



Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social

Serie
Trabajo

152



GOBIERNO
DE ESPAÑA

VICEPRESIDENCIA
SEGUNDA DEL GOBIERNO

MINISTERIO
DE TRABAJO
Y ECONOMÍA SOCIAL

2022

Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social

CONSEJO EDITORIAL

Equipo editorial

- **Directora**

Consolación Rodríguez Alba. *Secretaria General Técnica. Ministerio de Trabajo y Economía Social.*

- **Subdirector**

José Antonio Fernández Mahillo. *Subdirector General de Informes, Recursos y Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Economía Social.*

Consejo asesor

Antonio Baylos Grau, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha.*

Joaquín Pérez Rey, *Secretario de Estado de Empleo y Economía Social.*

Carmen Sáez Lara, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Córdoba.*

Verónica Martínez Barbero, *Directora General de Trabajo.*

María Pilar Alguacil Mari, *Catedrática de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Valencia.*

Maravillas Espín Sáez, *Directora General de Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad de las Empresas.*

Margarita Isabel Ramos Quintana, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna.*

Lourdes Arastey Sahún, *Magistrada de la Sala Cuarta de lo Social. Tribunal Supremo.*

Eduardo Rojo Torrecilla, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.*

Wilfredo Sanguinetti Raymond, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca.*

Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo.*

SECRETARÍA

Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones
del Ministerio de Trabajo y Economía Social

Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Telfs: 91 363 23 03

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: proproeditorial@mites.gob.es

Internet: <https://www.mites.gob.es/es/revistaministerio/>

La Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.



Esta obra se edita bajo licencia Creative Commons by-nc 4.0.
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<https://cpage.mpr.gob.es>

Normas de publicación
<https://www.mites.gob.es/es/revistaministerio/normas/index.htm>

Suscripciones
<https://www.mites.gob.es/es/revistaministerio/suscripciones/index.htm>



Edita y distribuye:
Ministerio de Trabajo y Economía Social
Subdirección General de Informes,
Recursos y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid
NIPO PDF: 117-20-033-9
ISSN Electrónico: 2660-4655
Depósito legal: M-12.168-1998
Diseño cubierta: CSP
Diseño interior: C & G
Imagen de portada: Janno Nivergall en *Pixabay*
Imprime: Estilo Estugraf Impresores, S.L. • Telf. 91 808 62 00

Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social

SUMARIO

PRESENTACIÓN, *Antonio Baylos Grau*, 9

I. ESTUDIOS

La reforma de los contratos de duración determinada (art. 15 TRLET).
Una aproximación a la regulación del RD-L 32/2021.

Alberto Pastor Martínez, 21

La nueva regulación del contrato fijo discontinuo. Una visión general.

Esther Carrizosa Prieto, 45

El nuevo contrato formativo: una apuesta decidida por la formación
como mecanismo de inserción laboral. *Josep Moreno Gené*

y *Ana María Romero Burillo*, 67

El refuerzo de los expedientes de regulación temporal de empleo en la
reforma laboral de 2021. *Faustino Cavas Martínez*, 103

El sistema legal de negociación colectiva tras el RD-L 32/2021. Nuevas
orientaciones en la estructura negocial, determinación del convenio
colectivo aplicable y restitución de su vigencia ultraactiva.

Amparo Merino Segovia, 133

La temporalidad en el empleo público laboral y las últimas reformas
legislativas. *Elena Desdentado Daroca*, 157

II. JURISPRUDENCIA

La “huella” del Covid en la jurisprudencia social: las normas de urgencia para la protección del empleo ante los Tribunales.

Francisca Fernández Prol, 185

¿Es equiparable automáticamente y a todos los efectos la Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran Invalidez a la declaración de discapacidad del 33%? (A propósito de la STS núm. 156/2020, de 19 de febrero de 2020 y la incursión en *ultra vires* del art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013). *José Luis Monereo Pérez y Sara Guindo Morales, 211*

III. RECENSIONES

La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré.

Jesús Cruz Villalón y María Luisa Molero Marañón, 227

EU Law on Maternity and Other Child-related Leaves: Impact on Gender Equality. *Álvaro Oliveira, 233*

La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo.

Gratiela-Florentina Moraru, 237

Migrant domestic workers in Europe. Law and the construction of vulnerability. *Antonio Baylos Grau, 241*

Journal of the Ministry of Labour and Social Economy

CONTENTS

PRESENTATION, *Antonio Baylos Grau*, 9

I. STUDIES

The reform of fixed-term contracts (art. 15 TRLET). An approach to regulation of the RD-L 32/2021. *Alberto Pastor Martínez*, 21

The new regulation of the discontinuous fixed contract. A general vision. *Esther Carrizosa Prieto*, 45

The new training contract: a firm commitment to training as a mechanism for job placement. *Josep Moreno Gené y Ana María Romero Burillo*, 67

The reinforcement of short-time work schemes in the 2021 labour reform. *Faustino Cavas Martínez*, 103

The legal system of collective bargaining after RD-L 32/2021. New guidelines in the structure of collective bargaining, determination of the applicable collective agreement and restitution of its ultraactivity. *Amparo Merino Segovia*, 133

Fix-term labor contracts in public employment and the latest legislative reforms. *Elena Desdentado Daroca*, 157

II. CASE LAW

The “footprint” of Covid in social jurisprudence: emergency rules for the protection of employment before the Courts. *Francisca Fernández Prol*, 185

Is automatically comparable and to all effects the Permanent, Total, Absolute and Disability Great Inability to the statement of 33% disability? (About the Judgement of the Supreme Court No. 156/2020, February 19th and the incursion in *ultra vires* of art. 4.2 on the Royal Legislative Decree 1/2013). *José Luis Monereo Pérez y Sara Guindo Morales*, 211

III. RECENSION

Collective bargaining as a central institution of the labor relations system. Studies in homage to the Professor Fernando Valdés Dal-Ré. *Jesús Cruz Villalón y María Luisa Molero Marañón*, 227

EU Law on Maternity and Other Child-related Leaves: Impact on Gender Equality. *Álvaro Oliveira*, 233

The collective dimension of the digitalization of work. *Gratiela-Florentina Moraru*, 237

Migrant domestic workers in Europe. Law and the construction of vulnerability. *Antonio Baylos Grau*, 241

Presentación

Acuerdo social y reforma laboral: el RD-L 32/2021

ANTONIO BAYLOS GRAU*

Se ha hablado mucho en estos últimos tiempos de la reforma laboral. Tras un acuerdo social tripartito, se publicó el RD-L 32/2021, de 28 de diciembre, cuya convalidación ha sufrido enormes avatares y que finalmente ha sido aprobada con tan solo un voto de diferencia, envuelto en una gran polémica. Este hecho ha atraído la atención de los medios de comunicación y de las redes sociales en mucha mayor medida que sobre el contenido de la norma y el cambio legislativo que propone.

Para situar el tema en su contexto, es conveniente recordar que la reforma laboral de diciembre de 2021 no se puede desligar de una sucesión de cambios legislativos que han dado comienzo hace casi dos años, con la derogación del despido por absentismo, han proseguido con la emanación de un conjunto de normas relativas al derecho del trabajo de la emergencia guiadas por el principio de mantenimiento del empleo¹, la suscripción de compromisos internacionales muy relevantes², y han incorporado nuevas realidades derivadas del impacto de la digitalización en una perspectiva garantista y de creación de derechos³, se concentran ahora en una larga serie de temas que favorecen la negociación colectiva, disminuyen la precariedad en los procesos de subcontratación y, fundamentalmente, intentan recomponer el principio de causalidad en la contratación temporal, configurada no como un instrumento habitual de incorporación al trabajo sino como un útil para necesidades extraordinarias de la producción, mediante la reformulación de su tipología, además de incidir en la relación existente entre trabajo y formación mediante las formas contractuales apropiadas.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social UCLM. Antonio.baylos@uclm.es

¹ A cuyo análisis se dedicó el número extraordinario de esta Revista, monográfico sobre "Estado de alarma, crisis económica y mantenimiento del empleo en la legislación laboral", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* nº 149 (2021).

² La ratificación de Convenios de la OIT como el C 190 y C 177, la de la Carta Social europea revisada o el protocolo de reclamaciones colectivas, como hitos más importantes. Sobre estos últimos, cfr. SALCEDO BELTRÁN, C. "La Carta social europea guiando al sindicalismo", *Lavoro e Diritto*, 3-4 (2021): 679-698.

³ En especial, la regulación del trabajo a distancia (Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia) y el trabajo en plataformas digitales, con la laboralización de los repartidores y el reconocimiento de un derecho de información colectivo sobre los algoritmos como medida de gestión y organización del trabajo (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).

Pero a su vez, la reforma de la que hablamos no detiene el impulso reformista, que continúa en otra etapa. El Gobierno ha acordado a comienzos de febrero de 2022 con los sindicatos más representativos, ante el rechazo del asociacionismo empresarial, una subida del 3,6 % del salario mínimo interprofesional, que se sitúa en 1.000 € mensuales en 14 pagas, una medida que coincide con el acuerdo que alcanzaron patronal y sindicatos en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva que situaba en esta cantidad el salario mínimo de convenio para el año 2020, un propósito que sin embargo no se llevó a efecto. La subida del SMI se calcula que afectará a 1,8 millones de trabajadores y trabajadoras, con especial repercusión en la brecha de género⁴, y que impulsará al alza los contenidos retributivos de los convenios colectivos. Además de ello, se anuncian proyectos de ley trascendentales como la Ley de Empleo o proyectos normativos sobre participación en la empresa y participación institucional de sindicatos y asociaciones empresariales, junto con otras materias que aparecen en las futuras plataformas de negociación que los agentes sociales quieren poner sobre la mesa del diálogo social en un inmediato futuro, al socaire de la recuperación económica. Es decir, que frente a la idea que liga la capacidad de cambio a un solo acto derogatorio de la legislación de las llamadas “reformas estructurales” de la política de austeridad, se está realizando un movimiento en proceso que incorpora nuevas materias sobre las que legislar, cambia algunas reglas consideradas especialmente lesivas de aquel período y aborda temas centrales como la estabilidad en el empleo a partir de una institución, la temporalidad del trabajo, diferente a la que había empleado la legislación del ciclo 2010-2012, centrada en la extinción y el despido colectivo, incorporando el mecanismo RED como un instrumento que pueda emplearse como fórmula de salvaguarda del empleo en momentos de crisis evitando el recurso al ajuste externo de empleo.

Lo que hay que retener es que este desarrollo de alteración de las reglas que disciplinan las relaciones laborales se está haciendo desde la interlocución permanente con los sindicatos y las asociaciones empresariales más representativas, en un ejercicio por tanto de participación democrática muy intenso, que además, y esto es lo trascendental, se orienta hacia el respeto y la garantía de los derechos de las personas que trabajan, ofreciendo medios de acción colectiva y nuevos derechos por ejercitar y desplegar en los lugares de trabajo. Esta orientación, que se solapa con la intención de reconfigurar los instrumentos de regulación del empleo y las formas de inserción laboral, debe ser subrayada porque se puede considerar una anomalía respecto de las reformas que se han venido haciendo en nuestro sistema desde mediados de la última década del siglo pasado. En efecto, ni la muy importante reforma laboral de 1994, ni la del 2002, ni desde luego las que se efectuaron en el ciclo de la crisis financiera y de la deuda soberana del 2010-2012, tuvieron como patrón de actuación la ampliación de los derechos de los trabajadores, sino que vehicularon la flexibilización del trabajo como pauta, el reforzamiento de la unilateralidad empresarial y el desequilibrio en la relación de poder en la empresa. Sólo la reforma del 2006 mantuvo una dirección contraria, pero su contenido fue muy limitado y prontamente engullido por la orientación dominante en favor de la potenciación de la libertad de empresa y la restricción de los derechos individuales y colectivos derivados del trabajo. En consecuencia, la etapa que arranca del 2020 en nuestro país marca una inflexión importante en la orientación política y democrática de la conformación del marco institucional de las relaciones laborales.

Por otra parte, la reforma normativa que lleva a cabo el RD-L 32/2021 tiene un fuerte entronque en la dimensión europea, o, por ser más preciso, en el cambio producido en la gobernan-

⁴ DEL RÍO OTERO, C. “El Salario Mínimo Interprofesional como instrumento reductor de la brecha de género”, en NET21.org, 09.11.2021, <https://www.net21.org/el-salario-minimo-interprofesional-como-instrumento-reductor-de-la-brecha-salarial-de-genero/>

za económica europea. Una *gobernanza* que realmente ha plasmado un modelo de constitución económica que condiciona el constitucionalismo político nacional y, en su afirmación más estricta durante la crisis del euro en el 2010, obligó a introducir modificaciones en las constituciones nacionales de diversos países, entre ellos España. Un marco de referencia que sin embargo ha sido alterado por la crisis del Covid-19, frente a cuyas consecuencias se ha hecho funcionar la cláusula de salvaguardia para graves casos de crisis económica que ha suspendido la aplicación de los principios del Pacto de Estabilidad y Crecimiento impulsando medidas de un amplio gasto público que no sólo atienden a las necesidades sanitarias y sociales sino que pretenden relanzar la economía europea en un proyecto de realización de objetivos a medio y largo plazo, como la transición ecológica y la sustentabilidad social, el desarrollo de la tecnología y la resiliencia económica⁵.

La salida de la crisis derivada de la pandemia pasa ahora, por tanto, por la elaboración de un gran plan de transformación, recuperación y resiliencia, que se negocia con la Comisión Europea en el marco del programa Next Generation. En él, las reformas laborales que se deben abordar en el futuro inmediato aparecen recogidas en la llamada Componente 23, que indica de manera muy precisa cuáles van a ser los cambios normativos y las áreas de intervención como propuesta de actuación del Gobierno en materia laboral. El foco de estas propuestas se dirige a las políticas activas de empleo y, de manera muy especial, a la reforma de la contratación temporal, sobre la base de eliminación de alguno de los tipos contractuales, la preferencia por el contrato indefinido, el refuerzo de la causalidad temporal y la promoción del contrato de formación. Valorado positivamente por la Comisión Europea el 30 de abril del 2021, la Componente 23 «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo» contiene cuatro reformas a las que se compromete el Gobierno de España, que son textualmente la simplificación de contratos (reforma 4), la modernización de la negociación colectiva (reforma 8), la modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales (reforma 9) y el establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad y estabilización del empleo (reforma 6). Este es el perímetro de la negociación que se abrió en marzo del 2021 al diálogo social tripartito y por tanto esos son los temas sobre los que éste habría de discurrir necesariamente, culminando en el acuerdo del 23 de diciembre que se tradujo apenas unos días después en el RD-L 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 esta manera, el pacto social tripartito luego volcado en el RD-L 32/2021, supone un elemento crucial para garantizar la aceptación social de la reforma que garantiza la transferencia de recursos desde la Unión Europea a España en el marco de la “condicionalidad política” que caracteriza estas relaciones. Esta vez, sin embargo cambia el sentido de las que fueron abordadas con ocasión de las reformas estructurales exigidas durante el ciclo de la crisis del euro y la llamada austeridad⁶. El texto legal modifica la orientación del impulso reformista en un sentido contrario al que la ortodoxia neoliberal de la tecnocracia europea quiere imprimir a las intervenciones sobre el mercado de trabajo —es decir, la forma de abordar las relaciones laborales desde la mercantilización del trabajo que caracteriza a esta forma de pensamiento dominante en las élites tecnocráticas de la Comisión y que en términos macroeconómicos conceptúa la

⁵ ARANDA ÁLVAREZ, E., *Los efectos de la crisis del covid-19 en el Derecho constitucional económico de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2021: 14-25.

⁶ Un compendio de las mismas en PÉREZ DEL PRADO, D., *El impacto social de la gobernanza económica europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

relación entre estabilidad presupuestaria y gasto público como técnicas de política económica contrapuestas⁷– y por consiguiente abre una vía de desarrollo de los compromisos de transformación de las economías de los Estados miembros de la UE que no se encuentra lastrada por los imperativos de restricción de derechos laborales y de reforzamiento de la unilateralidad empresarial sobre la base de la exigencia incontestable de una flexibilización no negociada en la administración y organización del trabajo.

De esta manera, igual que el diálogo social asegura legitimación entre los actores económicos y laborales de las reformas del marco institucional de las relaciones laborales presentado a la Comisión europea como el impulso de cambio que orienta la eficacia de los recursos que se transfieren en el marco del programa *Next Generation*, también funciona en sentido inverso, orientando la nueva configuración posible del Derecho del trabajo en la fase de recuperación frente a la pandemia. Es decir, señalando que las nuevas reformas del cuadro institucional laboral que corresponden a una nueva etapa suponen un cambio sustancial sobre las que se desprendían de los criterios de remercantilización del trabajo que acompañaban a los criterios de rigor financiero del ciclo de la crisis 2010-2012 y que, consecuentemente, no es posible considerar que decaiga la cláusula de salvaguarda una vez corregida la situación de crisis actual, y se vuelva a una consideración restrictiva y desequilibrada del sistema laboral sobre la base de políticas económicas que devalúan salarios y condiciones de trabajo. Al contrario, la proyección de la reforma laboral española en el contexto de las modificaciones legislativas de las relaciones de trabajo que se puedan ir estableciendo en los diversos estados miembros de la UE, debería suponer un ejemplo de compatibilización de reformas laborales que amplíen y consolidan derechos de los trabajadores con la consecución de los objetivos de la Unión a medio y largo plazo sobre la transición ecológica y tecnológica y la sostenibilidad social. Que el tejido normativo alcanzado lo haya sido merced a un acuerdo social entre las representaciones de los empresarios y los sindicatos de trabajadores con el gobierno, no sólo implica en el plano interno la virtualidad en el plano económico y social de la participación democrática de los sujetos reconocidos como representantes institucionales de la empresa y del trabajo en el artículo 7 CE, sino también permite una fuerte legitimación política frente a la comisión Europea y las instituciones europeas de la orientación social de esta reforma.

La reforma laboral no puede separarse así de una estrategia iniciada desde hace más de un año, que pretende reconstruir relaciones horizontales entre los gobiernos nacionales para una salida progresista del período post-covid19, lo que implica no sólo la reforma de las reglas, hoy suspendidas, del mecanismo de estabilidad, sino también en nuevas propuestas, como la presentada por España y Bélgica conjuntamente sobre el establecimiento de un marco de vigilancia de los indicadores de política social y laboral similar al aplicado en política fiscal (Pacto de Estabilidad) y al de los desequilibrios macroeconómicos. El nuevo pacto fijaría objetivos cuantitativos e incluiría un mecanismo de alerta que se activaría tan pronto como la situación de un país se deteriorase o cuando se detectase un riesgo de dumping laboral. Este *non paper* que se conoce como una propuesta de Mecanismo de Alerta Social fue presentado y recibido muy positivamente en la reunión EPSCO de octubre de 2021, y desarrolla las implicaciones que para la institucionalidad europea debe desarrollar el reconocimiento solemne del Pilar Social europeo, además de la recuperación de una actividad legislativa en materia social como la que parece desprenderse de las propuestas de directivas sobre salario mínimo europeo y negociación colectiva, o la del trabajo al servicio de plataformas digitales.

⁷ ARANDA ÁLVAREZ, E., *Los efectos de la crisis del covid-19 en el Derecho constitucional económico...cit.*,23.

Lo cierto es que el RD-L 32/2021 es un ejemplo de una nueva política del derecho en materia laboral que se orienta en una dirección contraria a las reformas hasta el momento efectuadas bajo la condicionalidad política a la que se sometía el acceso a los fondos del Mecanismo Europeo de Estabilidad, y está supeditada a la insatisfacción crónica que un largo proceso de intervenciones legislativas desde 1984 no ha conseguido remover. “Hablar de reforma laboral en España –dice la Exposición de Motivos del RD-L 32/2021– es evocar un larguísimo proceso de cambios normativos que no han logrado, sin embargo, acabar con los graves problemas de nuestro mercado de trabajo: el desempleo y la temporalidad. La combinación de ambos ha dado lugar a que el trabajo en nuestro país esté especialmente afectado por la precariedad, como inquietante realidad que da lugar a malas condiciones de empleo, priva a nuestro sistema productivo de desplegar toda su capacidad y dificulta una ciudadanía plena en el trabajo”.

La reforma del 2021 por un lado interviene modificando en profundidad la temporalidad de los contratos, que se liga a causas estrictas derivadas de circunstancias excepcionales, porque el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido para las actividades normales y permanentes de la empresa, con un gran desarrollo de la figura del fijo de carácter discontinuo y la recuperación de un elemento formativo apegado a la causalidad del contrato de formación dual. Actúa de manera muy decidida contra una larga tendencia en nuestro ordenamiento jurídico que arranca del contrato temporal de fomento de empleo en 1977, tímidamente contrarrestado en 1997, una tendencia a la precarización en el trabajo como forma ordinaria de gestión de la mano de obra que la norma quiere combatir, también a partir de la reformulación del sistema sancionatorio. Intenta así corregir “los desequilibrios que el mercado laboral español arrastra desde hace décadas, agravan los ciclos económicos, lastran los aumentos de productividad, aumentan la precariedad y profundizan las brechas sociales, territoriales y de género”. Por eso la reforma de la contratación temporal efectuada principalmente mediante la remodelación del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores es el elemento más valioso del conjunto de las normas pactadas y el eje de la propuesta que se trasladó a la Comisión Europea, sobre la base de corregir la insostenible tasa de temporalidad que caracteriza al sistema español de relaciones laborales, traducido en precariedad, rotación y sustitución de mano de obra y descalificación profesional en el llamado mercado de trabajo, un modelo dual y segmentado que se ha reforzado en la emergencia de la crisis sanitaria y económica del Covid-19⁸. Una reforma que también afecta a los contratos formativos, intentando preservar el elemento formativo de la inserción laboral a la vez que garantiza los derechos de las personas jóvenes en la realización del trabajo con un mínimo de derechos retributivos y profesionales, y que reformula de manera profunda la figura del contrato fijo de carácter discontinuo, que permite recoger como permanentes en intermitencia una parte de los supuestos de trabajos hasta ahora derivados hacia causas genéricas de temporalidad y la externalización productiva.

No sólo centra su apuesta por la estabilidad en el empleo a partir de la restricción de la temporalidad del trabajo, diferente a la que había empleado la legislación del ciclo 2010-2012, centrada en la extinción y el despido colectivo, sino que también incorpora una serie de preceptos que pretenden restringir y limitar las facultades empresariales en los despidos colectivos, especialmente a partir de la proyección sobre la legislación laboral “ordinaria”

⁸ Elemento resaltado por CASAS BAAMONDE, M^a E., *El derecho del trabajo en la emergencia de la pandemia de la Covid-19. ¿Y después?*, Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 30 de noviembre de 2021. “Las técnicas de flexiseguridad del derecho de la emergencia de la Covid-19 no han tenido efectos en la amortiguación de la segmentación y dualidad del mercado de trabajo”: 263-266.

de la experiencia habida con los ERTEs durante el estado de alarma⁹. A ello responde el mecanismo RED como un instrumento que pueda emplearse como fórmula de salvaguarda del empleo en momentos de crisis evitando el recurso al ajuste externo de empleo. Pero también hay derogaciones importantes en el tema de despido, en concreto la posibilidad de aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público.

