, una propuesta de reforma del marco de contratas y subcontratas en Rodríguez-Piñero Royo 2021, 11-21.

2. SSTS de 18 de febrero de 2016, rec. 282/2014, 23 de febrero de 2016, rec. 39/2015, 11 de enero de 2017, rec. 24/2016. Se alega vulneración del principio de correspondencia entre la representación social y el ámbito del convenio colectivo.

económico buscado por dicha empresa que externaliza el servicio. Finalmente, como tercera opción, la aplicación del convenio vinculado con la actividad desempeñada, resulta extraña a las empresas intervinientes, pues ninguna se identificará, en pureza, con él, pudiendo alegarse la no pertenencia a su ámbito subjetivo; no obstante, si efectivamente la norma convencional prevé, para los trabajadores de la contrata, un salario inferior al de la función realmente desempeñada, es probable que las empresas lo acepten como solución apta para atender sus respectivos intereses. Si aplicamos lo dicho al caso de las *kellys*, es probable con que nos encontremos con la siguiente situación: la empresa multiservicios probablemente carecerá de convenio propio; el hotel no tendrá ningún interés en aplicar el suyo –con el objetivo de ahorrar costes–; y se opte finalmente por recurrir, como convenio vinculado con la actividad de estas limpiadoras, el de limpieza en oficinas y despachos, en lugar del negociado para la hostelería, al establecer aquel unos salarios y condiciones laborales inferiores³.

Si el iuslaboralista pensaba encontrar la solución en el art. 42.6 ET, la realidad –creo– va a ser decepcionante. Para empezar, porque, fruto de las cesiones e intercambios a nivel político, el resultado ha sido un precepto de interpretación y aplicación complejas, que ofrece una solución pragmática y rehúsa atender a los problemas de fondo. De acuerdo con el mismo, a las *kellys* se les aplicará: primero, el convenio de la empresa multiservicio de la que dependen; subsidiariamente, el de la actividad que se realiza en la contrata; y, subsidiariamente de nuevo, el convenio colectivo sectorial de la empresa principal si la actividad de la contrata se puede considerar afectada por aquel⁴.

Este circuito convencional –como si de una búsqueda desesperada de algún convenio aceptable se tratara– está minado de obstáculos y va a exigir una labor sindical decisiva; no solo por algunas de las dificultades que ya hemos comentado, sino por otras previsiones normativas y convencionales que van a oscurecer aún más la tarea interpretativa. En primer lugar, el hipotético convenio de la empresa multiservicios carece de prioridad, en materia salarial, si existe un convenio colectivo sectorial: la posible existencia de este último es o mínima o imposible, lo que permite soslayar la referencia –en este caso– al art. 84 ET que hace el propio art. 42.6 ET, salvo que optemos por la peliaguda solución de aceptar la pluralidad de convenios en torno a este tipo empresarial. Esa prioridad aplicativa no tendría un carácter absoluto, dado que la

3. Así sucede en la SSTS (ud) de 12 de febrero de 2021, rec. 2839/2019, que cuenta con un VP disidente.

4. Merino Segovia, Grau Pineda 2022, 35 y ss., ofrecen una visión diversa, y absolutamente positiva, considerando que la Reforma soluciona la problemática de las *kellys*, al establecer la aplicación del convenio colectivo de hostelería, pues la actividad que se realiza en la contrata es la “limpieza y puesta a punto de habitaciones y zonas comunes en la empresa hotelera”. A mi juicio, la opinión que manifiestan peca de voluntarista, olvidando los habituales sectores de la actividad económica a que se refieren los convenios, por lo que no puedo compartirla. Más cercano me encuentro de la de Molina Navarrete 2022, 24-25.

opción del “descuelgue salarial” sigue vigente⁵. En segundo lugar, la velada referencia, con carácter de aplicación excepcional, de “otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III”, tras el primer desconcierto en el lector, no puede interpretarse más que como el convenio sectorial de la empresa principal –la hostelería, en el caso de las *kellys*– que incluya, en su ámbito personal o en su ámbito funcional, a las trabajadoras de la limpieza en hoteles procedentes de empresas contratistas multiservicios⁶. Ahora bien, no podrá esperarse que las empresas multiservicios vayan a aceptar la imposición de dicho convenio sectorial a sus trabajadoras, por lo que la única forma de conseguir el mismo resultado, como, de hecho, ha acontecido, es el compromiso, por parte de los hoteles, de no arrendar los servicios de empresas multiservicios que abonen un salario a las *kellys* por debajo del previsto para las camareras de piso⁷. Esto viene a suponer que lo que inicialmente se presentaba como subcontratación termina siendo algo más parecido a una cesión de trabajadores llevada a cabo por una ETT⁸.