Fuera de este objetivo fundamental, la norma también se mueve en el territorio de la contratación o subcontratación de actividades para introducir lo que la Exposición de Motivos llama “modernización” de la subcontratación de obras o de servicios en el art. 42 ET, que realmente busca evitar la utilización de la técnica de la externalización productiva como fórmula de abaratamiento de costes empresariales basado en el empeoramiento de las condiciones de trabajo de las personas subcontratadas, lo que además está conectado con el respeto a un principio antidiscriminatorio como ocurre en sectores altamente feminizados como el de las camareras de pisos. Esto es lo que explica la norma según la cual se aplica a los trabajadores de la contrata el convenio sectorial de la actividad de la empresa principal para la que prestan sus servicios¹⁰. El texto legal aborda asimismo la reforma de la negociación colectiva en los arts. 84 y 86 ET. La solución que se ha encontrado al tratamiento de la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, una norma que las sucesivas reformas estructurales del ciclo de la crisis 2010-2013 ha visto recogidas en los ordenamientos griego, italiano, francés y portugués, además del italiano, ha sido la de suprimir el elemento básico del mismo, prohibiendo que actúe sobre la cuantía del salario y los complementos salariales para que “no provoque un efecto devaluador de costes retributivos o desventajas injustificadas entre las empresas”, lo que sin embargo había sido el eje central de la actuación de esta norma. La recuperación del principio de ultra actividad de los convenios colectivos, eliminando la regla según la cual, transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin haber acordado nuevo convenio éste perdía vigencia, es el siguiente de los puntos abordados.

Se trata en definitiva de un importante cambio normativo que va a requerir la atención de la doctrina y frente a la cual tanto la negociación colectiva como la interpretación jurisprudencial elaborarán por su parte aportaciones muy relevantes. El presente número de esta Revista, destinada a la serie de Derecho del Trabajo, no podía sino incorporar unos primeros análisis doctrinales sobre una parte sustancial del cambio legislativo operado.

De esta manera, el primero de los estudios que abren este número aborda la reforma de la contratación temporal del art. 15 ET, que incorpora la presunción de que el contrato de trabajo se concierta por tiempo indefinido, recuperando la fórmula que se modificó en la reforma de 1994. El nuevo precepto parte de la consideración del carácter temporal del contrato como algo

⁹ Sobre la que hay ya una extensa bibliografía. De manera destacada, FERRANDO GARCÍA, F., “Los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada derivadas del Covid-19. Estudio de las medidas de ajuste temporal orientadas al objetivo prioritario del mantenimiento del empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* 149 (2021):71-98; CAVAS MARTÍNEZ, F., “Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTEs) como respuesta a la crisis del Covid-19”, en FERRANDO GARCÍA, F. (Dir), MEGÍAS-BAS, A. y Rodríguez Egio, M. (Coord), *El escudo social frente a la pandemia. Análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*, Bomarzo, Albacete, 2021:11-37.

¹⁰ Una primera aproximación a este nuevo art. 42.6 ET en DUEÑAS HERRERO, L., “Negociación Colectiva + Diálogo Social = Acuerdo de Gobernanza: La Reforma Laboral 2021 de la devaluación salarial de la subcontratación”, en NET21.Org, 06.01.2022, <https://www.net21.org/negociacion-colectiva-dialogo-social-acuerdo-de-gobernanza-la-reforma-laboral-2021-de-la-devaluacion-salarial-de-la-subcontratacion/>

excepcional conectado necesariamente a una causa justificada de temporalidad que se limita a dos supuestos: por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora, lo que implica la desaparición de la figura del contrato para obra o servicio determinado, unido a la conversión en fijos de los contratos temporales sin causa suficiente, sin cumplir las obligaciones de seguridad social, o tras el encadenamiento de contratos “para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas” durante más de dieciocho meses en un período de veinticuatro y el desplazamiento del centro de gravedad de la respuesta a la infracción legal sobre el principio de causalidad de la contratación temporal al ámbito de la sanción administrativa, mediante la consideración de una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas¹¹. El profesor de la UAB Albert Pastor es quien ha realizado este interesante trabajo sobre este tema crucial.

Los dos artículos siguientes estudian en primer lugar, la reformulación del nuevo contrato formativo que sustituye y deroga el contrato en prácticas (título universitario o FP medio-superior), el contrato para la formación y aprendizaje y el contrato para la formación dual universitaria. Los profesores de la Universidad de Lleida Ana M^a Romero y Josep Moreno consideran que con ello se está efectuando una apuesta decidida por la formación como mecanismo de inserción laboral. La profesora de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Esther Carriosa, por su parte, se dedica a examinar atentamente la virtualidad del fijo discontinuo para aquellos trabajos realizados, de carácter estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados, también a través de la descentralización productiva en contratadas o subcontratadas de actividad, suministrando así un texto de enorme interés interpretativo de esta figura redefinida en el RD-L 32/2021.

A su vez, la continuidad –reforzada– de los ERTEs nacidos en el derecho excepcional del Estado de Alarma ante la crisis generada por la pandemia en los arts. 47 y 47 bis del Estatuto, su función y sus características más relevantes, son considerados por el catedrático de la Universidad de Murcia, Faustino Cavas, y las reformas en el sistema legal de negociación colectiva tras el RD-L 32/2021 que introducen nuevas orientaciones en la estructura negocial, en la determinación del convenio colectivo aplicable y restituyen la ultra actividad abolida en el 2012, son examinadas en un exigente estudio por la catedrática de la UCLM, Amparo Merino.

Finalmente, el ámbito de la precariedad no sólo se circunscribe al extenso campo de las relaciones laborales. El empleo público, tanto sometido al derecho administrativo como al derecho laboral, conoce exorbitantes tasas de temporalidad, aunque éstas tienen su origen directo en las políticas de reducción del gasto público y de las plantillas estables en la Administración durante la crisis del 2010-2013, la eliminación de puestos de funcionarios a través de la tasa de reposición igual a cero que se impuso al comienzo de la crisis y que luego se fue limitando, pero siempre por debajo del 100 por 100, la externalización de una buena parte de servicios

¹¹ A ello se unen una serie de disposiciones que complementan estos principios. En primer lugar la orientación de las medidas que puedan establecerse en convenio colectivo sobre 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, criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, o fijar porcentajes máximos de temporalidad y las consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos. Pero también el compromiso de los poderes públicos de evaluar el resultado de estas medidas en el plazo de tres años con la finalidad de comprobar si se avanza en la reducción de la tasa de temporalidad para, en caso contrario, proponer medidas adicionales que persigan dicho objetivo en el marco del diálogo social.

públicos y el abuso indebido de situaciones precarias de larga duración. En este contexto se ha promulgado, en la misma fecha que el RD-L 32/2021, la importante Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Es una norma que reposa en la problemática originada por la litigiosidad derivada de la aplicación de la Directiva 1999/70 CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el contrato de duración determinada, a través de un diálogo en ocasiones tenso y accidentado con la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que incluso obligó a una retractación de la doctrina del TJUE tras una ofensiva diplomática de las autoridades españolas, pero que en todo caso dejaba entrever el abuso en la contratación temporal y la interinidad en el empleo público en nuestro país. El análisis de esta norma y la problemática subyacente la lleva a cabo Elena Desdentado, profesora en la UNED.

Este es el contenido de los estudios que componen ese apartado de la Revista y que se concentran por consiguiente sobre los cambios legislativos referidos. Además de ello, se incluye una sección que recoge comentarios sobre la interpretación del derecho por los tribunales en la que se inserta un trabajo muy sugerente de la profesora de la Universidad de Vigo, Francisca Fernández Prol, que traza la huella del derecho de la emergencia Covid-19 en la jurisprudencia en sus aspectos fundamentales relativos a la protección del empleo, junto a un comentario del profesor Monereo y de la profesora Guindos, de la Universidad de Granada a una interesante Sentencia del Tribunal Supremo sobre la declaración de incapacidad.

En el apartado dedicado a la crítica y reseña de libros, se da cuenta del libro homenaje a Fernando Valdés sobre la negociación colectiva como institución central de las relaciones laborales y una monografía sobre la dimensión colectiva y sindical de la digitalización del trabajo. Junto a ello se abre también a dos obras publicadas en inglés, una dedicada a la regulación europea de los permisos parentales y otra sobre la confluencia del trabajo doméstico y la inmigración considerados como una problemática específica que requiere una regulación adecuada.

Un conjunto de aportaciones doctrinales que a buen seguro merecerán la atención de los especialistas y expertos en derecho laboral de nuestro país ante un nuevo número de la Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANDA ÁLVAREZ, E., *Los efectos de la crisis del covid-19 en el Derecho constitucional económico de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- CASAS BAAMONDE, M^a E., *El derecho del trabajo en la emergencia de la pandemia de la Covid-19. ¿Y después?*, Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 30 de noviembre de 2021.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTEs) como respuesta a la crisis del Covid-19”, en FERRANDO GARCÍA, F. (Dir), MEGÍAS-BAS, A. y RODRÍGUEZ EGÍO, M. (Coord), *El escudo social frente a la pandemia. Análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*, Bomarzo, Albacete, 2021:11-37.
- DEL RÍO OTERO, C., “El Salario Mínimo Interprofesional como instrumento reductor de la brecha de género”, en NET21.org, 09.11.2021, <https://www.net21.org/el-salario-minimo-interprofesional-como-instrumento-reductor-de-la-brecha-salarial-de-genero/>
- DUEÑAS HERRERO, L., “Negociación Colectiva + Diálogo Social = Acuerdo de Gobernanza: La Reforma Laboral 2021 de la devaluación salarial de la subcontratación”, en NET21.org, 06.01.2022, <https://www.net21.org/negociacion-colectiva-dialogo-social-acuerdo-de-gobernanza-la-reforma-laboral-2021-de-la-devaluacion-salarial-de-la-subcontratacion/>
- FERRANDO GARCÍA, F., “Los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada derivadas del Covid-19. Estudio de las medidas de ajuste temporal orientadas al objetivo prioritario del mantenimiento del empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* 149 (2021): 71-98.
- PÉREZ DEL PRADO, D., *El impacto social de la gobernanza económica europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- SALCEDO BELTRÁN, C., “La Carta social europea guiando al sindicalismo”, *Lavoro e Diritto*, 3-4 (2021): 679-698.

I. Estudios

La reforma de los contratos de duración determinada (art. 15 TRLET). Una aproximación a la regulación del RD-L 32/2021*

The reform of fixed-term contracts (art. 15 TRLET). An approach to regulation of the RD-L 32/2021

ALBERTO PASTOR MARTÍNEZ**

<https://doi.org/10.55617/revmites.01>

Resumen:

Artículo que analiza los importantes cambios introducidos en materia de contratación temporal estructural por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. De esta forma, se analiza el marco jurídico de los nuevos contratos por circunstancias de la producción y el contrato de sustitución, por sus importantes efectos, la derogación del contrato de obra y servicio determinado y las nuevas reglas introducidas para garantizar la eficacia y efectividad de ese entramado normativo (el reforzamiento de la causalidad temporal y sus mecanismos de efectividad contractuales, así como el nuevo régimen sancionador y de penalización de la contratación de muy breve duración).

Palabras clave: Contrato temporal; contrato de duración determinada; reforma laboral; sanciones; RD-L 32/2021.

Abstract:

Article that analyzes the important changes introduced in the field of structural temporary contracts by Royal Decree-Law 32/2021, of December 28th, on urgent measures for labor reform, guaranteeing employment stability and the transformation of the labor market. In this way, the legal framework of the new production circumstance contracts and the substitution contract are analyzed, also for their important effects, the repeal of the contract for specific work and services and the new rules introduced to guarantee the efficiency and effectiveness of this regulatory framework (the reinforcement of temporary causality and its contractual effectiveness mechanisms, as well as the new sanctioning and penalizing regime for very short term contracts).

Keywords: Temporary contract; fixed-term contract; labor reform; penalties; RD-L 32/2021.

* Fecha de recepción del artículo, 14 de febrero de 2022.

** Profesor agregado de la Universitat Autònoma de Barcelona. albert.pastor@uab.cat

1. REALIDAD Y EFECTIVIDAD COMO ELEMENTOS JUSTIFICADORES DE LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

El pasado 3 de febrero, el Congreso de los Diputados, en una jornada que cabe calificar, siendo benévolo, de poco edificante, convalidaba el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en lo sucesivo, simplemente RD-L 32/2021)¹. Se ponía fin, de esta forma, a un complejo y largo proceso de elaboración normativa en el que se recogía el contenido del acuerdo alcanzado, sólo unos días antes, por Gobierno y agentes sociales. La importancia de que la norma sea el resultado de un proceso de diálogo social que, además se produce en un contexto complicado, ha sido puesta de relieve por la mayor parte de la doctrina².

La norma incide en varias materias que forman parte del núcleo duro de nuestro marco de relaciones laborales (contratación, negociación colectiva, expedientes de regu-

lación temporal, subcontratación), comprometidas con la Unión Europea en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y, aunque no aborde otras, no debe olvidarse que se inserta en un proceso de cambios normativos, el que el RD-L 32/2021 es un eslabón muy cualificado pero no único³.

Centrándonos en lo que a la reforma de la contratación temporal se refiere. Creemos que no cabe considerar que estemos ante una reforma más, el propio Preámbulo advierte y reconoce que se ha producido en España «un larguísimo proceso de cambios normativos que no han logrado, sin embargo, acabar con los graves problemas de nuestro mercado de trabajo: el desempleo y la temporalidad», en este caso, la reforma se sitúa, en unas coordenadas que la diferencian de las precedentes. Así y aunque también incide en la causalidad, va mucho más allá, tanto en su intensidad como en su metodología. Que la reforma del RD-L 32/2021 actúa de forma decidida sobre la causalidad lo evidencia, a nuestro juicio, la derogación del contrato de obra o servicio determinado o la nueva regulación de la cobertura contractual del trabajo desarrollado en el marco de las contrataciones y concesiones administrativas. Muy destacable, resulta la metodología empleada. La reforma desarrolla un abordaje integral de la contratación y una preocupación evidente por garantizar su efectividad real. De esta forma, la lucha contra la temporalidad se desenvuelve a través de una actuación plural desde diversos frentes⁴, actuando articuladamente sobre la contratación

¹ Resolución de 3 de febrero de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se 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 (BOE de 8 de febrero de 2022).

² Sirvan como ejemplos, por citar únicamente dos, el contenido del brief elaborado por el profesor SALA FRANCO, T (2022) o la entrada que con el título de "La Reforma Laboral de 2021: elogio de la sensatez" redactan los profesores MERCADER UGUINA y DE LA PUEBLA PINILLA en el blog Foro de Labos y en la que se puede leer que "La misma ha sido fruto de un largo y complejo proceso de negociación en la que los interlocutores sociales han tenido el enorme mérito de conseguir consensos sobre materias sensibles y alcanzar un acuerdo en un terreno tan complejo y sinuoso, cualquiera que sea el momento en el que se produzca, como lo es el laboral. Que Gobierno y, en particular, los responsables del Ministerio de Trabajo, UGT, CC.OO, CEOE y CEPYME hayan conseguido ese punto de equilibrio, en un contexto tan difícil como el actual, es un mérito incuestionable que no solo ayuda a nuestro debilitado mercado de trabajo sino que fortalece nuestro entero sistema democrático".

³ En este sentido el profesor BAYLOS GRAU indica que "Por lo demás, quedan dos años de legislatura y el proceso de cambios legislativos no se va a detener en los contenidos plasmados en la norma por convalidar. Con arreglo a un correcto enfoque, hay una trayectoria continuada desde hace dos años que pretende avanzar en adelante hacia nuevas medidas que modifican la legislación anterior o que crean nuevos derechos ante nuevas situaciones", "No hay razones suficientemente válidas para no convalidar la reforma laboral", entrada de viernes, 28 de enero de 2022.

⁴ La actuación desde diversos frentes también es puesta de manifiesto por DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2022), p. 1.

temporal y el contrato indefinido⁵, al tiempo que proporciona a las empresas mecanismos internos para ajustarse ante situaciones de crisis, cambios cíclicos de la demanda o transformaciones del modelo productivo alternativos a la alta temporalidad y a las fuertes fluctuaciones del empleo.

La dualidad que padece nuestro mercado de trabajo no es una situación natural que responda a una necesidad fisiológica, el contraste de nuestras cifras con las europeas así lo evidencia, sino a la utilización excesiva/fraudulenta de la contratación temporal por parte de las empresas y administraciones públicas. Se ha señalado que la continuidad de nuestras desoladoras cifras implica un fracaso de las intervenciones normativas. A nuestro juicio, sin embargo, más que el resultado de una acción normativa lo son de la abstención normativa. Un *laissez faire* normativo que suponía la asunción de los presupuestos normativos (de)generadores de la lacerante bolsa de temporalidad que padecemos, cuando no de su incremento⁶. El legislador no había profundizado en la mejora del entramado normativo cuando, por la forma en que los operadores jurídicos habían asimilado las normas existentes, era evidente, a la luz de las exigencias comunitarias, la necesidad de hacerlo. Era tiempo para que se adoptasen medidas “lo

bastante efectivas y disuasorias”, por utilizar terminología del TJUE, para evitar el abuso de la contratación temporal. Parece que los agentes sociales, el Gobierno y, finalmente el legislador, han decidido actuar⁷.

2. ENTRADA EN VIGOR Y TRANSITORIEDAD DE LA REFORMA EN MATERIA CONTRACTUAL

La magnitud de los cambios introducidos en nuestro sistema de contratación hacía recomendable, en aras a la realización del principio de seguridad jurídica, que el legislador, como efectivamente ha hecho, introdujese un sistema de vigencia diferida y estableciese normas que resolviesen los problemas de derecho transitorio que podían plantearse con respecto a aquellos contratos que se hubiesen suscrito con anterioridad al cambio normativo o durante su *vacatio legis*.

La regulación de ambas cuestiones, por lo que se refiere a la contratación temporal, la encontramos en la Disposición final octava y en las Disposiciones transitorias tercera a sexta (la primera y segunda se refieren a los formativos). Así de conformidad con la Disposición final octava, si bien la entrada en vigor general del RD-L 32/2021 se produjo con carácter general al día siguiente al de su publicación en el BOE, esto es, el 31 de diciembre, las modificaciones que se incorporan en el art. 15 entrarán en vi-

⁵ En este mismo sentido BAYLOS GRAU en la entrada a su blog del mismo 30 de diciembre de 2021, indica que “*El segundo gran bloque es el relativo a la modificación de la contratación temporal, en una actuación combinada de remodelación profunda de los arts. 15 y 16 ET*” <https://baylos.blogspot.com/2021/12/el-real-decreto-ley-322021-de-28-de.html>.

⁶ Al respecto es ilustrativo lo que ocurrió con el Real Decreto-ley 3/2012 de 10 de febrero, y la subsiguiente Ley 3/2012 de 6 de julio, en las que lejos de adoptar alguna norma que afrontase directamente la cuestión de la limitación de la temporalidad, suspendió temporalmente la aplicación de la limitación al encadenamiento de contratos, y la actuación contra la dualidad, lejos de desarrollarse a través de la mejora de las condiciones de los “outsiders” o desfavorecidos, se desarrolló a través de la reducción de las garantías que rodeaban a los *insiders*, de la reintroducción de algunas formas de empleo temporal descausalizadas para determinados colectivos específicos o a través de fórmulas *sui generis* de contratación indefinida como el derogado contrato de apoyo a los emprendedores, formalmente indefinido pero con un periodo de prueba de un año.

⁷ Debe aclararse que limitaciones de espacio, así como la necesidad de centrarnos en las materias que han “sufrido” un mayor impacto por parte del RD-L 32/2021 determinan que el trabajo sólo se refiera instrumentalmente a las relaciones laborales en el ámbito de la Administración Pública y del sector público cuando ha sido necesario para abordar el tratamiento de alguna específica cuestión sin poder entrar en su compleja interacción con la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Asimismo, el trabajo descarta el tratamiento de aquellas cuestiones que o bien no han sido modificadas o lo han hecho con cambios de menor intensidad (por ejemplo, la proyección del principio de igualdad y no discriminación a la que se refiere el apartado 6º o los deberes de información a las personas contratadas temporalmente previstos en el apartado 7º y 9º del art. 15 del TRLET.

gor a los tres meses de aquella publicación: el 31 de marzo. Sólo a partir de esa fecha estará vigente el nuevo sistema contractual, comprensivo de la contratación temporal estructural, la formativa y el nuevo contrato fijo discontinuo y podrán y deberán ser empleadas las nuevas modalidades de contratación temporal.

Hasta entonces, de conformidad con la Disposición transitoria cuarta, durante el periodo que media entre la entrada en vigor del RD-L 32/2021 (31-12-2021) y el fin de la *vacatio legis* (30-03-2022) las empresas y personas trabajadoras que deseen suscribir un contrato de obra o servicio determinado o un eventual por circunstancias de la producción deberán utilizar las modalidades de contratación previas a la entrada en vigor del RD-L 32/2021 siéndoles de aplicación el régimen jurídico previo, tanto legal como convencional, con una única salvedad referida a su duración: ésta no podrá ser superior a 6 meses con independencia de que la duración de la obra o servicio que le sirva de soporte causal sea superior. Una regulación en la que, a nuestro juicio, el legislador articula, de modo equilibrado, la complejidad de implementar un nuevo esquema contractual con la necesidad de seguir efectuando contratos temporales sin que, por otra parte, la suscripción de éstos demore en exceso la aplicabilidad de las nuevas reglas. Una necesidad que, el legislador, no parece contemplar como necesaria en el caso del contrato de interinidad que aparece omitido en esta Disposición transitoria 4ª y al que por ello habría que entender que se le aplica el régimen legal aún vigente en ese periodo (el previo al RD-L 32/2021) sin el límite temporal máximo de 6 meses prescrito en la Disposición transitoria 4ª.

La determinación del plazo de seis meses ha planteado, con acierto, la cuestión de qué ha de ocurrir cuando se supere⁸. Una primera hipótesis consideraría que se está ante un supuesto de válida extinción del contrato temporal que debiera ser indemnizado de conformidad con lo establecido en el art. 49.1.c)

⁸ De nuevo el completo comentario de DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2022), p.3.

del TRLET (la parte proporcional de la cuantía resultante de abonar doce días de salario por cada año de servicio). Otra hipótesis consideraría que, en caso de que al llegar dicho término subsistiese la causa que justificó la celebración del contrato temporal, el contrato debiera convertirse en indefinido, calificándose su extinción como un despido improcedente indemnizable a razón de 33 días por año de servicio. Coincidimos en que esta segunda opción interpretativa es aquella que mejor se ajusta a la naturaleza del contrato de obra como un contrato sometido a condición resolutoria. El establecimiento de una duración específica y de menor duración que la prevista en el régimen precedente no supone que dicha contratación escape de la solución arbitrada normativamente para las hipótesis de superación de la duración máxima prevista legal o convencionalmente, máxime cuando la propia Disposición transitoria 3 se remite a aquella⁹.

Adicionalmente, ha de notarse que no estamos ante un supuesto en el que el legislador articule una solución con grado de retroactividad alguno por cuanto la regulación de la Disposición transitoria cuarta se articula para contratos celebrados *ex novo* en el periodo que media entre el 31-12-2021 y el 30-04-2022.

Más atemperado, por lo que se refiere a su mantenimiento temporal, ha sido aún el legislador con las situaciones contractuales previas. El régimen transitorio previsto en la Disposición transitoria tercera respecto a los contratos de duración determinada celebrados antes del 31 de diciembre de 2021, en el que se entienden incluidos el contrato de obra o servicio determinado regulado en el antiguo art. 15.1.a), los contratos fijos de obra suscritos en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 del VI Convenio

⁹ Art. 8.2 del Real Decreto 2720/1998 «Expirada dicha duración máxima o la de la prórroga expresa del contrato eventual, ejecutada la obra o servicio, o producida la causa de extinción del contrato de interinidad, si no hubiera denuncia expresa y el trabajador continuara prestando sus servicios, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación».

Estatual de la Construcción, los contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos y los contratos de interinidad basados en lo previsto en el artículo 15.1.b) y c) de la versión previa del TRLET continuarán «resultarán aplicables hasta su duración máxima, en los términos recogidos en los citados preceptos». El legislador por lo que se refiere a la justificación causal y la duración, aspectos regulados «en los citados preceptos», ha establecido un régimen transitorio tremendamente respetuoso con las situaciones generadas en el marco normativo anterior. Se trata, en cualquier caso, de una opción legislativa que no viene impuesta constitucionalmente por cuanto se ha admitido la licitud constitucional de regímenes de retroactividad mínima, esto es de aplicación inmediata de la norma con relación a los efectos futuros¹⁰. No ha sido esta la opción seguida por el legislador, en lo que se refiere a la duración de dichos contratos, en los que, protegiendo las expectativas y marcos jurídicos contractuales creados, los ampara sin limitación temporal alguna con una única salvedad. Una excepción, contenida en el segundo párrafo de la Disposición transitoria 3ª.1, que se refiere a los contratos por obra o servicio determinados celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, previstos en normas con rango de ley, que vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años mantendrán su vigencia hasta el cumplimiento de la duración fijada de acuerdo a su normativa

¹⁰ El Tribunal Constitucional en aras a garantizar que el legislador pueda desarrollar plenamente sus competencias normativas, evitando "una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico" (STC 108/1986 de 29 de julio) ha considerado que la retroactividad vedada por el precepto es la retroactividad de grado máximo y medio, esto es, "la incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores" considerando que "sólo puede afirmarse que la norma es retroactiva, a efectos del art. 9.3 C. E., cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, de tal modo que la incidencia en los derechos, en cuanto a su protección en el futuro no pertenece al campo estricto de la retroactividad", STC 42/1986, de 10 de abril ; STC 386/1993, de 23 de diciembre o STC 83/2005 de 7 de abril.

de aplicación con un amplio límite máximo de tres años contados a partir de 31-12-2021. Una regla que debería, a nuestro juicio, haberse incorporado a todo tipo de contrato de obra o servicio por cuanto no cabe obviar que la limitación temporal de 3 años del contrato de obra no se aplica a aquellos contratos que se hubiesen suscrito con anterioridad a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo¹¹.

Ha de notarse que la Disposición transitoria 3ª efectúa una remisión a la anterior legislación en lo que se refiere a la duración y causalidad del contrato, no en lo que se refiere al resto del régimen jurídico previsto en la actual redacción del art. 15 del TRLET. Ciertamente, el contenido material de ambas versiones es muy similar y no se producirán diferencias significativas entre el régimen jurídico previo y el actual. Ello, no obstante, tiene dos importantes salvedades en lo que se refiere al régimen aplicable en los supuestos de incumplimiento de las prescripciones establecidas en este artículo (art. 15.4 TRLET) y a la concatenación de contratos (art. 15.5 TRLET)¹². Unas normas que, de esta forma, cabría entender aplicables a partir del 30 de marzo de 2021 no sólo a los contratos celebrados con posterioridad a esa fecha (Disposición final 8ª.2.b), sino también a los previos al 30 de diciembre de 2021 (Disposición transitoria 3ª) pero no, sin embargo, a los concluidos entre ambas fechas por aplicación de la Disposición transitoria 4ª. Una aplicación no simétrica del régimen transitorio que, calificada de sorprendente, tal vez encuentre su única explicación lógica en el carácter temporalmente acotado a 6 meses que tiene la aplicación del

¹¹ Por último, debe anotarse que el apartado 3 de la Disposición transitoria tercera establece, seguramente, de forma un tanto innecesaria, respecto a los contratos de duración determinada celebrados antes del 31 de diciembre de 2021, que se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores cuando se extingan sus contratos por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por su denuncia.

¹² El análisis de estos dos elementos normativos se desarrolla en los dos siguientes apartados.

antiguo régimen contractual a los contratos celebrados en el íterin temporal de 31-12-2021 a 30-03-2022 frente a la ilimitada de los contratos previos (a salvo del límite de la propia duración del contrato).

3. EL REFORZAMIENTO DE LA IMPERATIVIDAD DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL

Ya hemos tenido ocasión de señalar que en el RD-L 32/2021 una de las lógicas subyacentes es la búsqueda deliberada de la efectividad de la norma. En un plano político, la necesidad de cumplir con los reiterados requerimientos formulados por el TJUE y los compromisos adquiridos con la UE, vinculados al Plan de Recuperación y Resiliencia de España y al percibo de importantes ayudas económicas de los fondos *Next Generation UE*, coadyuvaron para que agentes sociales y los partidos del Gobierno se alineasen en la lógica de lograr una limitación efectiva de la temporalidad que ya subyacía en el programa de Gobierno¹³ y, como no, de los sindicatos.

La búsqueda de esa aplicación efectiva de la normativa que limita el uso de la contratación temporal se realiza como decíamos a través de diversos instrumentos. Dejando al margen ahora los vinculados al fomento de la contratación indefinida discontinua o al impulso de los mecanismos de flexibilidad interna, objeto de atención en otros artículos de este mismo número, nos centraremos en aquellos que pre-

¹³ El acuerdo de gobierno PSOE-Unidas Podemos, "Coalicción Progresista. Un nuevo acuerdo para España" de 30 de diciembre de 2019 se acordó impulsar el diálogo social para, entre otros asuntos, "1.5.3.- Simplificar y reordenar el menú de contratos de trabajo. Reforzaremos el principio de causalidad en la contratación temporal y las sanciones aplicables a su uso fraudulento de forma que la contratación indefinida sea la forma ordinaria de acceso al empleo, promoviendo las reformas legislativas necesarias para ello. 1.5.4.- Explorar las opciones posibles para reducir la dualidad, favoreciendo el uso del contrato fijo discontinuo para actividades cíclicas y estacionales".

sentan como nexo común la búsqueda del reforzamiento de la imperatividad de la normativa en materia de contratación temporal y en la que convergen diferentes medidas: a) el reforzamiento de la causalidad y de su formalidad; b) el establecimiento de una presunción iure et de iure del carácter indefinido de los contratos temporales celebrados incumpliendo lo establecido en el nuevo art. 15 TRLET; c) el acortamiento de los plazos en orden a la apreciación del encadenamiento de contratos y el establecimiento de una nueva regla de encadenamiento objetivo; d) el endurecimiento del régimen sancionador de la contratación temporal irregular y e) el reforzamiento de la penalización de la contratación temporal de corta duración.

3.1. El reforzamiento de la causalidad temporal, de su formalidad y la presunción iure et de iure del carácter indefinido de los contratos temporales celebrados incumpliendo lo establecido en el nuevo art. 15 TRLET

Nominalmente, el sistema español de contratación laboral se ha regido sobre la preferencia de la contratación indefinida, sistema ordinario de contratación, sobre la contratación temporal que, de esta forma, sólo podía celebrarse cuando concurría alguna de las causas habilitadas expresa y específicamente por el legislador¹⁴. Unas causas que se configuraban como normas de derecho necesario absoluto en lo que se refiere a la posibilidad de que la negociación colectiva o a la autonomía individual pudiesen crear fórmulas complementarias o alternativas. El RD-L refuerza esta situación cuando, ahora expresamente, indica que el contrato de trabajo «se presume concertado por tiempo indefinido» y que

¹⁴ "para que un contrato sea verdaderamente temporal o de duración determinada, no basta, en absoluto, con la expresión en el texto del mismo de tal carácter temporal y la duración concreta que se le asigna, sino que tiene que cumplir inexorablemente todos los requisitos y exigencias que la Ley impone" (STS 22-6-1990, ID CENDOJ 28079140011990101458).

el contrato de trabajo de duración determinada «solo» podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora» (15.1 TRLET) para luego determinar y precisar que se entenderá por circunstancias de la producción «a efectos de lo previsto en este artículo» (art. 15.2 TRLET) y cuando podrán celebrarse contratos de duración determinada para la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo (art.15.3 TRLET)¹⁵.

Sin perjuicio, de lo que se dirá posteriormente con relación a la causalidad prevista para cada uno de aquellos contratos, debe resaltarse que el legislador incorpora un tercer párrafo al art. 15.1 del TRLET en el que se establece que «Para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista».

Cabría entender, en una primera aproximación, que nos encontramos ante una previsión de carácter meramente formal que prescribe determinados contenidos en el contrato, de un modo análogo a lo que acontecía en el art. 6.2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, por el que se establecía que «Cuando los contratos de duración determinada se formalicen por escrito, se deberá hacer constar en los mismos, entre otros extremos, la especificación de la modalidad contractual de que se trate, la duración del contrato o la identificación de la circunstancia que determina su duración, así como el trabajo a desarrollar». No creemos, sin embargo, que deba ser este el en-

tendimiento de dicho precepto. No estamos ante una mera previsión de orden formal sino ante una auténtica exigencia causal que implica un reforzamiento de la causalidad¹⁶.

Al respecto ha de notarse que el precepto no se limita a prescribir que figuren, «con precisión», tres contenidos en el contrato: 1) causa habilitante de la contratación temporal, 2) circunstancias concretas que la justifican y 3) la más novedosa, conexión entre aquellas circunstancias con la duración prevista. Sino que precisa, que ello, será necesario «para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad». Una valencia imperativa reforzada con su interpretación sistemática con lo dispuesto en el nuevo art. 15.4 TRLET respecto a los efectos de la contratación efectuada incumpliendo lo establecido en este artículo.

Con relación a dicho precepto, debe destacarse que en la nueva redacción del art. 15 desaparece la presunción en favor del carácter indefinido de los contratos celebrados en fraude de ley que se contenía en el antiguo art. 15.3 del TRLET y que ésta se sustituye por un nuevo párrafo en el art. 15.4 del TRLET en el que se establece que «Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas», sin exigencia de fraude de ley sino, un más amplio, incumplimiento que determinaría la automática conversión del contrato en fijo. Acreditado el incumplimiento, parece que ello supondría la automática conversión del contrato temporal irregular en un contrato fijo¹⁷. Al igual que acontece, en el segundo

¹⁶ También hablan de reforzamiento de la causalidad DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2022), p. 1 y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2022), p.1.

¹⁷ En este sentido, claramente se manifiesta, en sentido compartido, DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2022)p.3, cuando afirma que "Con la nueva redacción no queda ya margen para la distinción entre presunciones *iuris tantum* e *iuris et de iure* de modo que cualquier incumplimiento, ya sea relativo a la falta de alta en la Seguridad Social, a la superación de los límites temporales previstos para cada contrato temporal o a la inexistencia de causa de temporalidad determina la automática conversión del contrato en indefinido, adquiriendo la persona trabajadora la condición de fija".

¹⁵ Una redacción que nos parece más tajante que la precedente que situaba contratación indefinida y temporal en un pie de igualdad cuando afirmaba que «1. El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada» y sólo después limitaba la contratación de duración determinada a los supuestos prescritos en aquel mismo precepto (art. 15.1 TRLET).

párrafo, para las personas trabajadoras temporales que no hubieran sido dadas de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba, al no admitirse ya, a diferencia de la anterior regulación (antiguo art. 15.2 TRLET), la prueba de la naturaleza temporal de las actividades o servicios contratados.

En cuanto al alcance objetivo del incumplimiento determinante de esa conversión cabe destacar, en primer lugar, que no debería aplicarse a las cuestiones vinculadas con la forma. Al respecto, conviene destacar que la no modificación del art. 8.2 TRLET, además de plantear la cuestión de si los nuevos contratos del art. 15 TRLET deben formalizarse, en todo caso, por escrito en tanto que exigencia implícita en la necesidad de especificar «con precisión» determinados contenidos —que sólo podrá hacerse por escrito— o bien sólo los que, conforme el art. 8.2 TRLET, superen las 4 semanas de duración¹⁸, mantiene la presunción *iuris tantum*, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios, para los contratos que no observen la exigencia de forma escrita. Debiendo de aplicarse esta consecuencia, en tanto norma especial no modificada, frente a la conversión automática del 15.4 TRLET.

Pero al margen de esos incumplimientos relativos a la forma escrita cabe plantearse si cualquier otro incumplimiento de «lo establecido en este artículo», así reza el art. 15.4 TRLET, determinaría aquel importante efecto. Una interpretación en sentido afirmativo supondría, por ejemplo, ese mismo efecto “conversivo” cuando el empresario incumpliese el mandato de igualdad contenido en el art. 15.6 del TRLET, o las obligaciones de información a la persona trabajadora o a sus representantes

previstas en el art. 15.7 o las obligaciones que por mandato del art. 15.8 del TRLET pueden establecerse en convenio.

Aún siendo una cuestión que puede ser discutible, creemos que debe reconducirse la presunción a sus justos términos para darle operatividad con relación a los incumplimientos vinculados a los requisitos causales y temporales no a otros posibles incumplimientos. Exigencias de proporcionalidad y una interpretación literal y sistemática con lo referido a los incumplimientos formales del art. 8.2 del TRLET determinan que nos inclinemos por una interpretación limitativa del alcance de una conversión que, no cabe olvidar, ahora es automática.

De esta forma, creemos que el ámbito objetivo en el que juega el art. 15.4 TRLET es el referido al incumplimiento de obligaciones vinculadas directamente a la celebración del contrato, no aquellas otras accesorias o que se derivan de su celebración. Al respecto ha de notarse que el precepto se refiere a “las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo”. Sería por lo tanto el incumplimiento de reglas referidas a la propia contratación el que determinaría la adquisición de la condición de fija. Así, lo serían los incumplimientos vinculados a la inexistencia de causa de temporalidad, a la superación de los límites temporales previstos para cada contrato temporal, a la falta de alta en la Seguridad Social por señalarlo expresamente el precepto y también la omisión en el contrato «con precisión» de la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. No determinarían, por el contrario, la conversión automática, sin perjuicio de otras responsabilidades, señaladamente administrativas, el incumplimiento de las obligaciones de información o las vinculadas al respeto del principio de igualdad y no discriminación.

Respecto al ámbito temporal de aplicación del art. 15.4 del TRLET ha de señalarse que su entrada en vigor se produce conforme a la

¹⁸ Nos inclinamos por considerar que deberían formalizarse siempre por escrito en tanto que exigencia implícita en el art. 15.1 TRLET. No obstante, sería conveniente aclarar dicha cuestión reglamentariamente y coordinar los arts 8.2 y 15 TRLET.

Disposición final octava.2 a los tres meses de la publicación en el BOE del RD-L 32/2021, esto es, a partir del 31-03-2021. Esa aplicación afectará a partir de ese momento también a los contratos que se hubieran concluido de manera previa a la entrada en vigor del RD-L 32/2021 (Disposición transitoria tercera) no, sin embargo, a los que se concluyan en el periodo de 31-12-2021 a 30-03-2022¹⁹.

3.2. Las nuevas reglas sobre encadenamiento de contratos

Cuatro son las novedades que el legislador incorpora en esta materia. En primer lugar, opera un acortamiento de sus periodos de extensión temporal que resulta coherente con la reducción de las duraciones que experimentan los contratos de duración determinada. Así, con la actual regulación, las personas trabajadoras que hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses (frente a los anteriores veinticuatro) en un periodo de veinticuatro meses, frente a los anteriores treinta, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas²⁰.

El segundo cambio, consecuencia de los cambios habidos en la paleta de modalidades contractuales, consiste en referir su ámbito de actuación a los contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal. Quedan fuera, y ello seguramente sea un aspecto criticable en una norma que tiene una clara voluntad de acabar con la tem-

poralidad, otras modalidades contractuales, sin distinción alguna, de carácter temporal²¹.

El tercer cambio viene de la incorporación en el texto legal de una regla de encadenamiento que podemos calificar de objetiva por referirse al puesto de trabajo y no al trabajador individualmente considerado. Si antes el legislador habilitaba a la negociación colectiva para desarrollar dicha tarea²², ahora ello es realizado directamente por el legislador y con carácter general, para todo tipo de sector y puesto de trabajo, cuando establece que, adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal. Se trata de un cambio que merece una valoración positiva desde la perspectiva de su finalidad, evitar la rotación y expulsión de trabajadores. Una rotación que se convierte, conforme indican las estadísticas europeas²³, en unas

²¹ En la anterior regulación la exclusión, aún siendo amplia, era más precisa por referirse expresamente a supuestos determinados: el encadenamiento no era aplicable a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

²² El antiguo apartado quinto del art. 15 del TRLET establecía que «Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal».

²³ El contrato temporal puede suponer una palanca hacia formas de empleo típicas siempre y cuando se acompañe de las debidas garantías normativas y estas sean efectivas. No parece ser este el caso español, las elevadísimas cifras de temporalidad conviven con una muy baja tasa de transición del empleo temporal al indefinido, así conforme cifras de Eurostat, en España en 2019 sólo un 15,1% de los trabajadores temporales transi-

¹⁹ En base a la Disposición Transitoria 4ª, véase con mayor detenimiento el apartado dedicado al régimen transitorio.

²⁰ La regla continúa aplicándose cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente.

arenas movedizas con efectos nocivos, obviamente para la persona trabajadora afectada, pero también para el sistema productivo por cuanto, como indica el Preámbulo, «el elevado nivel de rotación laboral de una parte considerable de las plantillas impide la cualificación permanente y la vinculación profesional de las personas». Estamos ante una norma antifraude que trata de facilitar la prueba estableciendo una presunción *iure et de iure* cuando se produce una circunstancia objetiva de carácter temporal. No obstante, la misma puede presentar problemas de operatividad derivados de que la misma se asienta en un concepto como es el de «puesto de trabajo» que puede plantear problemas en su identificación.

El cuarto cambio, se incorpora en el apartado 9º del art. 15 al referirse a la posibilidad que tiene la persona trabajadora de solicitar por escrito al servicio público de empleo un certificado de los contratos de duración determinada celebrados, a los efectos de poder acreditar su condición de persona trabajadora fija en la empresa, cuando el servicio público emita dicho documento, se prevé ahora que, además de remitírselo a la empresa empleadora y al trabajador, deba ponerlo en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si advirtiera que se han sobrepasado los límites máximos temporales establecidos. Un cambio que creemos muy relevante en orden a facilitar el control y seguimiento de estas situaciones.

taron a un contrato indefinido en un periodo de referencia de 3 años, frente a los 25,6% de la UE (27), lo que nos sitúa en el tercer peor lugar de las estadísticas europeas. Datos consultados en https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tepsr_wc230/default/table?lang=en. El legislador también es consciente de ello cuando afirma en el Preámbulo que «e) Un nivel de rotación laboral muy elevado, con muchas personas, especialmente jóvenes, que están en un flujo continuo entre el desempleo y el trabajo temporal, lo cual resulta ineficiente para las personas trabajadoras, pero también para las empresas, que tienen que pagar indemnizaciones por fin de contrato; y para el sector público, que financia con prestaciones por desempleo este proceso de rotación continua».

3.3. El endurecimiento del régimen sancionador de la contratación temporal irregular

En una norma que buscaba su efectividad no era extraño que el legislador tornase la vista hacia un aparato sancionador que no parecía lograr la finalidad de prevención general, disuasoria, que es dable esperar de un régimen administrativo sancionador y que además, por carecer, de una real eficacia disuasoria no resultaba equitativo en su aplicación. Aunque el Preámbulo de la norma diga que el artículo quinto modifica «puntualmente» el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social «con el objetivo de adaptar la norma sancionadora a las nuevas previsiones de la norma material, tanto en lo que se refiere a la normativa de contratación –con la imprescindible individualización de la infracción y el incremento de la cuantía de la sanción–, como a las medidas de flexibilidad interna, sus limitaciones y prohibiciones». La modificación puntual no es para nada menor en sus efectos. El incremento de las sanciones que se deriva del mismo supone una completa modificación en la percepción del escenario que es puesta de manifiesta por la doctrina y que es fácilmente perceptible en los auditorios y salas de reuniones virtuales y reales en las que se ha hablado en este periodo sobre la reforma²⁴. En este sentido, no es de extrañar que haya podido afirmarse que la reforma ha operado un desplazamiento del centro de gravedad de la respuesta a la infracción legal²⁵. Por lo que a la contratación se refiere, los cambios operados son dos: 1) aunque la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, prevista en el art. 7.2 de la LISOS, continúa siendo una infracción grave, la incorporación de una nueva

²⁴ En este sentido, el profesor BAYLOS GRAU (2021) también advierte de que ello "posiblemente conlleve un efecto disuasorio muy importante" (entrada de 30-12-2021)

²⁵ BAYLOS GRAU, A (2021) (entrada de 28-12- 2021) En idéntico sentido NOGUEIRA GUASTAVINO, M. 2022, p. 7.

letra c bis) al art. 40.1 de la LISOS, supone que se incremente su sanción que pasa en su cuantía mínima de 751 € a 1.000 € y de un máximo de 7.500€ a 10.000 €; 2) pero sobre todo cambia la forma de imputar la sanción y, con ello, se produce un efecto multiplicador en la cuantificación de la sanción²⁶. Si antes el número de trabajadores afectados era un mero criterio que valorar en la determinación de la gravedad de la infracción, ahora se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas. Un cambio en la forma de imputación, a un sistema individualizado, que se introduce también en los arts. 19.2.b), 19 bis.1.b) y 19 ter.2.b) con relación a las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias.