Si se considera ahora la realidad de la contratación temporal que, hasta la Reforma de diciembre del pasado año, estaba presente en las contrata y subcontratas así como en las relaciones entre las ETT y los trabajadores “en misión”, nos topamos con la drástica eliminación del contrato para obra y servicio determinado⁹. Como si de la respuesta a un ultimátum de la UE por incumplimiento de objetivos se tratara, el Gobierno opta por la obligatoria “conversión” de los contratos por obra en contratos fijos-discontinuos. Se trata de reducir la temporalidad por imperio de la ley. Ahora bien, ¿debe ser esta una función a asumir por la ley estatal, del modo que hemos visto, o por la negociación colectiva, de una forma más ajustada a las necesidades de los concretos sectores de actividad?

5. Art. 82.3 ET.

6. Coincido con Merino Segovia, Grau Pineda 2022, 40-41. Por otro lado, para una visión más completa de esta problemática y con opiniones discrepantes de la aquí expuesta, remito al artículo de la Prof^a. Dra. Pérez Guerrero en este mismo número Extra.

7. V. art. 20 Convenio Colectivo para el sector de hostelería de la provincia de Alicante para los años 2017, 2018, 2019 y 2020, declarado válido por STS de 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018): “A fin de evitar discriminaciones en el salario y la competencia desleal en el sector a través de la externalización productiva, las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del presente convenio colectivo, que contraten o subcontraten con otras empresas actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurante, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza, deberán incluir en el contrato mercantil con los contratistas que presten tales actividades o servicios, que estos cumplirán con los trabajadores y trabajadoras prestadores de los mismos, al menos, con todas las obligaciones de naturaleza salarial establecidas en el presente convenio colectivo, además de cumplir con los demás deberes previstos en los artículos 42 y 64 ET”.

8. Art. 11.1 Ley 14/1994, de 1 de junio, por el que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

9. Desde el 30 de marzo de 2022, conforme a la DF 8ª.2.b) RDL 32/2021.

La lucha contra la temporalidad contractual, y la precariedad subsiguiente, por parte de la Ley es loable, pero no se debe olvidar que la heteronomía unifica e impide atender a matices. La necesidad del contrato para obra o servicio determinado no puede negarse porque, de hacerlo, estaríamos negando la realidad del funcionamiento de un gran número de empresas españolas. Esta ha sido la razón, a mi juicio, de permitir que el contrato por circunstancias de la producción se pueda celebrar sin causa, durante un periodo de tiempo limitado¹⁰, así como el mantenimiento, en el sector de la construcción que tan decisivo es en nuestra economía, del contrato temporal de obra mediante la doble ficción del “contrato indefinido adscrito a obra” y la nueva causa de extinción vinculada a la persona del trabajador¹¹. Esta última medida me parece atentatoria a la dignidad del trabajador e irrespetuosa de la seguridad jurídica que debe presidir las relaciones laborales. Considero que, en aras a frenar con decisión el relativismo legislativo que venimos padeciendo, el TC debería declararla inconstitucional por atentar al art. 35 CE, en cuanto que el trabajador desconoce la naturaleza real del contrato que firma con la empresa de construcción.

La regulación de la temporalidad por parte de la norma estatal debería limitarse a la enumeración de los supuestos posibles (ET) y de las infracciones y sanciones por los incumplimientos (LISOS). Pero la determinación de los detalles de aplicación de los diversos contratos es algo más propio de la negociación colectiva. El Gobierno¹², con su forma de legislar, parece desconfiar de la eficacia normativa del convenio colectivo, como si su carácter de fuente del Derecho del Trabajo careciera de la fuerza necesaria para obligar. Si esta presunta debilidad de la autonomía colectiva obedece a hechos reales, sería preocupante y debería corregirse de inmediato. Si es un prejuicio del legislador de urgencia, se trata de un planteamiento digno de ser abandonado con no menos celeridad. Y es que, a mi juicio, solo mediante un descenso al ámbito concreto de las relaciones laborales de que se trate, se pueden perfilar matices, formas y modos, que, siendo respetuosos con la ley estatal, resulten idóneos para dar una respuesta adecuada y ajustada a lo que el sector en cuestión demanda. Como explicara la doctrina, el contrato para obra o servicio determinado tenía un sentido causal claro: una obra, un servicio, con inicio y con final, luego no permanentes¹³. Ahora bien, desde el momento en que se quiere ser más específico, y que esto sea respetado por la generalidad, comienzan los problemas: lo que encajaba perfectamente en el sector de la construcción o, al menos, servía de marco para las modulaciones que pudieran establecerse vía convenio, termina encontrándose con un límite –la autonomía y

10. Art. 15.2.4º ET.

11. DA 3ª Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

12. No me refiero a este último, sino también los anteriores.

13. García Ninet 1995; Vicente Palacio 1996; García Ninet, Vicente Palacio 1998.

sustantividad propia¹⁴- que no servirá más que para complicar y “descausalizar” este contrato, dejando a los tribunales la cansina tarea de la resolución *ad casum*.

A la vista de lo señalado, es previsible que los empresarios “se refugien” en el contrato por circunstancias de la producción, si bien en materia de contratos solo se permite su uso en actividades que no se puedan identificar con las habituales u ordinarias de las empresas contratistas¹⁵. Se crea de nuevo un foco de discusión y debate que va a recordar a la distinción entre la actividad principal o inherente al círculo productivo y la que no lo es. Lo que se venía –y se continúa– discutiendo en relación con el momento en que “se activaba” la responsabilidad de las empresas principales respecto de las contratistas y subcontratistas se anticipa ahora a la decisión que deberán adoptar las contratistas sobre el contrato a celebrar: si por circunstancias de la producción o fijo-discontinuo. En el fondo, más que asistir a una simplificación, parece como si los “nudos” se situaran en sitios distintos.