El cambio en la normativa sancionadora, como no podía ser de otra forma, en virtud del principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no podrá ser aplicado, tal y como establece la Disposición transitoria novena, a las infracciones cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del RD-L 32/2020.

3.4. La penalización de la contratación temporal de corta duración

Por último, se modifica el art. 151 de la Ley General de Seguridad Social para cambiar la penalización que en materia de cotización allí se establecía para los contratos de muy corta duración. El legislador, como pone de relieve el Preámbulo del RD-L 32/2020, considera que, en su versión anterior, había sido ineficiente para limitar la contratación temporal de muy corta duración, con un porcentaje elevadísimo del total de contratos

firmados anualmente, y que «impone grandes perjuicios sobre las personas afectadas y sobre la sociedad en su conjunto» por lo que se pretende interiorizar esta externalidad. A tal objeto se introducen tres grandes modificaciones en este sistema de penalización o malus²⁷:

- 1) Se modifica su cuantía que, si hasta ahora consistía en un incremento del 40 % de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes, ahora se calculará multiplicando por tres la cuota resultante de aplicar a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para contingencias comunes, el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de las contingencias comunes. Lo que viene a resultar una cuantía de 26,57 € por contrato y con independencia de cuál sea su concreta duración siempre que sea inferior a 30 días²⁸.
- 2) Se amplía su ámbito objetivo de aplicación pues si hasta ahora la penalización afectaba a los contratos de duración efectiva igual o inferior a cinco días, con la reforma se aplicará a todo contrato de duración determinada de duración inferior a 30 días.
- 3) También respecto al ámbito de aplicación de esta cotización adicional debe tenerse en cuenta que se amplían los supuestos excluidos. Si hasta ahora únicamente estaban excluidos los celebrados con personas trabajadoras incluidas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, ahora también se excluyen a las del Sistema Especial para Empleados

²⁶ Como advierte el profesor GARCÍA BLASCO (2022), pág. 1, respecto a los cambios en la LISOS "no se trata sólo de acomodar las conductas infractoras a esas modificaciones de la LET, sino que configura de manera distinta los elementos que integran y conforman la misma infracción, cambio muy cualitativo para determinar su concurrencia, a la vez que para imponer y cuantificar la sanción".

²⁷ BAYLOS GRAU. A. (2021) (entrada de 28-12- 2021).

²⁸ La cifra de 26,57 euros es el resultado de la operación: 37,53 x 23,60% x 3. Así, en el Boletín 1/2022 Noticias Red de la Tesorería General de la Seguridad social, p.3.

de Hogar, el Régimen Especial para la Minería del Carbón y a los contratos por sustitución. Tal vez hubiera debido plantearse la exclusión de otros sectores o contratos en los que la temporalidad está ínsita y permitida por la propia norma (caso, por ejemplo, de los artistas en espectáculos públicos).

Debe destacarse que en el RD-L no ha previsto norma transitoria alguna en esta materia. La TGSS a través Boletín 1/2022 Noticias Red de la Tesorería General de la Seguridad social, p.3, considera, razonablemente, que a los contratos de trabajo de duración inferior a 6 días que hubieran finalizado hasta el día 30-12-2021 les resulta de aplicación la cotización adicional prevista en la regulación precedente. Más discutible parece, desde la perspectiva de los principios que rigen la retroactividad normativa, la pretensión de aplicar la totalidad de la cotización adicional a los contratos de trabajo de duración inferior a 30 días que finalicen a partir del día 31-12-2021 pero que fueron suscritos anteriormente.

4. LA DEROGACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA Y SERVICIO DETERMINADO

La reforma del art. 15 y su reemplazo por el nuevo texto que dispone el art. primero, apartado tercero, del RD-L 32/2021 supone la derogación, con los condicionantes transitorios que se comentarán, de todas las modalidades contractuales que allí se preveían (contrato de obra o servicio, contrato eventual y contrato de interinidad) y su sustitución por los nuevos contratos por circunstancias de la producción y de sustitución. Una voluntad de sustitución que el legislador formula expresamente en el segundo párrafo del nuevo art. 15.1 TRLET cuando afirma que «El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora» y, específicamente

con relación al contrato de obra o servicio determinado, en el apartado tercero de la Disposición derogatoria única²⁹.

Sin duda, de esas derogaciones la más relevante es la que afecta precisamente al contrato de obra y servicio por cuanto los otros dos, el eventual y el de interinidad encuentran su espacio natural de continuidad, con las especialidades que se referirán, en los dos nuevos contratos previstos por el legislador³⁰. No ocurre lo mismo con el contrato de obra o servicio que ha sido objeto de una derogación que cabe calificar de rotunda en cuanto a sus efectos. Al respecto ha de notarse que la misma supone incidir en una realidad muy numerosa (8.193.202 contratos en 2019, lo que representó un 36,39 % de la contratación desarrollada en ese año³¹) que ahora deberá canalizarse bien a través de la contratación indefinida (sea discontinua o no) o, cuando sea posible, por concurrir sus presupuestos de hecho, a través del contrato por circunstancias de la producción³².

²⁹ El tenor literal del apartado tercero de la Disposición derogatoria única establece que «Quedan derogadas las disposiciones referidas a los contratos temporales previstos en el artículo 15.1.a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción del precepto previa a la entrada en vigor del apartado tres del artículo primero, contenidas en cualquier norma del ordenamiento jurídico y, en particular, en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades y en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación».

³⁰ Llega a calificarse de "gran novedad de esta reforma laboral" (Llorente 2022). Sin duda, como se expone en el texto es una reforma de gran trascendencia. Mayores dudas nos plantea calificarlo como la gran novedad de una reforma que articula diversas e importantes medidas. Puede verse VICENTE-PALACIO, A (2022).

³¹ Datos del 2019 que figuran en el Informe del Mercado de Trabajo Estatal 2020. observatorio de las Ocupaciones. Ministerio de Trabajo y Economía Social, <https://sepe.es/Home-Sepe/que-es-el-sepe/observatorio/informes-mercado-trabajo/informes-anales-mercado-trabajo-estatal/ver-resultados.html?documentType=informes&tipo=1&periodo=anual&tambito=Nacional> (consultado el 13-02-2022).

³² En este mismo sentido LLORENTE Y PAVÍA (2022) o NOGUEIRA GUASTAVINO (2022, p. 4) para quien el contrato por circunstancias de la producción para situaciones ocasionales y previsibles de duración reducida y delimitada constituye la vía más idónea.

La utilización que se efectuaba del contrato de obra o servicio determinado estaba en el punto de mira, por cuanto se constataba su utilización en contextos y circunstancias en las que sólo de manera muy cuestionable subyacía una auténtica necesidad temporal de mano de obra sino un auténtico fraude. En este sentido, la doctrina había señalado que los contratos de obra constituían la principal causa del nivel patológico de temporalidad de nuestro mercado laboral, identificándose como factores determinantes: la insuficiencia de la actuación legislativa, la “impotencia” de la negociación colectiva y cierta “candidez” de la interpretación jurisprudencial” (Suárez Corujo, 2018).

La proliferación del contrato de obra tenía, a nuestro juicio, su última causa en una laxa delimitación legislativa de su causalidad. El legislador se limitó en 1997 a incorporar la exigencia de que la obra o servicio tuviese “autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta” manteniendo la remisión a la negociación colectiva para que fuese aquella la que identificase “aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza”. Desde entonces, transcurridos casi 25 años, el legislador nada había añadido a una delimitación causal que había sido entendida, de forma muy amplia por la jurisprudencia. Especialmente cuando, a partir de la STS de 15 de enero de 1997 (Rec. 3827/1995), admitió como justificación causal la realización de una contrata de obra o servicio o una concesión administrativa³³. Una posición jurisprudencial que constituye, como ha señalado la doctrina, un factor clave en la precariedad de nuestro sistema de rela-

ciones laborales³⁴ y que, sin embargo, fue dada por buena por el legislador que se limitó a actuar en relación a las contratas y concesiones de larga duración inicial o sucesiva, a través de la limitación de la duración máxima de los contratos de obra que se introduce en la reforma del 2010 y ello aún de forma restrictiva³⁵, a pesar de que en el documento enviado por el Gobierno a los agentes sociales el 12 de abril de 2010, “*Diálogo social sobre actuaciones en el mercado de trabajo. Documento de trabajo*”, ya se señalaba que una de las medidas a adoptar para racionalizar su uso y evitar el uso injustificado del contrato de obra o servicio, era “*desvincular la causa de esta modalidad contractual de la actividad habitual u ordinaria de la empresa y de la subcontratación empresarial de obras y servicios*”. Habrá que esperar a la muy reciente e importante STS de 29 de diciembre de 2020 (Rec. 240/2018) para que el Tribunal Supremo, reaccionando ante las constantes advertencias del TJUE, dé un golpe de timón definitivo³⁶, a una línea jurisprudencial que ya había ido marcando restricciones³⁷ y considere que no es posible celebrar un contrato de trabajo temporal de obra o servicio amparado en la contrata de una empresa contratista, cuando la actividad a la que se destina el trabajador es la habitual u ordinaria de la empresa auxiliar, por mucho que el contrato civil, mercantil o administrativo que une a empresa auxiliar y principal tenga una duración limitada en el tiempo³⁸.

³⁴ VALDÉS Y LAHERA, 2004, 78-79; CRUZ VILLALÓN, 2010, 127, VALDÉS DAL-RÉ, 2010 (consultada versión electrónica).

³⁵ Por cuanto el legislador la limitó a los contratos celebrados con posterioridad al inicio de su vigencia.

³⁶ Esta misma expresión emplea MONTROYA MEDINA, 2021, 613.

³⁷ Señaladamente cuando consideró que en supuestos en los que se producían sucesivas ampliaciones o renegociaciones de la contrata o concesión “*la autonomía e identidad de la contrata, justificativa de la contratación, se desdibuja*” desapareciendo la causalidad propia del contrato de obra o servicio (entre otras, las SSTS (Pleno) de 19 de julio de 2018 (Rec. 824/2017 y 1037/2017), la STS de 28 de noviembre de 2019 (Rec. 3337/2017). Más ampliamente en SUÁREZ CORUJO, 2018 y LÓPEZ SÁNCHEZ, 2017.

³⁸ Una posición ya mantenida por SUÁREZ CORUJO, 2018, 101, cuando afirmó, tomando como punto de partida la STS

³³ La posibilidad de utilizar la contratación de obra o servicio en el marco de las contratas fue reconocida jurisprudencialmente, a partir de aquella sentencia, por diversas resoluciones a lo largo del tiempo. Así, entre otras, SSTS 8 de junio de 1999 (Rec. 3009/1998), la STS de 20 de noviembre de 2000 (Rec. 3134/1999), la STS de 4 de mayo de 2006 (Rec. 1155/2005) o la STS de 23 de septiembre de 2008 (Rec. 2126/2007).

Sin duda, estamos ante lo que cabe calificar como un *leading case* o sentencia referencial que ha inspirado a la regulación contenida en el RD-L 32/2021 en relación con el nuevo contrato por circunstancias de la producción y la nueva regulación del denominado contrato indefinido adscrito a obra prevista en el art. segundo del RD-L 32/2021³⁹ tal y como se recoge en su preámbulo al afirmar que el contrato de obra o servicio era una «modalidad contractual fuertemente cuestionada por las jurisprudencias interna y comunitaria (STS1137/2020, de 29 de diciembre de 2020 y STJUE de 24 de junio de 2021 –C 550/19–)».

Decíamos que la derogación es rotunda en lo que a su alcance material se refiere. El legislador quiere que se extienda a todos los contratos de obra, estableciéndose en su Disposición derogatoria única, apartado tercero, la derogación expresa de las «disposiciones referidas a los contratos temporales previstos en el artículo 15.1.a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción del precepto previa a la entrada en vigor del apartado tres del artículo primero» y con independencia de la norma en que se contengan («contenidas en cualquier norma del ordenamiento jurídico y, en particular, en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades y en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación»), y con independencia de la naturaleza del empleador, como se verá a la luz de las disposiciones transitorias con explícitas referencias al alcance de la derogación en el ámbito del sec-

tor público, y de la actividad desarrollada. Una rotundidad de la que únicamente escapa su régimen de derecho transitorio al permitirse, como se vio en el apartado primero de este artículo, que los contratos de obra suscritos con anterioridad a la entrada en vigor del RD-L 32/2021 (31-12-2021) continúen vigentes hasta su duración máxima de conformidad con la normativa, legal y convencional, previa y, asimismo, que hasta el 30 de marzo puedan suscribirse contratos de esta naturaleza si bien en este caso su duración no podrá ser superior a seis meses. Una transitoriedad que contiene una regla específica con relación a los contratos por obra o servicio determinados celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, previstos en normas con rango de ley, vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años que estuviesen vigentes a antes del 31-12-2021. Previéndose el mantenimiento de su vigencia hasta el cumplimiento de la duración fijada de acuerdo con su normativa de aplicación, con un límite máximo de tres años contados desde el 31-12-2021⁴⁰.

Debe tenerse en cuenta que la Administración Pública, mejor dicho, las entidades que integran el sector público, reguladas en

⁴⁰ De sumo interés resulta BALLESTER LAGUNA, "¿Qué ha hecho la reforma laboral de diciembre de 2021 con la contratación laboral con cargo a proyectos de investigación?", AEDTTS, 2022, https://www.aedtts.com/wp-content/uploads/2022/01/Brief_AEDTSS_Fernando_Ballester_3pags.pdf que entre otras cuestiones trata de resolver el interrogante de si el hueco del contrato de obra en el ámbito científico puede ser cubierto por el contrato indefinido con cargo a proyectos de investigación previsto en el DA 23º de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. Véase asimismo, la entrada "Implicaciones de la derogación del Contrato de Obra o Servicio Determinado del art. 15.1 a) LET sobre los Contratos de Obra o Servicio Derivados de proyectos de investigación", elaborada por la profesora CAIRÓS BARRETO y publicada en el blog Nuevo Estatuto de los Trabajadores para el siglo XXI de NET21 (<https://www.net21.org/implicaciones-de-la-derogacion-del-contrato-de-obra-o-servicio-determinado-del-art-15-1-a-let-sobre-los-contratos-de-obra-o-servicio-derivados-de-proyectos-de-investigacion/>)

de 4 de octubre de 2017, que apuntó la línea consolidada en 2020, que "si la actividad normal de la empresa que contrata consiste en prestar servicios para otras empresas no podría justificarse la celebración de este tipo de contratos si no se trata de una actividad –se insiste– con sustantividad propia y una dimensión temporal".

³⁹ La STJUE de 24 de junio de 2021, Acciona Agua, C-550/19 ofrecía importantes argumentos para que el legislador, los Tribunales y los agentes sociales reaccionasen ante una modalidad contractual que a juicio del TJUE "entraña un riesgo real de provocar una utilización abusiva de este tipo de contratos".

el artículo 2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, disponen de una habilitación específica para suscribir contratos de duración determinada en dos concretos supuestos: a) que dichos contratos se encuentren asociados a la estricta ejecución de Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y solo por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos; b) que resulten necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea.

Se trata de una habilitación genérica en la que como se ha señalado, se plantea la duda de si esa habilitación para suscribir contratos de duración determinada debe canalizarse a través del art.15 o debe entenderse como una modalidad de contratación propia y específica condicionada en su duración máxima al «tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos»⁴¹.

La rotundidad de la derogación de los contratos de obra, que alcanza también al impropriadamente denominado contrato fijo de obra que se preveía en el Convenio General del Sector de la Construcción, no debe, sin embargo, afectar a las otras modalidades contractuales temporales con fundamento normativo propio y distinto al del contrato

⁴¹ Debe reseñarse también con relación a las Administraciones públicas y, en su caso, las entidades sin ánimo de lucro que la Disposición final segunda del RD-L 32/2021 introduce una nueva disposición adicional novena en el texto refundido de la Ley de Empleo, que las habilita para realizar contratos para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral en el marco de los programas de activación para el empleo previstos en este texto refundido de la Ley de Empleo, cuya duración no podrá exceder de doce meses. Previéndose que las personas trabajadoras mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación previstos en este texto refundido de la Ley de Empleo, podrán ser contratadas mediante el contrato formativo previsto en el artículo 11.2 del TRLET.

de obra (p.ej. contrato laboral para artistas en espectáculos públicos previsto en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos).

5. EL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN

De los dos contratos temporales creados por el RD-L es el contrato por circunstancias de la producción (en lo sucesivo CPCP) el que incorpora más novedades, el que, en un futuro, probablemente canalice un mayor número de contratos y el que, al mismo tiempo, plantea mayores interrogantes. En este sentido, se ha destacado que el elevado número de conceptos jurídicos indeterminados empleados puede propiciar una elevada conflictividad judicial y una inseguridad jurídica que se agrava por las importantes consecuencias sancionadoras que tiene ahora la utilización irregular de la contratación temporal⁴².

El nuevo contrato que, aún siendo un nuevo contrato, cabría calificar, en cierta medida como heredero del antiguo contrato eventual⁴³, presenta una delimitación causal novedosa que el precepto parece desglosar, a su

⁴² BELTRÁN HEREDIA (entrada 17-01-2022). A nuestro juicio, sin que quepa descartar que la inseguridad jurídica pueda constituir un incentivo para una prudente utilización de la figura del contrato indefinido no fijo, sería imprescindible que una futura norma reglamentaria coadyuvase a reducir unos márgenes de discrecionalidad que perjudican a la seguridad jurídica de empresas y personas trabajadoras pero también la operatividad de las instancias encargadas del control de su aplicación.

⁴³ Con ello descartamos que, a nuestro juicio, le resulte de aplicación la regulación contenida en convenios en relación con los antiguos contratos eventuales. De esta forma, si por convenio se había ampliado la duración de aquellos y se quiere proceder de modo análogo con el nuevo contrato por circunstancias de la producción deberá renegociarse el convenio y efectuar una regulación específica y expresa en ese sentido. El profesor ROJO TORRECILLA también considera que este nueva modalidad o submodalidad "sustituye al anterior contrato eventual por necesidades de la producción" en "Estudio de la reforma laboral de 2021. Real Decreto-Ley 32/2021 de 28 de diciembre", en <https://www.academia.edu/67901830/>

vez, en dos o, según como se lea, tres hipótesis o escenarios diferentes.

Detengámonos siquiera brevemente en esta cuestión. La duda viene suscitada por la redacción del primer párrafo del nuevo art. 15.2 cuando establece que «2. 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».

Si bien es cierto que utilización de la conjunción copulativa «y» entre la primera situación, «el incremento ocasional e imprevisible de la actividad», y «las oscilaciones», podría hacernos pensar en dos situaciones diferenciadas y que a esta segunda situación no se le requeriría la ocasionalidad e imprevisibilidad que sí se exige expresamente al incremento, creemos que la conjunción copulativa, que no alternativa, incorpora dichas oscilaciones que, de esta forma, deberán ser igualmente ocasionales e imprevisibles⁴⁴. Una interpretación esta que creemos que se ajusta a la interpretación sistemática del precepto por cuanto éste expresamente excluye su utilización cuando responda a supuestos incluidos en el artículo 16.1 del TRLET. Las oscilaciones no ocasionales, sino que reiteradas en el tiempo y previsibles nos sitúa, en la mayor parte de casos, en el supuesto de hecho de la «prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados» del fijo discontinuo. Una consideración única a la que también aboca el tratamiento sistemático unitario que se realiza de la caracterización

de la actividad en la que pueden emplearse y de los efectos que genera el incremento y la oscilación («que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere») y las reglas también comunes en materia de duración.

Las dos situaciones o escenarios presentan como nexo común el referirse a situaciones en las que se produce una necesidad temporal de mano de obra, ya sea por generarse un «incremento ocasional e imprevisible» de la actividad de la empresa, «un desajuste temporal» o una «situación ocasional» pero previsible. Siendo clara la temporalidad por expresa dicción en el caso de las de los incrementos ocasionales e imprevisibles y en el de las oscilaciones (el desajuste temporal al que se refiere la norma), la misma también puede inferirse del término ocasional empleado por la norma. Un término que según el diccionario de la RAE en la acepción que a nosotros interesa significa que «Que solo ocurre o actúa en alguna ocasión. Colaborador ocasional» y que por lo tanto carece de la nota de permanencia o habitualidad propia de los trabajos que exigirían la utilización de un contrato fijo. Un contrato fijo, en su modalidad de fijo discontinuo, que parecería ser el que debería emplearse cuando ese trabajo ocasional se reitera con carácter intermitente o cíclico o en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad. Aunque sin duda, la frontera entre este contrato y el fijo discontinuo, como ya ocurrió con el eventual, puede plantear interrogantes, creemos que una interpretación teleológica, literal y sistemática impedirían el recurso al CPCP para la cobertura de necesidades temporales que se repiten cíclicamente en el tiempo. Otra interpretación, aún pudiendo ser de interés, debe situarse en un plano de *lege ferenda* por no ajustarse a la *mens legis* ni a la *mens legislatoris*.

Con relación al elemento causal, el legislador establece, también parece que respecto a las dos modalidades, que no podrá identifi-

Estudio_de_la_reforma_laboral_Real_Decreto_Ley_32_de_28_12_2021, p. 37

⁴⁴ En contra BELTRÁN HEREDIA (entrada 17-01-2022) que desarrolla una interpretación literal que, no obstante, como reconoce, produce resultados insatisfactorios desde la perspectiva de su delimitación con el que el denomina CPCP previsible y el contrato fijo discontinuo.

carse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores. Siguiendo la pauta marcada por la STS 29-12-2020 Rec. 240/2018, el legislador descarta expresamente que esta modalidad contractual pueda emplearse para la cobertura de puestos de trabajo en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas cuando esta constituya la actividad habitual u ordinaria de la empresa. No estamos ante una prohibición absoluta y ello por cuanto la norma admite dos supuestos en los que será posible la utilización de un CPCP: 1) en aquellos casos en los que la realización de contrata, subcontratas o concesiones administrativas no constituya la actividad habitual u ordinaria de la empresa. Piénsese, por ejemplo, en un restaurante que excepcionalmente decide suministrar comida y el servicio de camareros a una empresa vecina con motivo del aniversario de dicha empresa; 2) por la concurrencia de una circunstancia de la producción de las previstas en el art. 15.2 del TRLET que se superponga a la actividad ordinaria de la empresa⁴⁵. Sería, por ejemplo, el caso de una empresa de catering que ante la petición extraordinaria de un cliente que, por ejemplo, desarrolla una jornada de puertas abiertas necesita incrementar el servicio de catering de manera puntual.

De esta forma, el **primer escenario o supuesto sería el determinado por incrementos ocasionales e imprevisibles de la actividad y las oscilaciones**, implícitamente también ocasionales e imprevisibles, que provocan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, con independencia de que ese incremento u oscilación se produzca en el marco de la actividad normal de la empresa.

La norma expresamente establece que «entre las oscilaciones a que se refiere el párrafo anterior se entenderán incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales». Nos encontramos ante una previsión que además de parecer modificar la jurisprudencia del TS en relación con esta materia⁴⁶, e introduce un “ruido” o confusión en la definición y en la frontera entre el CPCP y el fijo discontinuo sólo reconducible a través de su interpretación como una inclusión “constitutiva” o bien, en una interpretación integradora, considerar que la referencia a las vacaciones como causa justificativa de un CPCP sólo es posible cuando éstas determinen un desajuste organizativo por no responder a los parámetros preestablecidos⁴⁷.

El CPCP celebrado en base a estas circunstancias (incrementos ocasionales y oscilaciones) no podrá tener una duración superior a seis meses, permitiéndose, no obstante, que por convenio sectorial, con indiferencia de su ámbito geográfico, se pueda ampliar su duración a un año. En caso de que el contrato se

⁴⁶ Cuando había establecido, STS 30-10-2019 Rec. 1070/2017, que cuando la empresa “es plenamente conocedora de que la plantilla con la que cuenta disfruta de vacaciones y descansos con la regularidad propia de tales situaciones” se aleja “de la excepcionalidad que el contrato eventual viene a solventar”. En la misma línea la STS 10-11-2020 Rec. 2323/2018 denegando la posibilidad de utilizar genéricamente el contrato eventual con una “abstracta y genérica invocación de los periodos de vacaciones, licencias y permisos de los que disfruta el personal que configura la plantilla ordinaria del organismo público, sino que exige una prueba más precisa y exhaustiva de las concretas y específicas circunstancias concurrentes en esa plantilla, el número de puestos de trabajo y vacantes existentes en la misma, de lo que pueda deducirse la concurrencia de las circunstancias extraordinarias que justifiquen el recurso a esta modalidad de contratación temporal”.

⁴⁷ Es, a nuestro juicio, la coherente propuesta que formula NOGUEIRA GUASTAVINO, p. 3, que además se coherente con la interpretación efectuada por el TS por cuanto lo que ésta vea es la utilización “abstracta y genérica” del contrato eventual como método de cobertura ordinario de las vacaciones no cuando pueda “deducirse la concurrencia de las circunstancias extraordinarias que justifiquen el recurso a esta modalidad de contratación temporal”. Una especificación que tal vez podría incorporarse en una futura norma reglamentaria que lo que haría, de esta forma, sería concretar la regulación legal contenida en el art. 15.2 y art. 16 del TRLET. También parece ser esta la posición de ROJO TORRECILLA, 2022, p. 39.

⁴⁵ De la misma forma, NOGUEIRA GUASTAVINO 2022, p.6.

hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse, mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima. Aunque la dicción es clara respecto a cuál es su duración máxima no resulta tan claro si esa duración máxima esta condicionada a la persistencia de la causa que justifica el contrato o, por el contrario, estamos ante un contrato a término determinado por la duración establecida en el propio contrato o, en todo caso, por la duración máxima legal o convencionalmente establecida. En nuestra opinión, nos hallamos ante un contrato en el que establecimiento de una duración máxima actuaría como término final determinante de su válida extinción. La redacción del art 49.1c) parece avalar dicha interpretación al prever únicamente la expiración del tiempo convenio como causa extintiva. Ello no significa que no haya de atribuírsele ningún efecto a la desaparición de la causa que legitima y justifica el uso de este contrato. Máxime cuando en el actual marco normativo desaparece la referencia o marco temporal que anudaba el contrato eventual a la circunstancia que lo justificaba. La desaparición de ese referente objetivo hace que cobre especial valor la exigencia, contenida en el párrafo primero del art. 15.1 TRLET, de que en el contrato se especifiquen con precisión la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y «su conexión con la duración prevista» y ello no con un valor meramente formal sino «para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad». La desaparición de la causa justificante del contrato determinaría la adquisición, por imperativo, del art. 15.4 del TRLET, de la condición de fijas y una eventual sanción administrativa. Efectos que la empresa sólo podría evitar extinguiendo el contrato por las causas previstas en el art. 52 c) del TRLET y los efectos previstos en el art. 53 del TRLET. Sin duda, esta interpretación, que rompe con los esquemas tradicionales del contrato eventual e introduce un factor de complejidad en la gestión empresarial de la temporalidad debería

limitarse a aquellas hipótesis de abuso de derecho en los que la desaparición del hecho causal fuese total y cuando la desconexión entre el mismo y la duración del contrato también resultase evidente.

Mayores interrogantes plantea si cabe el **segundo de los escenarios en los que es posible la suscripción de un CPCP: la atención de «situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada en los términos previstos en este párrafo»**. De nuevo aquí el legislador emplea el término ocasionales para referirse a la situación causal, que como hemos señalado, debe identificarse con puntuales, con aquello que «sólo ocurre o actúa en alguna ocasión», no habitualmente pero ahora esas situaciones ocasionales han de ser previsibles y con una duración reducida y delimitada en los términos que el precepto acota y que ahora se verán.

Ha de notarse que aquí el legislador no prevé expresamente que se refieran a la actividad normal de la empresa. No creemos que ello suponga que la empresa no pueda recurrir en este caso al CPCP, sino que ello está implícito en la propia nota de la previsibilidad⁴⁸. Difícilmente puede ser previsible aquello que no se corresponda con el tráfico mercantil ordinario de la empresa. Precisamente, la previsión expresa en el ámbito de la situación ocasional imprevisible, se explica por que en ese contexto sí que resultaría preciso o conveniente aclarar que ello también puede producirse con relación a la actividad normal de la empresa. La omisión de otros elementos que caractericen la actividad a desarrollar, fíjese que además aquí se habla de «situaciones» frente al más limitado «incremento» del primer escenario, supone una importante dosis de flexibilidad que no supone que podamos olvidar que estamos ante un contrato que sólo puede suscribirse para situaciones ocasionales, con lo que ello implica de temporalidad y no recurrencia y,

⁴⁸ También es de esta opinión NOGUEIRA GUASTAVINO, p. 4.

adicionalmente, que en el contrato deberá figurar además de la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. De esta forma, coincidimos con aquellos que consideran que aunque la frontera explícita con el fijo discontinuo sólo se ha previsto en el párrafo primero del art. 15.2 para los CPCP por incrementos ocasionales imprevisibles y las oscilaciones, esa limitación se deriva de su propia conceptualización y de su interpretación sistemática con el art. 16 del TRLET. De esta forma, no creemos que pudiera ser empleado, por ejemplo, para la cobertura general de los puestos de trabajo exigidos por la realización del periodo de rebajas en los establecimientos comerciales por su carácter recurrente pero sí para la realización de un periodo promocional de ventas vinculado a alguna circunstancia eventual (por ejemplo, el lanzamiento de un determinado terminal telefónico).

La escasa exigencia causal de esta modalidad contractual, que se ha visto como la vía con la que reconducir los anteriores contratos de obra o servicio⁴⁹, se contrarresta con una explícita aunque confusa limitación temporal en el uso que pueden realizar las empresas. Así, en este se indica que:

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

Parece que la literalidad del precepto conduce a entender que las empresas podrán utilizar el contrato un máximo de 90 días en el año natural que, no obstante, no podrán ser utilizados de manera continuada e imponiéndose por lo tanto un fraccionamiento en su uso. Un límite que actúa considerando globalmente la empresa, y computando, por ello, las contrataciones que se efectúen en los distintos centros de trabajo⁵⁰. Son diversas las cuestiones que se han planteado con relación a este límite temporal. Así, en primer lugar y por lo que se refiere, a su determinación en forma de días, se plantea la cuestión de si cabría aplicarlo proporcionalmente en el caso de los trabajadores a tiempo parcial⁵¹. En nuestra opinión, debe descartarse dicha proporcionalidad por cuanto, en primer lugar, el límite se establece por días, no en base a una eventual jornada de trabajo a tiempo completo. Adicionalmente, esa interpretación podría suponer un tratamiento más perjudicial para las personas con contratos a tiempo parcial que verían como una parcialidad mayoritariamente, según las estadísticas, no deseada y que afecta principalmente a las mujeres, les supone que puedan trabajar un mayor número de días con un contrato temporal.

En segundo lugar, cabe plantearse si estamos ante un único contrato cuya distribución de la jornada debe repartirse a lo largo de esos días conforme a la previsión anual que haga el empresario o ante diversos contratos que deben realizarse para cada uno de esos días o periodos en que vaya a ser empleado. A nuestro juicio, el tenor literal del precepto parece soportar las dos opciones. De esta forma, la empresa podría suscribir contratos por periodos de tiempo más o menos amplios, por ejemplo, superando los 29 días para evitar la

⁵⁰ Aunque el precepto no lo aclara, entendemos que en los grupos de empresas mercantiles, el cómputo debe efectuarse unitariamente para cada empresa por ser diferente la personalidad jurídica de sus integrantes. Una respuesta que debería ser diferente en aquellas hipótesis en las que la apariencia mercantil encubriese una realidad empresarial única.

⁵¹ BELTRÁN HEREDIA (entrada 17-01-2022).

⁴⁹ NOGUEIRA GUASTAVINO, p. 4.

penalización en la cotización, identificando, en cada uno de los contratos las situaciones a atender en «cada uno de dichos días», las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato o bien suscribir contratos diarios, en ambos casos, como se verá a continuación, siempre que ello se ajuste a la causalidad que justifica y fundamenta al contrato.

En tercer lugar, en relación con el fraccionamiento y forma en que cabe distribuir esos días, aunque existe un amplio margen de discrecionalidad empresarial la misma está sujeta a dos condicionantes. Conforme la previsión legislativa el contrato puede suscribirse para «atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato», una exigencia de la que se deriva, sin género de dudas, la necesidad de que en el contrato se contengan las «concretas situaciones» para las que se suscribe el contrato, no bastando una justificación genérica, y, con mayores dudas, los días en que ello se producirá. Una exigencia de determinación de los días que, a nuestro juicio, deviene absolutamente conveniente para garantizar cierta previsibilidad en el trabajo desarrollado⁵².

Menores dudas nos plantea la necesidad de que la contratación de esos trabajadores debe estar justificada y guardar proporción con la temporalidad que justifica el contrato que se suscribe⁵³. Los 90 días son un término máximo que limita la «duración reducida y delimitada» que tienen que tener las situaciones pero ni desdibuja la exigencia de ocasionalidad ni de que en el contrato se deba de especificar la causa habilitante de la contra-

tación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y, sobretudo por lo que a estos efectos interesa, «su conexión con la duración prevista». Una proporcionalidad que se proyectaría tanto sobre la duración como sobre el número de contratos a realizar. Nótese que la norma no establece un límite máximo expreso de contratos, a diferencia de lo que ocurría en algunos de los textos que se manejaron, pero ello no ha de significar que este quede a la libre discreción del empresario. Como hemos visto, anteriormente, el art. 15.1 del TRLET desarrolla, en este sentido, un importante refuerzo de la causalidad que proyectada en la dimensión cuantitativa impediría una suerte de “barra libre” totalmente contraria a la lógica de la reforma.

6. EL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN

Menores incertidumbres parece generar el segundo de los contratos previstos en el actual art. 15.3: el contrato de duración determinada para la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo. Un contrato que claramente se inspira en el tradicional contrato de interinidad regulado en el anterior art. 15.1 c) del TRLET pero cuya regulación, a nuestro juicio, se mejora desde una perspectiva de técnica jurídica y funcional.

Desde una perspectiva de técnica legislativa, la actual regulación incorpora de forma expresa en la norma legal la interinidad por vacante, esto es, la posibilidad de celebrar este contrato para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo. Cabe recordar, que la posibilidad de emplear este contrato para este tipo de hipótesis sólo se había recogido en el art. 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre. La incorporación ahora al texto legal de aquella misma regulación evita el eventual *ultra vires* de la anterior situación, salvado *in extremis* por la STS 12-12-2007 (Rec. 4117/206).

⁵² Al respecto, parecería conveniente que el desarrollo reglamentario contuviese las disposiciones precisas para que el uso de esta modalidad contractual se adecue a las exigencias contenidas en 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. Una Directiva que deberá ser transpuesta a más tardar el 1 de agosto de 2022.

⁵³ También NOGUEIRA GUASTAVINO, p. 5.

La norma legal específica también la duración máxima de esta interinidad por vacante, estableciendo que, en ningún caso, podrá ser superior a tres meses o el plazo inferior recogido en convenio y sin que se pueda celebrar un nuevo contrato con el mismo objeto si se hubiese agotado aquella duración máxima. La necesaria, aunque, a nuestro juicio, insuficiente Disposición adicional cuarta del RD-L 32/2021 permite explícitamente en el sector público la celebración de este contrato de sustitución por vacante, pero remitiéndose genéricamente, en aras a garantizar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, a 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. Ha de notarse que ni en dicha norma, ni tampoco en la actual regulación estatutaria, a diferencia de lo que ocurría con el art. 4.2.b) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, se ha establecido una regulación específica con relación a la duración de este tipo de contratos en las Administraciones Públicas. Un silencio que obliga a plantearse la cuestión de si continúa siendo aplicable, a falta de previsión legal específica, el plazo máximo de 3 años que el art. 70.1 EBEP establece para la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar (STS, Pleno, 649 /2021 de 28-06-2021).

Sin duda, si resulta necesario establecer un plazo diferente en la duración de esta modalidad contractual en el ámbito del sector público, atendiendo a la complejidad de sus procesos selectivos, sería conveniente, cuando no imprescindible, recuperar una regulación análoga a la que se preveía en el Real Decreto 2720/1998 cuando establecía que «En los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica».

Desde una perspectiva funcional se mejora esta modalidad contractual y ello tanto por lo

que refiere a su ámbito objetivo de aplicación como a su dinámica. Por lo que se refiere a lo primero, aún manteniéndose el supuesto tradicional, sustitución de trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, se añade la posibilidad de que el mismo pueda emplearse para contratar a una persona que complete la jornada reducida disfrutada por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo y se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución⁵⁴. Una posibilidad que *obiter dicta* había descartado la STS 30-10-2019 (Rec. 1070/2017) pero que cabe considerar positiva desde la perspectiva de facilitar la cobertura de una reducción temporal y, en muchos casos, imprevisible para la empresa en cuanto a su inicio y duración efectiva y, asimismo, evitar que, de otra forma, la “cobertura” recaiga en otras personas trabajadoras a través del incremento de su carga de trabajo. La redacción del precepto plantea la duda de si podría suscribirse un mismo contrato para la cobertura de diferentes reducciones disfrutadas por distintas personas. La exigencia de que en el contrato figure el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución no habría, a nuestro juicio, de impedir una posibilidad que facilitaría saturar, en el sentido de ofrecer jornadas completas, a las personas trabajadoras que desarrollen esa actividad, sin perjuicio, de que una reiteración en el desarrollo de dicho cometido, nos sitúe en el escenario de un contrato fijo discontinuo.

Por lo que a la dinámica de la contratación se refiere, el nuevo art. 15.3 del TRLET permite una cierta coincidencia temporal entre la persona trabajadora sustituida y la sustituta. En este sentido, se establece que la prestación de servicios de la persona sustituta podrá iniciarse antes de que se produzca la ausencia de la sustituida, permitiéndose

⁵⁴ Obviamente, no en los supuestos en lo que la reducción tenga su origen en un expediente de regulación temporal de empleo, en el que la contratación de nuevos trabajadores está limitada y condicionada (véase el art. 47.7.d) del TRLET).

una coincidencia en el desarrollo de las funciones por «el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días». Se admite, de esta forma, un relevo acompañado inicial, pero no el de salida. Tal vez debiera haberse permitido también el de salida cuando ello fuera necesario para garantizar una transición, siquiera hubiera sido con una menor duración por parecer más complejo el proceso de acoplamiento de la persona nueva que la reentrada del que ya había desempeñado servicios.

La actual regulación exige, como ya ocurría en la regulación precedente, que en la interinidad por sustitución se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución, en la interinidad por vacante el desarrollo reglamentario debería exigir la identificación del puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna.

El legislador no ha modificado los efectos que tiene la finalización ordinaria de este tipo de contratos por expiración del tiempo convenido (art. 49.1.c TRLET) que, de esta forma, continúan sin generar derecho a indemnización alguna. Tampoco se les aplica la penalización en la cotización adicional prevista para los contratos de duración inferior a 30 días del nuevo art. 151 de TRLGSS (art. 3.1 RD-L 32/2021).

Por último, se ha de destacar, que el nuevo art. 15.3 TRLET será aplicable, en virtud de la Disposición final 8ª a partir del 31-03-2022. Los contratos de interinidad previos al 31-12-2021, en virtud de la Disposición Transitoria 3ª, se regirán por la normativa vigente en aquel momento. La ausencia de referencia a esta modalidad contractual en la Disposición Transitoria 4ª, la prevista para el íterin entre el 31-12-2021 y el 30-03-2022, limitando a seis meses la duración de los contratos que se celebren en ese periodo, determina que no deba aplicarse dicha limitación temporal específica a estos contratos.

7. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL ESTRUCTURAL

En el apartado 8º del art. 15, de modo análogo a lo que ya hacía el anterior apartado 7º, se establece un conjunto de materias cuyo tratamiento se recuerda, con un valor meramente orientativo o pedagógico, puede ser abordado por la negociación colectiva. No estamos ante mandatos, sino como decíamos, meras orientaciones o recordatorios que tratan de motivar a los negociadores o, incluso, recordar la posibilidad, oportunidad o legalidad del tratamiento de esas cuestiones. Las materias a las que se refiere el precepto son, en un primer bloque, que tiene como nexo común, la reducción o limitación de la temporalidad: 1) planes de reducción de la temporalidad, 2) criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa, 3) criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, 4) fijación de porcentajes máximos de temporalidad; 5) las consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos. Se trataría de un listado meramente enunciativo, que no constituye un *numerus clausus*, y que, aunque amplio, podría permitir la inclusión de otro tipo de cláusulas. Además, debe notarse que, con buen criterio, el legislador no predetermina un nivel apropiado de negociación de forma que estas cláusulas podrán formar parte del contenido de cualquier tipo de convenio, siempre y cuando, dada la naturaleza de la materia, sea estatutario.

Con relación a los efectos que cabe derivar del incumplimiento de estas cláusulas, salvo previsión expresa en el convenio, nótese que la determinación de las consecuencias derivadas de su incumplimiento es precisamente uno de los contenidos propuestos por el legislador (el que hemos numerado como 5), no creemos que pueda determinar sin más la conversión del contrato temporal en indefinido. Como de-

fendimos al analizar el ámbito de aplicación material de la presunción establecida en el art. 15.4 del TRLET, no creemos que quepa su aplicación a todo incumplimiento del art. 15 del TRLET. Lo que sí resulta claro, es que, además de la eventual aplicación de las consecuencias que pudiera prever el mismo convenio, su incumplimiento constituiría una infracción que podría ser sancionada por la autoridad laboral como una infracción grave en base al art. 2.2 del TRLISOS⁵⁵ y adicionalmente generaría una responsabilidad contractual.

El precepto añade en su párrafo segundo que «asimismo, los convenios colectivos podrán establecer criterios de preferencia entre las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidas las personas puestas a disposición», sin que quepa entender a que puede referirse dicha preferencia. Una omisión que, sin duda, debería solventarse a través de su concreción en la norma reglamentaria. Finalmente, y como ya ocurría en la versión precedente, el precepto concluye señalando que los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estas personas trabajadoras a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales.

Cabe recordar que la negociación colectiva puede, asimismo, desarrollar otras funciones y cometidos distintos a los vinculados al control de la temporalidad. Así puede mencionarse que la negociación colectiva, ahora sí sólo la sectorial, puede ampliar la duración del CPCP derivado de incrementos ocasionales imprevisibles y oscilaciones de los seis meses legales hasta un año (art. 15.

⁵⁵ «2. La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva. A estos efectos se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas» (el subrayado es nuestro).

2 TRLET). Asimismo, la negociación colectiva puede articular medios de comunicación que faciliten la transmisión de información de la existencia de puestos de trabajo vacantes permanentes a los trabajadores temporales (art. 15.7 TRLET).

Además del papel que la representación legal de los trabajadores puede desarrollar en la negociación colectiva, el art. 15 del TRLET le convierte en destinatario de información específica. De esta forma, la empresa deberá informar a los representantes de los trabajadores: 1) en el último trimestre de cada año, de la previsión anual de uso de los CPCP para atender situaciones ocasionales, previsibles, de duración reducida y delimitada; 2) la información que se les transmita a los trabajadores temporales de la existencia de puestos de trabajo vacantes permanentes; 3) cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los contratos regulados en el art. 15 deberán ser notificados de los contratos realizados al amparo del art. 15 del TRLET; 4) cuando se produzca una conversión en trabajador fijo de un trabajador temporal como consecuencia de la aplicación del art. 15.4 o 15.5 del TRLET.

BIBLIOGRAFÍA Y BLOGS CONSULTADOS

BAYLOS GRAU, A.: “La búsqueda de la estabilidad en el empleo y los contratos temporales en la reforma laboral de diciembre de 2021”, entrada en su blog de martes, 28 de diciembre de 2021, <https://baylos.blogspot.com/2021/12/la-busqueda-de-la-estabilidad-en-el.html>.

BAYLOS GRAU, A.: “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 entrada a su blog de 30 de diciembre de 2021 <https://baylos.blogspot.com/2021/12/el-real-decreto-ley-322021-de-28-de.html>.