El deseo de que el contrato fijo-discontinuo se convierta en la estrella de la Reforma de 2021 (como el ERTE lo ha sido en la pandemia) precisa de mayor claridad y desarrollo. ¿No sería útil un reglamento que ofreciera más detalles de un contrato que puede calificarse de muchas formas, pero que difícilmente recibirá los apelativos de “sencillo” y “asequible”? ¿Existe alguna comparativa que ofrezca el coste económico de un trabajador temporal en relación con otro fijo-discontinuo? Quizás esto que ahora apunto venga en un segundo momento (como también ha sucedido con los ERTES). De momento, ya se oyen voces discrepantes, no solo en la relación laboral común sino también en la especial de artistas, un sector caracterizado eminentemente por la temporalidad de sus contratos, que teme verse condicionado no solo por la aplicación del art. 15.5 ET como ha aceptado sin especiales reparos el TS, sino por una reforma gubernativa que pretenda que todos los artistas tengan, cuanto menos, un contrato fijo-discontinuo¹⁶. Habrá que esperar al tan anunciado Estatuto del Artista.

En definitiva, la Reforma presenta sus luces y sombras. Es posible que el “bosque” del Derecho del Trabajo de que hablara el Catedrático Manuel Pérez Pérez en sus clases de Derecho del Trabajo no nos deje ver las dos cuestiones principales que aquí someto a debate, y que vuelvo a reiterar: a) En cuanto a las contratistas y subcontratistas: ¿Es preferible una subcontratación que crea empleo aunque este no sea de igual calidad que si de una contratación directa se tratara? ¿Convendría que los convenios colectivos sectoriales aceptaran en su clausulado la opción de que los trabajadores de una

14. Aparece por vez primera en el art. 2.1 RD 2104/1984, de 21 de noviembre, por el que se regulan diversos contratos de trabajo de duración determinada y el contrato de trabajadores fijos discontinuos. No será hasta el Estatuto de los Trabajadores en su versión de 1995 cuando dicho inciso se incluya en el art. 15.1.a).

15. Art. 15.2, último pfo. ET.

16. Pascual Cortés 2022; Mora 2002. Sobre la aplicación del art. 15.5 ET: STS (ud) de 15 de enero de 2020 (rec. 2845/2017); Altés Tárrega, García Testal 2020, 63-88.

contrata percibieran un salario algo menor pero aceptable como fórmula de equilibrio entre la precariedad y la desincentivación de esta forma de empleo?; y b) sobre la contratación temporal por obra o servicio: ¿No se estará pretendiendo una quimera? ¿No debería ser la autonomía colectiva, ejercida con verdadera profesionalidad y rigor por los bancos empresarial y social, la que se ocupara de expulsar los supuestos fraudulentos y permitir los lícitos por coyunturalmente justificados?

A partir de aquí, la respuesta corresponde a nuestros lectores.

BIBLIOGRAFÍA

- Altés Tárrega, Juan Antonio; García Testal, Elena (2020), “La aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores a la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 449-450, 63-88.
- García Ninet, José Ignacio (1995), *El contrato para la realización de obra o servicio determinado*, Valencia.
- García Ninet, José Ignacio; Vicente Palacio, Arántzazu (1998), *Contrato temporal para obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia*, Valencia.
- Merino Segovia, Amparo; Grau Pineda, Carmen (2022), “La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de piso”, *RDS*, 96, 19-46.
- Molina Navarrete, Cristóbal (2022), “Ni «hito transformador» ni «timo del tocomoch»: ¿reforma laboral mínima pactada, interpretación prudente?”, *RTSS. CEF*, 467, 5-36.
- Mora, Jaime G. (2022), “Yolanda Díaz e Iceta dejan al sector cultural sin margen para contratar”, *ABC*, 18 de febrero de 2022 (consultado el 7.03.2022). https://www.abc.es/cultura/abci-yolanda-diaz-iceta-dejan-sector-cultural-sin-margen-para-contratar-202202180105_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fadepi.net%2F
- Pascual Cortés, Raquel (2022), “Las ETT advierten dificultades para convertir contratos de obra en fijos discontinuos”, *CincoDías. El País Economía*; https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/03/01/economia/1646157329_560371.html (Consultado el 7-3-2022).
- Pérez Guerrero, María Luisa (2022), “La Reforma de la subcontratación: una reforma de mínimos”, *TPDM*, vol. 3, Extra 1.
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel (2021), “Un cambio de paradigma en la regulación laboral de las contratas”, *TPDM*, 4, 11-23.
- Vicente Palacio, Arántzazu (1996), *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*, Valencia.
- Vicente Palacio, Arántzazu (2016), *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Barcelona.