BALLESTER LAGUNA: “¿Que ha hecho la reforma laboral de diciembre de 2021 con la contratación laboral con cargo a proyectos de investigación?”, AEDTTS, 2022, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/Brief_AEDTSS_Fernando_Ballester_3pags.pdf

- BELTRÁN HEREDIA, I.: “RD Ley 32/2021 y diferencias entre el contrato temporal por circunstancias de la producción (art. 15 ET) y el fijo-discontinuo (art. 16 ET): taxonomía de una nube de conceptos jurídicos indeterminados”, entrada 17-01-2022, <https://ignabeltran.com/2022/01/17/rdley-32-2021-y-diferencias-entre-el-contrato-temporal-por-circunstancias-de-la-produccion-art-15-et-y-el-fijo-discontinuo-art-16-et-taxonomia-de-una-nube-de-conceptos-juridicos-indeterminados/>
- CAIRÓS BARRETO: “Implicaciones de la derogación del Contrato de Obra o Servicio Determinado del Art. 15.1 a) LET sobre los Contratos de Obra o Servicio Derivados de proyectos de investigación”, blog Nuevo Estatuto de los Trabajadores para el siglo XXI de NET21, <https://www.net21.org/implicaciones-de-la-derogacion-del-contrato-de-obra-o-servicio-determinado-del-art-15-1-a-let-sobre-los-contratos-de-obra-o-servicio-derivados-de-proyectos-de-investigacion/>
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Contratación temporal y descentralización productiva”, *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, 115-128.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2022): “RDL 32/2021: el fin de los contratos temporales que conocíamos. Régimen transitorio hasta su definitiva desaparición”, AEDTSS, 2022 <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/Contratos-temporales.-Regimen-transitorio-ana.pdf>
- GARCÍA BLASCO, J.: “Reforma laboral, infracciones en el orden social y reforzamiento del papel de la Inspección de trabajo”, AEDTSS (2022), <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/juan-garcia-blasco.pdf>
- LÓPEZ SÁNCHEZ, M.C.: “El contrato de obra o servicio determinado y su vinculación a la subcontrata: reflexiones críticas”. Trabajo y derecho.
- LLORENTE, P. Y PAVÍA, J.: “La regulación de la contratación por tiempo determinado en 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”, Diario La Ley, núm 1004, 07-02-2022.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: “Breve anotación a la reforma laboral”, AEDTSS, 2022, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/12/2_Martinez_NOTA-AEDTSS.pdf
- MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La Reforma Laboral de 2021: elogio de la sensatez”, blog Foro de Labos, <https://www.elforodelabos.es/la-reforma-laboral-de-2021-elogio-de-la-sensatez/>
- MONTOYA MEDINA, D.: “La contratación por tiempo determinado y la prevención de su abuso en el Reino Unido”. Relaciones Laborales, 10, 2012.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2022): “Contrato por circunstancias de la producción”, AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf>
- SALA FRANCO, T.: “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”, 2022, AEDTSS, <https://www.aedtss.com/el-real-decreto-ley-32-2021-de-28-de-diciembre-de-medidas-urgentes-para-la-reforma-laboral-la-garantia-de-la-estabilidad-en-el-empleo-y-la-transformacion-del-mercado-de-trabajo/>
- SUÁREZ CORUJO, B. (2018): “El uso indiscriminado del contrato de obra o servicio determinado como factor distorsionador del funcionamiento del mercado de trabajo español”, Documentación Laboral, 115: 93-102.
- ROJO TORRECILLA, E.: “Las disposiciones transitorias de la reforma laboral de 2021”, AEDTSS, 2022, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/BRIEF-AEDTSS-eduardo-rojo.pdf>
- ROJO TORRECILLA, E.: “Estudio de la reforma laboral de 2021. Real Decreto-Ley 32/2021 de 28 de diciembre”, en https://www.academia.edu/67901830/Estudio_de_la_reforma_laboral_Real_Decreto-Ley_32_de_28_12_2021
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2010): “25 años de precariedad en la contratación laboral”. Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2, 2010: 615-660.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J.: *La precariedad laboral en España*, Comares, Granada, 2004
- VICENTE-PALACIO, A.: “Obituario. Contrato para obra o servicio determinado: descansen en paz. ¡Viva el contrato fijo– discontinuo!”, AEDTSS, 2022, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/OBITUARIO-ARANTCHA.pdf>

La nueva regulación del contrato fijo discontinuo. Una visión general

The new regulation of the discontinuous fixed contract. A general vision

ESTHER CARRIZOSA PRIETO*

<https://doi.org/10.55617/revmites.02>

Resumen:

La presente contribución tiene por objeto determinar el papel que desempeña en el sistema de contratación laboral español el contrato fijo discontinuo tras la reforma efectuada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Para ello realizamos un análisis de las nuevas reglas que rigen esa modalidad contractual, comparándolas con la regulación anterior, y contrastándolas con las modificaciones operadas en el resto de modalidades contractuales. El análisis pone de manifiesto la centralidad del contrato fijo discontinuo en el sistema de contratación laboral del ordenamiento jurídico español, proyectada en dos dimensiones distintas. Una primera, más inmediata y notoria, que lo erige como figura fundamental para encauzar y revertir el uso excesivo y fraudulento de la contratación temporal; una segunda, más lejana e imperceptible, que dibuja el trabajo fijo discontinuo como una forma de trabajo arraigada en nuestro sistema productivo. Ambas consideraciones nos obligan a reformular las reglas del trabajo y de la contratación fija discontinua en aras de garantizar que la flexibilidad que ofrece a las organizaciones empresariales sea compatible con la protección de los derechos de los trabajadores.

Palabras clave: Contrato fijo discontinuo; contratos temporales; precariedad laboral; uso abusivo de la contratación temporal; estabilidad en el empleo; trabajo decente.

Abstract:

This contribution intends to determine the role that the discontinuous fixed contract plays in the Spanish labor contracting system after the reform carried out by RD 32/2021, on urgent measures for labor reform, the guarantee of stability in employment and the transformation of the labor market. For this, we carry out an analysis of the new rules that govern this contractual modality, comparing them with the previous regulation, and contrasting them with the modifications made in the rest of the contractual modalities. The analysis highlights the centrality of the discontinuous fixed contract in the labor contracting system of the Spanish legal system, projected in two different dimensions. The first one, more immediate and notorious, which establishes him as a fundamental figure to channel and reverse the excessive and fraudulent use of temporary hiring; the second one, more distant and imperceptible, that draws discontinuous fixed work as a form of work rooted in our productive system. Both considerations force us to reformulate the rules of work and discontinuous fixed hiring in order to guarantee that the flexibility offered to business organizations is compatible with the protection of workers' rights.

Keywords: Discontinuous fixed contract; temporary contracts; precarious employment; abusive use of temporary contracts; employment stability; decent work.

* Universidad Pablo de Olavide. ecarpri@upo.es

1. UNA REFORMA LABORAL PARA GARANTIZAR LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

El 30 de diciembre de 2021, aparecía en el BOE 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. La norma es fruto directo del dialogo social, constituyendo la primera en que los agentes sociales no solo inspiran el texto, característica innata de la concertación social, sino que han sido los responsables y artífices directos de su redacción literal. Esta atipicidad en una norma que debe ser convalidada y, en su caso, tramitada como Ley en el Parlamento, determina algunos rasgos que se destacan y que se destacarán en el futuro por los análisis doctrinales. El primero de ellos es sin duda la ambigüedad, deseada y consentida según algunos analistas, inevitable según otros, especialmente en lo que se refiere a la nueva configuración de las causas para celebrar contratos temporales. El segundo se refiere a su articulación y aceptación por parte de los sujetos interesados y, en consecuencia, a la previsión de una mayor estabilidad y menor conflictividad social en su aplicación.

La propia denominación de la norma, “medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo”, es suficientemente indicativa de su pretensión y, como veremos a continuación, de su contenido, destacando como objetivos fundamentales la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Es necesario insistir en que la reforma se enmarca y es consecuencia del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* (2021-2024), presentado por el Gobierno de España ante las autoridades europeas en abril de 2021, en el que se compromete a realizar una serie de reformas e inversiones en aras de alcanzar una recuperación justa, sostenible y resiliente. El Plan se estructura en cuatro ejes estratégicos: transición ecológica, transformación digital, cohesión social y terri-

torial e igualdad de género; diez políticas palanca para impulsar la recuperación económica a corto plazo y apoyar un proceso de transformación que aumente la productividad y el crecimiento de la economía en el futuro; y treinta componentes específicos que despliegan un ambicioso plan de reformas e inversiones para modernizar el país. Dos son los componentes que integran la *Palanca VIII: Nueva política de los cuidados y políticas de empleo*: el *Componente 22: Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión* y el *Componente 23. Nuevas Políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo*; siendo este último el que ampara la reforma estatutaria objeto de análisis.

De acuerdo con la exposición de motivos del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, son cuatro los ámbitos de actuación de esta reforma que, enmarcados en el Componente 23, pretenden modernizar el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), de forma que “plasmase 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”: la simplificación de contratos temporales (reforma 4), la modernización de la negociación colectiva (reforma 8), la modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales (reforma 9) y el establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad y estabilización del empleo (reforma 6).

De todas las líneas de actuación la más extensa e intensa es la que centra en la simplificación de los contratos temporales, si bien la reforma no se limita únicamente a “simplificar” dichas modalidades contractuales, sino que modifica, suprime y establece normas diversas para potenciar y garantizar el principio de estabilidad en el empleo y reducir con ello la temporalidad y precariedad laboral. Con esta finalidad se reforman en profundidad los contratos formativos (art. 11 ET), los contratos temporales estructurales (art. 15 ET) y el contrato fijo discontinuo (art. 16 ET). Es de reseñar que la reforma no añade simples re-

toques, sino que va algo más allá al sentar las bases para cambiar el modelo de contratación en España, asediado, como todos sabemos, por la temporalidad, la precariedad y la rotación en el mercado de trabajo. Por ello, la norma no sólo afecta a la configuración de la causalidad en la contratación temporal, ámbito en que se suprime el contrato por obra y servicio determinado y limita a dos las posibilidades de contratación temporal (el contrato por circunstancias de la producción y el contrato de interinidad), sino que afecta también a las presunciones que pretendían atajar el abuso de la contratación laboral, aumenta las sanciones por el uso de este tipo de contratos y, lo que es más trascendente, potencia de forma destacada la contratación indefinida en sus diversas manifestaciones (indefinido común e indefinido fijo discontinuo).

Se puede decir, en consecuencia, que la reforma afronta, por primera vez en la historia reciente de nuestras relaciones laborales, algunos de los problemas más graves que asolan nuestro sistema productivo. Ciertamente, el uso desmedido de la contratación temporal en el ordenamiento jurídico español, así como el fraude en el uso de los contratos temporales, ha recibido siempre, aunque con más intensidad a raíz de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), una especial atención doctrinal. La generalidad de las intervenciones, además de identificar los distintos problemas, han arbitrado múltiples propuestas para atajar estas anomalías del mercado de trabajo en España¹.

¹ Pueden consultarse, entre otros, GARCÍA MURCIA, J., "El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016", *La Ley Unión Europea*, núm. 41/2016; SALA FRANCO, T. Y LÓPEZ TERRADA, E., "Propuestas para un debate sobre la reforma de la contratación temporal", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2017, pp. 1091 y ss.; CASAS BAAMONDE, M.E., "La contratación temporal: problemas y soluciones. Un debate necesario", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2017, pp. 1098 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J., "El encadenamiento de contratos temporales en la Jurisprudencia de la Unión Europea", *Documentación Laboral*, núm. 113/2018, pp. 74 y ss.; SANGUINETI RAYMOND, S., "La insuficiente sanción del fraude en la contratación temporal", *Trabajo y Derecho*, núm. 38/2018; ÁLVAREZ DEL

En estudios recientes hemos abordado esta cuestión proponiendo una serie de medidas para atajar la precariedad laboral: "el establecimiento de la presunción de contratación indefinida, la nueva formulación de causas para la contratación temporal y su delimitación precisa para evitar el uso de los contratos de duración determinada para actividades normales de la empresa, sean estas constantes o intermitentes; el reforzamiento de las reglas sobre duración máxima del plazo para el uso de contratos temporales, refiriéndolo tanto a las personas trabajadoras, pero, sobre todo, respecto de los trabajos que son permanentes; el endurecimiento de las sanciones por uso fraudulento de la contratación temporal y la calificación de nulidad de los despidos de aquellas personas trabajadoras que hayan sido contratadas a través de contratos de duración determinada en fraude de ley"².

Concluíamos en aquel análisis que todas ellas debían conformar la respuesta del legislador, y del resto de poderes públicos en sus respectivas competencias, ante una situación endémica de uso y abuso de la contratación laboral temporal con objeto de revertirla y normalizar nuestro sistema de contratación. La reforma laboral ha abordado expresa y decididamente algunas de esas cuestiones, aunque no todas ellas, lo que no significa que las medidas adoptadas no resulten adecuadas para conseguir la finalidad perseguida: el fomento de la contratación laboral indefinida y la reducción de la temporalidad; es más, si la intención es, como parece, dar un giro de ciento ochenta grados al sistema de contratación y consolidar a medio y largo plazo un modelo radicalmente distinto al que ha regido durante

CUBILLO, A., "El impacto de la jurisprudencia del TJUE sobre el ordenamiento español en materia de contratación temporal: cuestiones no resueltas", en AA. VV., *Impacto sobre la legislación española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Monografías de Temas Laborales, nº 61, CARL, 2019, pp. 31-62.

² CARRIZOSA PRIETO, E., "La reforma de la contratación temporal estructural. Propuestas para atajar la precariedad laboral en el acceso al empleo", *Documentación Laboral*, núm. 124/2021, pp. 27-45.

los más de cuarenta años de regulación estatutaria, quizá la parcialidad de la intervención efectuada, asentando unos principios generales y un primer conjunto de actuaciones que deben desarrollarse y ampliarse en el futuro, constituya la forma más inteligente de garantizar la aplicación y la viabilidad de ese nuevo modelo; un modelo que pretende, de acuerdo con la exposición de motivos, compatibilizar de forma efectiva “la estabilidad en el empleo con las necesidades de una economía en plena evolución marcada por las transiciones ecológica y digital”. No cabe duda de que estas grandes transformaciones que están afectando al mundo del trabajo y el necesario equilibrio que debe existir entre los distintos agentes implicados en este proceso requiere de la negociación y el pacto, aunque ello pueda conllevar dilaciones en la consecución de determinados objetivos.

En este contexto y partiendo de esta base, en la que consideramos que dicha reforma constituye un primer paso hacia la construcción de un nuevo modelo de contratación laboral en España, la contribución se centrará en la nueva regulación del contrato fijo discontinuo como modalidad contractual que, en estos momentos, puede aglutinar gran parte de las figuras contractuales condenadas a la extinción. Para efectuar el análisis nos centraremos, en primer lugar, en los supuestos en los que se debe o se puede celebrar un contrato fijo discontinuo para pasar después a analizar las particularidades de su régimen jurídico, prestando especial atención a las condiciones de trabajo y al papel que ha de jugar la autonomía colectiva en su configuración. Cerraremos la intervención con una valoración global sobre los aportes que esta figura contractual puede desempeñar en la lucha contra la temporalidad y la precariedad laboral.

2. EL CONTRATO FIJO DISCONTINUO: ENTRE LA TEMPORALIDAD Y LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Reflexionar sobre el contrato fijo discontinuo nos ubica en una aparente contradicción,

puesto que constituye una modalidad contractual que ha transitado siempre entre la temporalidad y la estabilidad en el empleo. El contrato de trabajo fijo discontinuo se caracteriza por atender una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad³. Su propia razón de ser radica en actividades y tareas que, aun siendo permanentes en el tiempo, se producen y aparecen de forma cíclica o intermitente, de forma que se alternan periodos de actividad con ceses en los que las personas trabajadoras pasan a encontrarse en situación de desempleo, con o sin derecho a percibir prestación dependiendo del periodo cotizado (art. 267.1. ap. d LGSS). Conforme a ello, esta modalidad contractual se ha desarrollado y consolidado en actividades que, precisamente por sus particularidades, se desarrollan en ciclos estacionales; esencialmente actividades agrícolas, pero también actividades turísticas, hosteleras, prevención y extinción de incendios, etc.⁴.

Además de su cercanía a las figuras contractuales temporales, con las que permanentemente ha entrado en confrontación, suscitando innumerables controversias judiciales y pronunciamientos jurisprudenciales⁵, el contrato fijo discontinuo ha compartido y comparte afinidad con el contrato a tiempo parcial (indefinido),

³ STS de 7 de mayo de 2015 (Rec. núm. 343/2012); de 24 de febrero de 2016 (Rec. núm. 2493/2014), de 28 de septiembre de 2016 (Rec. núm. 3936/2014).

⁴ ESPIN SÁEZ, M., “Reforma y contrato fijo discontinuo: ¿precariedad y transición hacia un Derecho del Trabajo de la recuperación?”, en VV.AA., *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 94.

⁵ “Tanto en el contrato eventual como en el contrato de obra o servicio determinado, la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular” [SSTS de 26 de mayo de 1997 (Rec. núm. 4140/1996); de 5 de julio de 1999 (Rec. núm. 2958/1998); de 4 de mayo de 2004 (Rec. núm. 4326/2003); de 17 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 4671/2003); de 26 de noviembre de 2004, (Rec. núm. 5031/2003); de 8 de noviembre de 2005 (Rec. núm. 3779/2004); de 11 de abril de 2006 (Rec. núm. 22/2003).

previsto para aquellos casos en que la reincorporación a la actividad se produce en fechas ciertas. En este sentido, el ahora derogado art. 12.3 ET establecía, desde la reforma de 2001, la procedencia de esta modalidad contractual para realizar “trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa”, previsión que durante años permitió diferenciar, un tanto artificialmente, entre trabajos fijos discontinuos con fecha cierta y trabajos discontinuos con fecha incierta, aplicándose a los primeros el contrato a tiempo parcial de carácter indefinido (art. 12.3 ET), y a los segundos el contrato fijo discontinuo (art. 15.8 y, posteriormente, 16 ET)⁶.

Es evidente, en consecuencia, que tanto la configuración de este contrato como sus distintas ubicaciones en la regulación estatutaria han consolidado la ambigüedad referida, al menos hasta la aprobación en 2015 del texto refundido del ET, donde el contrato fijo discontinuo pasó a contemplarse por separado en el art. 16 ET⁷. La regulación autónoma del contrato, diferenciándolo de los contratos temporales a los que casi siempre había sido asociado a través de su regulación en el art. 15. ET, constituyó, a nuestro juicio, el primer paso para dignificar esta figura contractual y extraerle todo el potencial. Sin embargo, en aquel momento su regulación autónoma no supuso una nueva configuración que enmendara la incertidumbre que entrañaba su escaso y genérico régimen jurídico. Tras algunos titubeos en la consideración de esta figura contractual como idónea para reducir la temporalidad⁸, finalmente, ha sido el Real Decreto-ley

32/2021, de 28 de diciembre, el que, a través de un intento de dignificación, convierte al contrato fijo discontinuo en una posible vía para reducir la temporalidad y precariedad laboral.

Esta pretensión pudiera resultar paradójica dado que el propio contrato fijo discontinuo, aun configurándose como indefinido, se viene considerando una figura contractual que aporta precariedad al mercado de trabajo y ello fundamentalmente se debe a la incertidumbre que genera su propia regulación⁹, significativamente la indefinición sobre el inicio de la actividad, su duración y las posibilidades de reiteración¹⁰. De hecho, esta forma de realizar la prestación de servicios, en cuanto obliga a las personas trabajadoras a alternar periodos de actividad y de desempleo, constituye una de las modalidades del trabajo atípico, de acuerdo con la definición normalmente aceptada: “relaciones de trabajo no conformes con el modelo estándar o típico de empleo a tiempo completo, regular y de duración indeterminada con un único empleador durante un período largo de tiempo”¹¹.

varias previsiones para fomentar la transformación de contratos temporales en contratos indefinidos (incluyendo es estos últimos los contratos fijos discontinuos), y aumentar los periodos de actividad en estos contratos. Las medidas, aplicables a los sectores agrario, turístico y hostelero, consistieron en otorgar bonificaciones en las cuotas de seguridad social a aquellas empresas que convirtieran en indefinidos o fijos discontinuos contratos temporales en el sector agrario (art. 7), o que aumentaran los periodos de actividad de los contratos fijos discontinuos durante los meses de febrero, marzo y noviembre en los sectores turístico y hostelero (art. 9). Sobre ambas medidas y la concepción del contrato fijo discontinuo que reflejan, ESPÍN SÁEZ, M., “Reforma y contrato fijo discontinuo: ¿precariedad y transición hacia un Derecho del Trabajo de la recuperación?”, *op. cit.* pp. 108 y ss.

⁹ La regulación del contrato fijo discontinuo, afirma la doctrina, “permite identificar la incertidumbre en su eje definitorio”, ESPÍN SÁEZ, M., “Reforma y contrato fijo discontinuo: ¿precariedad y transición hacia un Derecho del Trabajo de la recuperación?”, *op. cit.* p. 102.

¹⁰ VALVERDE ASENCIO, A., *La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 99; POQUET CATALÁ, “Zonas grises del contrato fijo discontinuo”, *IUSLabor* núm. 3 (2016), p. 4.

¹¹ CASAS BAAMONDE, M.E., “La contratación temporal: problemas y soluciones. Un debate necesario...”, *op. cit.* p. 1100; JALIL NAJI, M., “Buscando la Flexiseguridad: empleo muy atípico

⁶ Sobre el sentido de la reforma del 2001 y la regulación previa, GOERLICH PESET, J. M., “Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga discusión?”, *Temas Laborales*, núm. 61, (2001), pp. 125-148. El periodo en que el contrato fijo discontinuo se configuró como una modalidad del contrato a tiempo parcial en, BAYLOS GRAU, A., “Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo”, en AA.VV., *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, (1994), pp. 154 y ss.

⁷ POQUET CATALÁ, “Zonas grises del contrato fijo discontinuo”, *IUSLabor* 3/2016, pp. 1 y ss.

⁸ En este sentido, debe destacarse que el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE núm. 61, de 12 de marzo), estableció

A pesar de ello, el contrato fijo discontinuo presenta unas características especiales que le diferencian claramente del resto de trabajos y contratos atípicos, y de forma muy destacada del denominado empleo muy atípico: trabajo temporal de muy corta duración, trabajo a tiempo parcial de menos de 10 horas a la semana, trabajo no contractual o contratos de cero horas¹². La diferencia sustancial radica en que es un contrato indefinido, de forma que, aunque altere periodos de actividad e inactividad, se rige por las reglas de extinción propias de esta modalidad contractual sin que entre en juego la expiración de un plazo convenido o la llegada de una fecha concreta. El cese de la actividad no implica la extinción de la relación laboral, que debe reactivarse con el llamamiento. De no producirse este, las personas trabajadoras afectadas pueden acudir a la jurisdicción a través del proceso de despido, si bien la ausencia de un acto extintivo expreso dificulta el procedimiento, especialmente por lo que respecta al cumplimiento de los plazos establecidos. El despido por falta de llamamiento podrá calificarse como improcedente, en el caso en que no exista o no se acredite causa suficiente, o procedente en aquellos casos en que dicha causa exista, incluyendo los supuestos de ausencia completa de actividad en los que justificaría un despido objetivo o colectivo¹³.

y empleados compartidos, *Revista de Direito do Trabalho*, Sao Paulo, junio 2019.

¹² JALIL NAJI, M., "Buscando la Flexiseguridad: empleo muy atípico y empleados compartidos..."; *op. cit.*

¹³ ESPÍN SÁEZ, M., "Reforma y contrato fijo discontinuo: ¿precariedad y transición hacia un Derecho del Trabajo de la recuperación?", *op. cit.*, p. 102. Interesa destacar la jurisprudencia más reciente es esta materia en la que se resaltan y potencian los efectos de la naturaleza indefinida del contrato ante la falta de llamamiento. La STS de 28 de junio de 2018 (Rec. núm. 159/2017), afirma que el contrato fijo discontinuo es un "contrato de duración indefinida, aunque se ve limitada, durante su vigencia, la duración de sus servicios, si se compara con la jornada anual de un trabajador con contrato por tiempo indefinido y en régimen ordinario. Ello significa que esa prestación de servicios, en la época a la que corresponda el llamamiento, no puede ser eludida por voluntad unilateral de la empresa como no sea sometiendo esa supresión-suspensión a las normas que rigen la privación de contenido del contra-

Esta importante diferencia con la contratación temporal reduce la incertidumbre al menos en lo que respecta a la duración del contrato y a la indemnización por extinción de contrato; y ello determina que el contrato fijo discontinuo pueda cumplir un importante papel en disminuir la temporalidad y la precariedad siempre que se efectúen una serie de reformas en su régimen jurídico que le doten de sustantividad propia, diferenciándolo del contrato a tiempo parcial, y que potencien y garanticen, en la medida de lo posible, su carácter indefinido, vinculándolo de forma más intensa al principio de estabilidad en el empleo. En última instancia, ambas líneas de actuación confluyen y se manifiestan en los principales problemas que, a lo largo de su trayectoria, ha evidenciado el contrato fijo discontinuo. A riesgo de simplificarlos, destacamos las siguientes.

El primero de ellos es el relativo a la propia existencia e identificación del carácter cíclico de las actividades que deben propiciar la celebración de un contrato fijo discontinuo. Como

to por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. También la Audiencia Nacional se ha pronunciado en este sentido, respecto de un supuesto de no llamamiento ni incorporación al ERTE de los trabajadores fijos discontinuos, al afirmar "que existiendo un deber del empresario de incorporar a los trabajadores afectados en una fecha determinada, si dicha incorporación no pudo llevarse a cabo por la existencia de una fuerza mayor que obliga a suspender su prestación efectiva de servicios (art. 45.1 i del E.T), lo correcto hubiera sido actuar con relación a los mismos en la forma en que prescriben con carácter general el art. 47 ET y, con carácter excepcional, el art. 22 del RD Ley 8/2020". Y añade de forma bastante acertada, "una cosa es que el periodo de efectiva prestación de servicios de los trabajadores fijos discontinuos pueda ser mayor o menor en atención a la duración de la actividad estacional y cíclica de la empresa y otra cosa distinta es que por razón de fuerza mayor no exista efectiva prestación de servicios o quede reducida. En estos casos, la falta de llamamiento, el llamamiento tardío o la interrupción anticipada del contrato no deriva de la actividad estacional de la empresa sino de la fuerza mayor, debiendo acudir la empresa a los instrumentos legales existentes para hacer frente a estas situaciones..." [SAN de 14 de diciembre (Rec. núm. 185/2020)]. En el mismo sentido, STS de 23 de abril de 2012 (Rec. núm. 3016/2011). Sobre el procedimiento de despido colectivo y la necesidad de incluir y computar a las personas trabajadoras fijas discontinuas, STS de 11 abril de 2019 (Rec. cass. núm. 1200/2017).

insistentemente ha señalado la doctrina, no siempre está claro si una actividad se va a repetir en el tiempo por lo que es difícil en estos supuestos iniciar la relación laboral con el contrato fijo discontinuo, pudiendo formalizarse con el contrato temporal que corresponda (un contrato de obra y servicio o un eventual), para devenir después en un fijo discontinuo¹⁴.

Por otro lado, y con independencia de identificar desde el inicio la naturaleza y características de la actividad, siempre ha existido una permanente invasión de su ámbito de actuación por parte de otras modalidades contractuales. Tratándose del contrato fijo discontinuo, las controversias se han planteado especialmente respecto del contrato eventual, pero también del contrato a tiempo parcial. Después de múltiples análisis doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales, se puede decir que la contratación temporal “procede cuando la necesidad de trabajo es coyuntural, imprevisible y fuera de cualquier ciclo regular, mientras que cuando se produce una necesidad de trabajo intermitente o cíclica en intervalos separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad, el contrato a formalizar debe ser el tiempo parcial indefinido, para realizar trabajos fijos y periódicos (artículo 12.3 ET) o de carácter discontinuo (artículo 16.1 ET), según que dichos trabajos se repitan o no en fechas ciertas¹⁵. Esta dualidad, en virtud de la cual los trabajos cíclicos se someten a dos regímenes jurídicos distintos, provoca importantes confluencias del trabajo fijo discontinuo con el trabajo a tiempo parcial, aunque la distinción, como señala la doctrina, ha producido sobre todo efectos en el ámbito del derecho del trabajo y no en el de la protección social, pues a ambos les resultaba aplicable las reglas del contrato a tiempo parcial (art. 245.2 LGSS)¹⁶.

El segundo aspecto controvertido es el relativo a la incertidumbre que rodea al “llamamiento”, cuestión directamente relacionada con la institución aplicable durante el periodo de inactividad de las personas trabajadoras que realizan trabajos discontinuos. Sobre este aspecto, se suele decir que una vez completado el ciclo de actividad el contrato ni se extingue ni se suspende, simplemente se interrumpe¹⁷. Este supuesto de interrupción debilita ostensiblemente su carácter indefinido dificultando una aplicación lógica y garantista de la reincorporación. Existen otras instituciones más acordes al carácter indefinido del contrato, por ejemplo, la suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo, que además de posibilitar la reactivación, reforzaría esta obligación y las garantías frente al despido, sin que suponga un obstáculo para percibir la prestación de desempleo durante ese periodo.

El tercer aspecto, aunque relacionado con el anterior, se refiere a la forma en que se configura el llamamiento, pues no se contempla como un derecho efectivo de las personas trabajadoras, de forma que su configuración, encomendada de forma genérica a los convenios colectivos, no garantiza suficientemente la reactivación de la relación laboral, tampoco el orden preciso de llamamiento está lo suficientemente clarificado (y publicitado) como para posibilitar la defensa efectiva frente a la extinción de la relación laboral por falta de llamamiento.

Por último, las condiciones en que se desarrolla la actividad laboral, fundamentalmente su carácter intermitente y los consecuentes periodos de inactividad, tienen un impacto directo en la generación de la protección por desempleo y en la extinción de la relación laboral que, si bien pueden estar justificados, contagia con carácter genérico otras condiciones de trabajo en

¹⁴ POQUET CATALÁ, “Zonas grises del contrato fijo discontinuo”, *IUSLabor* 3/2016, p. 4.

¹⁵ POQUET CATALÁ, “Zonas grises del contrato fijo discontinuo”, *IUSLabor* 3/2016, p. 6.

¹⁶ ESPÍN SÁEZ, M., “Reforma y contrato fijo discontinuo: ¿precariedad y transición hacia un Derecho del Trabajo de la

recuperación?”, *op. cit.* p. 98; GOERLICH PESET, J. M^a, “Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos...”, *op. cit.*, pp. 132 y ss.

¹⁷ POQUET CATALÁ, “Zonas grises del contrato fijo discontinuo”, *IUSLabor* 3/2016, p. 6.

las que no tiene sentido computar únicamente los periodos de actividad. Por otro lado, la incertidumbre sobre el reinicio de la actividad laboral, así como frente a determinadas condiciones de trabajo (jornada, horario, etc.), producen una imprevisibilidad que es conveniente reducir.

3. LA CENTRALIDAD DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO EN LA REFORMA DE 2021 ¿UNA VÍA PARA CANALIZAR LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL?

Como ya hemos mencionado, una de las principales líneas de la reforma es garantizar la estabilidad en el empleo, reduciendo la temporalidad y con ella la precariedad laboral. Para conseguir este objetivo, además de racionalizar la contratación temporal, resultaba necesario impulsar o promover la contratación indefinida en todas sus manifestaciones, también por lo que respecta al contrato fijo discontinuo, que, con la reforma, adquiere nuevas dimensiones, amplía considerablemente su ámbito de aplicación e incorpora importantes novedades en su régimen jurídico¹⁸.

De acuerdo con esta nueva regulación, la celebración de un contrato fijo discontinuo procederá (o podrá proceder) en los siguientes supuestos:

- a) Para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada.
- b) Para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.
- c) Para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos

mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa.

- d) Para el desarrollo de aquellas prestaciones de servicios que se realizan, mediante la intermediación de una empresa de trabajo temporal, por aquellas personas trabajadoras que han sido contratadas para ser cedidas a empresas usuarias en los términos previstos en el artículo 10.3 la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (LETT).
- e) Para la realización de trabajos en las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público, siempre y cuando resulten esenciales para el cumplimiento de sus fines y previa acreditación expresa. (Disposición Adicional cuarta Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre)¹⁹.

Lo primero que se debe advertir de esta regulación es su amplitud y, por tanto, su versatilidad para acoger la contratación de personas trabajadoras cuyas modalidades contractuales temporales estén llamadas a extinguirse, especialmente el contrato de obra y servicio determinado. De hecho, gran parte de las críticas vertidas sobre esta nueva configuración del contrato fijo discontinuo inciden en que esa versatilidad podría llegar a desnaturalizar la figura contractual, puesto que todos aquellos supuestos que no quepan en la definición ofrecida para los nuevos contratos temporales intentarán acogerse al contrato fijo discontinuo. Sin embargo, a nuestro juicio, las modificaciones introducidas en el contrato

¹⁸ UGT, *Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre. Contrato de trabajo fijo – discontinuo*. Servicios de Estudios, núm. 39, enero de 2022, pp. 4 y ss.

¹⁹ La inclusión de este supuesto específico acoge aquella línea jurisprudencial que califica como "indefinido no fijo discontinuo" el vínculo contractual cuando la empleadora es una administración pública, la actividad tiene naturaleza discontinua y la persona trabajadora ha sido contratada en fraude de ley, sin respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad [STS de 11 de abril de 2018 (Rec. núm. 2581/2016); de 2 de julio de 2021 (Rec. núm. 73/2020) y de 27 de octubre 2021 (Rec. núm. 3658/2018)].

fijo discontinuo no renuncian a su razón de ser ni a sus características fundamentales, de forma que “si el trabajo y las necesidades empresariales son prolongados y sistemáticamente ininterrumpidos y permanentes y dejan de ser intermitentes, no procedería la contratación a través del fijo discontinuo”, siendo la modalidad apropiada el contrato indefinido común²⁰. Entendemos que la reforma efectuada en virtud del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, en nada altera los espacios que debe ocupar el contrato indefinido común, aunque ciertamente limita de una forma importante la contratación temporal (y la rotación de trabajadores), lo que indudablemente incidirá en el volumen de contratos fijos discontinuos, pero siempre y cuando el trabajo realizado realmente responda a las características de esta modalidad contractual.

En este sentido, la regulación establece la adopción del contrato fijo discontinuo como una obligación, canalizada por la dicción “procederá”, que claramente enuncia un mandato imperativo, para determinados supuestos: la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, pero también aquellos otros que, no teniendo esta naturaleza, se realicen de forma intermitente en periodos de ejecución ciertos, sean estos determinados o indeterminados. Las reseñadas coinciden con las actividades que tradicionalmente han sido acogidas, por sus características específicas, por esta modalidad contractual, si bien es necesario destacar que la regulación engloba también los trabajos fijos discontinuos periódicos que se reiteran en fecha cierta, acabando, según parece, con la vieja dicotomía entre fijos discontinuos y fijos periódicos y su plasmación obligatoria en dos modalidades contractuales distintas: contrato a tiempo parcial indefinido y contrato fijo discontinuo. En relación a la primera modalidad contractual, es imprescindible destacar que la reforma deroga el art. 12.3 ET, por lo que desaparece la designa-

ción del tiempo parcial indefinido como modalidad típica de los “trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa”, de forma que, reiteramos, estos trabajos se reconducen al art. 16 ET, lo que no implica que el contrato fijo discontinuo no se pueda celebrar a tiempo parcial (art. 16.5 ET), posibilidad que sigue existiendo, si bien su régimen jurídico debe ser el establecido en el art. 16 ET y no en el art. 12 ET.

En definitiva, la reforma apuesta por una regulación homogénea que permite englobar las distintas realidades laborales que se encauzan a través de esta modalidad contractual, si bien pone el acento, más intensamente con esta nueva regulación, en la naturaleza y las características del trabajo que se realiza, aludiendo a los que presentan naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, pero también a aquellos otros que, aunque no presentan esta naturaleza, se reiteran, de forma intermitente, en periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.

Por otro lado, se debe subrayar que la interpretación de las posibilidades de contratación temporal reguladas en el art. 15 ET, podrían propiciar una brecha importante en el ámbito de aplicación objetivo del contrato fijo discontinuo. Y ello porque el art. 15.2 ET, al contemplar los supuestos en los que procede el contrato por circunstancias de la producción, establece algunos supuestos que pueden restar espacio a aquella modalidad contractual. Así, de acuerdo con el art. 15.2 ET, el nuevo contrato por circunstancias de la producción procede en tres circunstancias distintas: a) ante un incremento ocasional e imprevisible de la actividad productiva; b) frente a 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, incluidas las que derivan de las vacaciones anuales; y, c) la atención a “situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada”, previéndose para su uso un máximo de noventa días no consecutivos en el año natural.

²⁰ Por todas, STS de 28 de octubre de 2020 (Rec. núm. 4364/2018).

Es esta última previsión la que, desde nuestra perspectiva, no casa bien con la delimitación del fijo discontinuo, puesto que parece establecer un ámbito coincidente entre ambas modalidades contractuales (actividades ocasionales previsible de duración reducida y delimitada) que parecen diferenciarse sólo mínimamente y en la duración prevista por el legislador. Esta interpretación permitiría el uso de contratos por circunstancias de la producción para trabajos previsible, aunque ocasionales, por un periodo inferior a noventa días, mientras que indirectamente impondría la obligatoriedad del fijo discontinuo para trabajos previsible que se extiendan más allá de los noventa días, considerando, en consecuencia, que dichos trabajos pierden su carácter ocasional.

Con carácter adicional, y en principio parece que de forma facultativa, la regulación establece la posibilidad de celebrar contratos fijos discontinuos en otros dos supuestos distintos: a) el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsible, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa; y, b) para el desarrollo de aquellas prestaciones de servicios que se realizan, mediante la intermediación de una ETT, por aquellas personas trabajadoras que han sido contratadas para ser cedidas a empresas usuarias en los términos previstos en el artículo 10.3 la LETT.

Estas nuevas posibilidades habilitan, a efectos de contratación, una nueva vía (la del contrato fijo discontinuo) para acoger las actividades que se venían realizando bajo la modalidad del contrato de obra y servicios celebrado en el marco de las contrata y subcontratas, también de las ETT. Interesa destacar que este nuevo encuadre se amolda a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que claramente establece que la delimitación temporal que supone la ejecución de la contrata "no puede permear la duración de la relación laboral de la plantilla de la empresa si no se atienen a las notas estrictas del art 15.1 a) ET" [STS de 29 de diciembre de

2020 (Recurso núm. 240/2018)]²¹. Se retoma con ello la jurisprudencia anterior a 2007, en la que se excluía la posibilidad de utilizar el contrato de obra y servicio para formalizar el vínculo de las personas trabajadoras con las empresas contratistas, argumentando que las actividades desarrolladas ostentaban carácter permanente²².

De conformidad con esta nueva línea jurisprudencial y con los pronunciamientos que en los últimos meses ha emitido el TJUE²³, la reforma reconduce la contratación laboral de las contrata y subcontratas a la contratación indefinida, siempre que se trate de actividades permanentes, continuadas o intermitentes. Sin embargo, parece razonable, dado el funcionamiento de estos fenómenos de descentralización productiva, que el porcentaje más alto de contratos indefinidos corresponda al de fijos discontinuos, al menos una vez transcurrido el plazo de adaptación otorgado por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre. Para estos supuestos, la regulación establece que los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones, habili-

²¹ COSTA REYES, A., "Descentralización productiva y contrato temporal de obra o servicio determinado A propósito de la STS de 29 de diciembre de 2020", *Trabajo y Derecha*, núm. 75 (2021).

²² SANGUINETI RAYMOND, S., "Subcontratación de actividades productivas y estabilidad en el empleo: el replanteamiento del modelo", *Trabajo y Derecha*, núm. 75/2021.

²³ De hecho, aunque relativa al contrato fijo de obra, la STJUE de 24 de junio de 2021, C-550/19, párrafos 70-72, ha negado la compatibilidad de esta modalidad contractual con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, al considerar que la redacción convencional en realidad permite una renovación indefinida de los contratos temporales (contrato fijo de obra), para desempeñar "de modo permanente y estable tareas que forman parte de la actividad ordinaria de la entidad o de la empresa que lo emplea", lo que queda demostrado por el propio hecho de que "el demandante ha suscrito seis contratos fijos de obra sucesivos con Obras y Servicios Públicos por una duración total que excede de 25 años" [ROJO TORRECILLA, E., "UE. Límites a la utilización del contrato "fijo de obra" en el sector de la construcción en España. Notas a la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2021 (asunto C-550/19)", *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 24 de junio de 2021].

tando a los convenios colectivos sectoriales para determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses. Transcurrido dicho plazo, legal o convencional, la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan.

La norma, desde nuestro punto de vista, tiene, entre sus múltiples funciones, la de rebajar el nivel de incertidumbre respecto de la duración de los periodos de inactividad de las personas trabajadoras fijas discontinuas sometidas a contratas y subcontratas, fijando un plazo máximo de tres meses, que puede ser ampliado o reducido mediante convenio colectivo sectorial. Además, la regulación establece la obligación empresarial, una vez transcurrido el plazo de inactividad sin reincorporación de la persona trabajadora, de adoptar medidas coyunturales (suspensión de la relación laboral) o definitivas (extinción de la relación laboral), asumiendo con ello que la falta de actividad constituye una razón objetiva para activar los mencionados procedimientos²⁴. Esta previsión expresa supone una importante garantía para las personas trabajadoras y, en cierta medida, un cierto reconocimiento de su derecho a la ocupación efectiva, aunque el nivel de protección dependerá finalmente de las posibilidades y condiciones reales de la suspensión y/o de las condiciones en que se reconozca la prestación de desempleo. En todo caso, se deja claro que transcurrido dicho plazo sin actividad el trabajador tendrá derecho o bien a que se suspenda su contrato de trabajo o bien a que se extinga cobrando la indemnización por despido que le corresponda.

Por otro lado, la regulación no obliga a que toda la contratación que surge en el mar-

co de las contratas y subcontratas se canalice a través de la figura del fijo discontinuo. Atendiendo a la naturaleza y características de la actividad a realizar también se puede acudir al contrato por circunstancias de la producción. A estos efectos, el art. 15.2 ET establece una prohibición general de “identificar como causa de dicho contrato la realización de los trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa”, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos definidos por la nueva regulación. La prohibición, desde nuestro punto de vista, no hace más que trasladar al ámbito legislativo la nueva línea jurisprudencial comentada, vetando para el futuro interpretaciones consistentes en proyectar la duración temporal del servicio sobre el contrato de trabajo²⁵.

En virtud de esta previsión, la actividad realizada en el seno de contratas y subcontratas podrá canalizarse por el contrato por circunstancias de la producción en los supuestos previstos en el primer apartado del art. 15.2 ET, esto es: a) cuando se produzca un incremento ocasional e imprevisible de la actividad productiva; b) cuando se produzcan 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, incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales. Pero también cabe esta modalidad contractual para atender “situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada” en los términos que ya hemos mencionado. En consecuencia, también en estos casos, aun tratándose de situaciones ocasionales y previsibles, se trate o no de la actividad de la empresa, se podrá acudir a esta modalidad contractual temporal por un máximo de 90 días, siempre que estos sean no consecutivos, y con independencia de las personas trabajadoras

²⁴ STS de 28 de junio de 2018 (Rec. núm. 159/2017), que refiriéndose al contrato fijo discontinuo establece: “esa prestación de servicios, en la época a la que corresponda el llamamiento, no puede ser eludida por voluntad unilateral de la empresa como no sea sometiendo esa supresión-suspensión a las normas que rigen la privación de contenido del contrato por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”.

²⁵ STS de 29 de diciembre de 2020 (Rec. núm. 240/2018).

que sean necesarias para atender las mencionadas situaciones.

Por último, hemos de hacer una mención, aunque sea sucinta, a la posibilidad de que las ETT puedan celebrar contratos fijos discontinuos con las personas trabajadoras que van a ser cedidas a empresas usuarias en los términos previstos en el artículo 10.3 de la LETT, al que se añade un nuevo párrafo segundo. La regulación posibilita que las ETT puedan celebrar contratos fijos discontinuos para cubrir contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias, en los términos previstos en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores. La plasmación expresa de esta posibilidad pretende solventar, entre otras cuestiones, la rotación de los trabajadores en el seno de los ETT a través de la sucesión de contratos temporales para prestar servicios, en ocasiones sustancialmente idénticos, en varias empresas usuarias.

La regulación zanja de forma decidida las controversias jurisprudenciales y doctrinales en torno a la posibilidad de que las ETT opten por esta modalidad contractual. El debate se había planteado en términos mucho más amplios ya que cuestionaba tanto la celebración de contratos fijos discontinuos por parte de la ETT con sus propios trabajadores, como la celebración de esta modalidad contractual con aquellos que son contratados para ser cedidos a empresas usuarias. Ambas cuestiones han sido objeto de análisis recientemente por parte del Tribunal Supremo, que se ha mostrado reticente a admitir la contratación a través del contrato fijo discontinuo en el primer supuesto y la ha rechazado de forma rotunda en el segundo²⁶. En relación a la primera posibi-

²⁶ STS de 30 de julio de 2020 (Rec. núm. 3898/2017). El pronunciamiento trata de determinar, en unificación de doctrina, si procede o no el reconocimiento de la prestación por desempleo, una vez se produce el cese de la actividad, para aquellos trabajadores que han sido contratados por una ETT a través de un contrato fijo discontinuo para ser cedidos y prestar servicios en distintas empresas usuarias. Las sentencias comparadas llegan a resultados contradictorios, mientras la sentencia

lidad, esto es, que las ETT puedan celebrar contratos fijos discontinuos con las personas trabajadoras que realizan prestaciones de servicios en sus propias instalaciones, nada lo impide si esa es la naturaleza de la actividad contratada, aunque no parece ser esta la posición del TS en el pronunciamiento examinado: “no cabe calificar de actividad fija discontinua la llevada a cabo por el trabajador contratado por una ETT ya que la actividad que realiza la citada empresa es la puesta a disposición de trabajadores para la empresa usuaria, para la realización de tareas de carácter temporal –a tenor del artículo 6.1 de la LETT– y dichas tareas no están dotadas de una cierta homogeneidad ya que dependerá del tipo de actividad que demande la empresa usuaria”²⁷.

Más interés suscita la segunda cuestión, tanto por los argumentos que el Tribunal alega para rechazar la contratación, como por el ingenio que rezuma la nueva regulación legal y las consecuencias que derivan para la labor de intermediación que realizan las ETT. El Tribunal rechazó la celebración de contratos fijos discontinuos al considerar que los contratos de puesta a disposición que se celebran entre ETT y la empresa usuaria no pueden conllevar la celebración de contratos fijos discontinuos (entre ETT y personas trabajadoras), dado que la propia empresa usuaria no

recorrida entiende que no cabe que la ETT celebre un contrato fijo discontinuo y, por lo tanto, el trabajador no se encuentra en situación de desempleo al cesar en la empresa usuaria, la de contraste resuelve que si procede la celebración de dicho tipo de contrato por la ETT y, en consecuencia, el trabajador se encuentra en situación legal de desempleo al cesar en la empresa usuaria. El Tribunal termina fallando que no procede la prestación de desempleo al no poder celebrar la ETT un contrato fijo discontinuo con los trabajadores que serán cedidos a la empresa usuaria. El pronunciamiento cuenta con importantes votos particulares, algunos de ellos claramente contrarios a la posición comentada. Análisis sobre el pronunciamiento en ROALES PANIAGUA, E., “Ponencia General “Las modalidades de contratación. La contratación fija discontinua”, en XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Cádiz, 25 y 26 de noviembre de 2021; VIQUEIRA PÉREZ, C., ¿Puede una ETT contratar trabajadores fijos discontinuos?, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 10 / 2020.

²⁷ VIQUEIRA PÉREZ, C., ¿Puede una ETT contratar trabajadores fijos discontinuos...”, *op. cit.*

puede acudir a una ETT para cubrir puestos de trabajo de naturaleza permanente, sea continuada o intermitente²⁸.

Sin embargo, esta interpretación, acorde con la normativa, ignora que dicha obligación se establece entre la ETT y la empresa usuaria, por lo que nada impide que una ETT, que puede contar con múltiples empresas usuarias, contrate a las personas trabajadoras mediante contratos fijos discontinuos para cederlos a distintas de ellas. En estas circunstancias concretas, la totalidad de las empresas usuarias podrían estar demandando mano de obra para cubrir puestos de trabajo temporales, siendo la ETT la que, una vez constatada en función de su especialización una necesidad de trabajo cíclica e intermitente entre varias de sus empresas clientes, decida acudir a la contratación fija discontinua de los trabajadores. Esta interpretación, que es precisamente lo que recoge la nueva regulación legal, nos es incompatible con el pronunciamiento analizado que expresamente sostiene que no sería posible "poner a disposición de la empresa usuaria al trabajador para la realización de tareas cíclicas, que se repiten periódicamente ya que en ese caso estaríamos ante un trabajador indefinido fijo discontinuo de la empresa usuaria, lo que no está permitido por la LETT, que solo contempla la posibilidad de realizar contratos temporales".

La nueva previsión evoca, aun sin entrar a conformar los supuestos típicos que existen en otros países de nuestro entorno jurídico, las nuevas formas de trabajo flexiseguro que trata de impulsar la UE para reducir el trabajo atípico: el empleado compartido y, en cierto sentido, la gestión estratégica de recursos humanos. Estas nuevas formas de trabajo se caracterizan por aportar flexibilidad a las organizaciones empresariales y cierta seguridad y certidumbre a las personas trabajadoras al posibilitarles el acceso

a un contrato de trabajo indefinido²⁹. Sin embargo, no debemos olvidar, que el objetivo fundamental de la norma analizada, además de acceder al contrato fijo discontinuo, es ampliar los periodos de actividad de las personas trabajadoras sometidas a esta modalidad contractual.

En definitiva, al igual que en el caso de las contratas y subcontratas, las ETT podrán acudir a la contratación indefinida, común o fija discontinua, dependiendo de la naturaleza, continuada o intermitente, de la actividad a desarrollar, con las matizaciones realizadas y que, en principio, evitarían incurrir en un supuesto de cesión ilegal de trabajadores; pero también a la contratación temporal de conformidad con lo previsto en la actual regulación del art. 15 ET y las consideraciones que hemos efectuado. No obstante, las nuevas posibilidades contempladas por la regulación legal invitan a un proceso de reflexión sobre las consecuencias que ello conlleva para la labor de intermediación que realizan las ETT y sobre las nuevas formas de trabajo para reducir la atipicidad y la precariedad en el mercado de trabajo.

4. LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS FIJAS DISCONTINUAS

Delimitados los supuestos en lo que procede la celebración del contrato fijo discontinuo es necesario analizar su nuevo régimen jurídico que, como veremos en seguida, resulta ampliamente reforzado, al menos en lo que se refiere a las condiciones de trabajo y a la información que sobre las mismas deben suministrar los empleadores³⁰.

²⁹ Sobre estas prácticas en los distintos ordenamientos, JALIL NAJI, M., "Buscando la Flexiseguridad: empleo muy atípico y empleados compartidos..."; *op. cit.*

³⁰ UGT, *Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre. Contrato de trabajo fijo - discontinuo...*, *op. cit.* pp. 4 y ss.

²⁸ VIQUEIRA PÉREZ, C., "¿Puede una ETT contratar trabajadores fijos discontinuos...?", *op. cit.*

La primera circunstancia que destaca, si lo comparamos con la regulación anterior, es la importancia que se otorga a los requisitos formales y documentales. A estos efectos, el contrato fijo discontinuo debe formalizarse necesariamente por escrito, debiendo constar, además, las principales condiciones en las que se va a desarrollar la prestación de servicios (“los elementos esenciales de la relación laboral”): duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria, aunque estas sean estimadas, debiéndose concretar en el momento de efectuar el llamamiento. Resaltar que, si bien la información relativa a la jornada y su distribución pueden ser estimadas, existiendo la obligación de concreción posterior, esta circunstancia, en principio, no se predica de la duración del periodo de actividad que, según la previsión legal, deberá quedar reflejada desde la celebración del contrato. Así, aunque desaparece la alusión a la forma y orden del llamamiento como contenido mínimo y obligatorio del contrato, por ser materia encomendada al convenio colectivo aplicable³¹, se refuerza considerablemente la obligación de consignar los elementos esenciales de la relación laboral, especialmente los relacionados con el tiempo de trabajo en sus diferentes dimensiones.

Por lo que respecta a la figura del llamamiento, la regulación opta por reforzarlo considerablemente al introducir el art. 16.3 ET, en el que por primera vez se establecen, con carácter imperativo, una serie de exigencias que deberá observar la negociación colectiva, que, como ya hemos mencionado, es la encargada de regular esta institución. De acuerdo con estas prescripciones legales, también el “llamamiento”, que es el que activa la presta-

ción de servicios, debe realizarse por escrito o por cualquier otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada y de las indicaciones precisas sobre las condiciones de su incorporación, debiéndose concretar, ahora sí obligatoriamente, la jornada y su distribución, aunque también otros datos como la fecha de reincorporación y la fecha de finalización. En todo caso, prevé la regulación legal, el llamamiento deberá efectuarse con la antelación adecuada.

No cabe duda de que con estas previsiones la nueva regulación intenta aportar certidumbre sobre las condiciones en que se va a realizar la prestación de servicios, especialmente sobre la duración, la jornada y su distribución, de forma que las personas que se sometan a esta modalidad contractual pueden contar con ciertas certezas sobre estos aspectos. No obstante, la regulación menciona algunos otros que no concreta, significativamente, el periodo de antelación en que debe efectuarse dicho llamamiento y los medios alternativos que se pueden utilizar para efectuarlo en el caso de que no se opte por la forma escrita. Ambas materias, especialmente la primera, deben concretarse necesariamente en la negociación colectiva, aunque hubiese sido deseable fijar un plazo legal aplicable en defecto de previsión convencional.

A estos efectos, la regulación habilita a la negociación colectiva para regular el llamamiento, institución fundamental que refuerza tanto la previsibilidad como la estabilidad en el empleo de las personas contratadas a través de contrato fijo discontinuo. Respecto de ella, la regulación legal obliga a que sea el convenio colectivo o el acuerdo de empresa el que establezca los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas trabajadoras fijas-discontinuas, con los condicionantes y contenidos que ya hemos mencionado³². Conforme a esta previsión, y a falta de regulación legal subsidiaria en los as-

³¹ Las organizaciones sindicales ya han mostrado su preocupación por esta omisión, considerando que la ausencia de mención específica no puede implicar la falta de consignación en el contrato, basándose en dos razones fundamentales: que el nuevo artículo 16.2 ET no establece un *numerus clausus* de elementos esenciales a reflejar en el contrato y que ambos elementos son esenciales para la actividad laboral fija discontinua [UGT, *Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre. Contrato de trabajo fijo - discontinuo...*, op. cit. p. 7].

³² UGT, *Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre. Contrato de trabajo fijo - discontinuo...*, op. cit. p. 9.

pectos destacados, necesariamente los convenios colectivos habrán de pronunciarse sobre la forma, el orden y la antelación con que debe efectuarse el llamamiento. De todos ellos, quizá el elemento más complejo sea el relativo al orden del llamamiento, que se suele traducir en la negociación colectiva con la designación de una serie de criterios objetivos, mayoritariamente la antigüedad, que determinan el orden para reincorporarse al trabajo, siendo necesario una labor posterior de singularización de los individuos concretos y su ordenación. Por esta razón se establece, como complementaria, la obligación empresarial de 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. Además de aportar la necesaria concreción, cuya corrección y adecuación deberá ser controlada por los representantes de los trabajadores, la obligación de realizar y trasladar el calendario a los representantes suministra la información y la transparencia necesaria para desarrollar el llamamiento con las debidas garantías.

Con estas previsiones legales, que reiteramos, obligan a la negociación colectiva a regular las materias en el sentido mencionado, las personas trabajadoras deberían tener la información precisa sobre la forma, el orden y la antelación del llamamiento, lo que les aporta la información y certidumbre necesaria para ejercer en tiempo y forma las acciones que procedan en caso de incumplimiento, iniciándose el plazo para ello desde el momento de la falta de llamamiento o desde el momento en que la conociesen. Sobre las reclamaciones en esta materia, también la reforma parece haber ampliado las posibilidades, pues si bien la redacción anterior solo mencionaba la reclamación en procedimiento de despido ante la jurisdicción social, la actual, por su amplitud, parece contemplar otras posibilidades. Sin embargo, la más importante, la resolución contractual por falta de ocupación efectiva

ante la inexistencia de llamamiento (art. 50 ET), ha sido rechazada como vía válida por el Tribunal Supremo, aunque el contexto normativo es ahora sustancialmente distinto³³.

Además de estas previsiones, por primera vez la regulación estatutaria reconoce el derecho de estos trabajadores a no sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación o de ausentarse del trabajo en los supuestos en que proceda reserva del puesto de trabajo o por otras causas justificadas previstas por la regulación legal o convencional. Aunque la redacción literal es muy genérica, no cabe duda de que se está protegiendo y garantizando la relación laboral ante los supuestos legales o convencionales de suspensión del contrato de trabajo que conlleven reserva del puesto de trabajo. Esta garantía adquiere pleno sentido ante el llamamiento, posibilitando que las personas trabajadoras puedan declinar el llamamiento cuando se encuentren en situaciones de incapacidad temporal, en los periodos de descanso vinculados con la maternidad, paternidad o a la excedencia por cuidados de hijos y familiares, así como en cualquier otro supuesto de suspensión o situaciones con derecho a reserva del puesto de trabajo. Obviamente, el mandato legal prohíbe la producción de perjuicios, por lo que procede interpretar que, en estos supuestos, se produce una interrupción en la reincorporación que se debe desactivar cuando termine el periodo de suspensión. Adicionalmente, el reconocimiento de estos derechos, requiere que la negociación colectiva concrete específicamente las posibilidades y arbitre los procedimientos adecuados para hacerlos efectivos.

Conectado con ello, pero también con la generalidad de la condiciones de trabajo, excepto aquellas que estén relacionadas directamente con el tiempo efectivamente tra-

³³ UGT, *Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre. Contrato de trabajo fijo - discontinuo...*, op. cit. pp. 4 y ss. En sentido contrario, al considerar que la falta de llamamiento debe considerarse un despido tácito frente al que debe reclamar la persona trabajadora, STS de 28 junio de 2018 (Rec. cass. núm. 159/2017).

bajado, la regulación reconoce el derecho de las personas trabajadoras fijas discontinuas a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestado, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.

La previsión trata de adecuarse, una vez más, a la Jurisprudencia del TJUE que, en 2019, se pronunció sobre la forma de calcular la antigüedad de las personas trabajadoras fijas discontinuas, a los efectos de la adquisición del derecho a percibir trienios (ATJUE de 15 de octubre de 2019, Asuntos C439/18 y C472/18), declarando contrario al derecho comunitario la práctica consistente en computar únicamente los períodos efectivamente trabajados, por considerarse discriminatorio y contrario a la cláusula 4, puntos 1 y 2, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial y al artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación³⁴. De acuerdo con el TJUE, el Tribunal Supremo ha considerado que a los trabajadores fijos discontinuos se les debe computar, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional, la totalidad de la duración de la relación laboral y no únicamente el tiempo efectivamente trabajado³⁵. Sin embargo, esta afirmación requiere matizaciones, pues como mantiene la jurisprudencia: “el concepto de antigüedad es complejo y no tiene un sentido unívoco, ni desempeña

la misma función en los distintos aspectos que puede tener en la relación laboral porque, la antigüedad es, según uno de los significados que recoge el Diccionario de la Real Academia, “el tiempo transcurrido desde que se obtiene un empleo”. Pero ese tiempo puede ser definido de forma distinta, según los efectos a los que se refiere su cómputo, y en el ámbito laboral puede no ser lo mismo la antigüedad a efectos de promoción económica que la antigüedad a efectos de promoción profesional o del cálculo de las indemnizaciones por la extinción del contrato...”³⁶

Con estas afirmaciones lo que se quiere poner de manifiesto, aunque no se haya hecho de la forma más clara y correcta, es que la previsión no se aplica a aquellas condiciones de trabajo que exijan, en atención de su naturaleza, un tratamiento distinto. Así ocurre, por ejemplo, con la indemnización por despido, que debe calcularse teniendo en cuenta los periodos de trabajo efectivamente realizados, sin que ello pueda considerarse discriminatorio dado que, tanto en el caso de las personas trabajadoras fijas discontinuas como en los trabajadores indefinidos, la indemnización por despido se calcula teniendo en cuenta los servicios efectivamente prestados³⁷.

La misma consideración, en principio, cabe efectuar respecto de las prestaciones del sistema de seguridad social cuando su cálculo se efectúa teniendo en cuenta los días efectivamente trabajados y cotizados. De hecho, en esta materia no se producen modificaciones significativas respecto del régimen jurídico

³⁶ STS de 25 de junio de 2020 (Rec. núm. 3739/017), citando la STS de 15 de marzo de 2010 (Rec. núm. 90/2009).

³⁷ STS 730/2020, 30 de Julio de 2020 (Rec. núm. 324/2018). Es doctrina consolidada que el cálculo de la indemnización se efectúe teniendo en cuenta los periodos previos trabajados si se han realizado bajo modalidades temporales en fraude de ley, por haberse cubierto con ellos un trabajo de “carácter intermitente o cíclico, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad”. En el mismo sentido, STS de 7 de mayo de 2015 (Rec. núm. 343/2012); de 24 de febrero de 2016 (Rec. núm. 2493/2014), y de 28 de septiembre de 2016 (Rec. núm. 3936/2014).

³⁴ ATJUE de 15 de octubre de 2019, Asuntos C439/18 y C472/18.

³⁵ STS de 19 de noviembre de 2019 (Rec. núm. 2309/17), de 10 de diciembre de 2019 (Rec. núm. 2932/17), de 19 de mayo de 2020 (Rec. núm. 3625/2017); de 25 de junio de 2020 (Rec. núm. 3739/017); de 1 de enero de 2021 (Rec. núm. 4073/2018); de 16 de febrero de 2021 (Rec. núm. 3372/2019) y de 4 de mayo de 2021 (Rec. núm. 3156/2018).

co aplicable, excepto por una salvedad³⁸. La Disposición final sexta del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, establece una muy importante previsión sobre la protección por desempleo de las personas trabajadoras fijas discontinuas: el compromiso del Gobierno, en el marco de la reforma del nivel asistencial por desempleo, de realizar las modificaciones necesarias para mejorar la protección del colectivo de los fijos discontinuos, permitiéndoles el acceso a los subsidios por desempleo, en las mismas condiciones y con los mismos derechos que se aplican al resto de personas trabajadoras por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social.

Por último, la regulación no olvida garantizar los derechos de promoción y formación profesional. En este sentido, la empresa tiene la obligación de informar a las personas fijas discontinuas y a la representación legal de las personas trabajadoras sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes de carácter fijo ordinario, de manera que aquellas puedan formular solicitudes de conversión voluntaria, de conformidad con los procedimientos que establezca el convenio colectivo sectorial o, en su defecto, el acuerdo de empresa. También se establece su prioridad en el acceso a las actividades formativas del sistema de formación profesional para el empleo durante los periodos de inactividad. Este conjunto de derechos se ve reforzado por las funciones que en la materia se encomiendan a la negociación colectiva, pues además de articular los procedimientos que permitan la conversión de contratos fijos discontinuos en contratos indefinidos, los convenios colectivos sectoriales podrán crear “bolsas sectoriales de empleo” para fomentar la contratación de estas personas trabajadoras durante los periodos de inactividad (art. 16.5 ET).

En definitiva, a modo de conclusión, parece bastante evidente que el legislador ha inten-

tado articular un régimen jurídico asentado sobre mínimos legales y regulaciones convencionales que, de un lado, pretenden dignificar el contrato fijo discontinuo dotándolo de más certidumbres y garantías, evitando que funcione en la práctica como un contrato a llamada y, de otro, refuerzan aquellos aspectos del contrato relacionados con su carácter indefinido, especialmente a través de la ordenación del llamamiento, del establecimiento de periodos mínimos de actividad, etc. En ambos aspectos, el legislador ha intentado trasladar a esta figura contractual las exigencias del Derecho Europeo, especialmente la Directiva 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 (actualización de la Directiva 91/533/CEE del Consejo a las nuevas formas de empleo)³⁹.

5. UNA BREVE APROXIMACIÓN AL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO

La negociación colectiva ha desarrollado siempre un importante papel en la configuración del contrato fijo discontinuo. La ordenación anterior encomendaba expresamente al convenio colectivo tres materias fundamentales: a) el orden y la forma de llamamiento; b) la habilitación, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justificaran, para celebrar a tiempo parcial los contratos fijos discontinuos; y, c) los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos discontinuos. Todas ellas se encuentran expre-

³⁹ DOUE, núm. 186, de 11 de julio de 2019, pp. 105-121. Sobre esta última, MERCADER UGUINA, J., “Los “tiempos” de la Directiva (UE) 2019/1152. Transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos”, *Documentación Laboral*, núm. 122, 2021, pp. 2-22; JALIL NAJI, M., “La trasposición de la Directiva 2019/1152: ¿Una oportunidad para intervenir en la precariedad laboral asociada a la ordenación jurídica del tiempo de trabajo?”, en VV.AA., *Congreso Internacional “Retos Interdisciplinares en el Entorno de la Industria 4.0”*, Universidad Politécnica de Cartagena, 2021, pp. 206 y ss.

³⁸ Sobre la protección social de las personas trabajadoras fijas discontinuas, LÓPEZ GANDÍA, J., TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos* Albacete, Bomarzo (2014).

samente reconocidas en la nueva regulación, si bien conviene hacer algunas matizaciones. Por lo que respecta a los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento, donde la regulación convencional requiere de la observación de los requisitos legales mínimos ya comentados, además del convenio colectivo, sin especificar su ámbito, la norma habilita a los acuerdos de empresa que intervendrán de forma subsidiaria. También por lo que respecta a los procedimientos de conversión de los contratos fijos discontinuos en contratos indefinidos, el art. 16.7 ET faculta a los acuerdos de empresa para su regulación, de forma subsidiaria, aunque ahora respecto del convenio colectivo sectorial. Por último, la posibilidad de autorizar la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos discontinuos, se sigue encomendado, al igual que en la regulación anterior, al convenio colectivo sectorial.

Con carácter adicional, la regulación confía la ordenación de nuevas instituciones, dirigidas a garantizar los derechos de estabilidad, de promoción y formación de las personas trabajadoras fijas discontinuas, a los convenios colectivos sectoriales; a los que además atribuye un amplio espacio de configuración. La primera de ellas es la “bolsa sectorial de empleo”, en la que se podrán integrar las personas trabajadoras fijas discontinuas durante los periodos de inactividad con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua, todo ello sin perjuicio de las obligaciones en materia de contratación y llamamiento efectivo de cada una de las empresas. En este ámbito, donde se mezcla empleo, empleabilidad y formación, la negociación colectiva tendrá que regular, en caso de arbitrarlas, los procedimientos para canalizar los posibles llamamientos de otras empresas del sector, las consecuencias sobre la relación laboral, etc.; y todos los aspectos relacionados con la formación profesional de este colectivo.

La segunda se refiere a la fijación de un periodo mínimo de llamamiento anual al que las empresas del sector habrán de adecuarse y, directamente relacionada, una cuantía por fin de llamamiento a satisfacer por las empresas a las personas trabajadoras (art. 16.5 ET). La proce-

dencia de esta cuantía indemnizatoria por fin del periodo de llamamiento solo procederá en aquellos casos en que su finalización coincida con la terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento. Se trata, en consecuencia, de una indemnización que procedería abonar a aquellas personas que, teniendo un contrato fijo discontinuo, no hayan sido llamadas una vez culminado el ciclo de actividad y el periodo de llamamiento. Es importante destacar que la regulación legal no establece previsiones adicionales, ni con respecto al periodo mínimo de llamamiento anual, ni a la pretendida indemnización por falta de llamamiento, por lo que entendemos que la negociación colectiva sectorial es libre de fijar procedimientos, plazos, supuestos de compatibilidad con las posibles indemnizaciones que derivan de la extinción del contrato, etc.

Por último, es necesario mencionar el papel que juega la negociación colectiva cuando la contratación fija discontinua se justifica por la celebración de contrataciones, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas, supuestos en los que se atribuye a los convenios colectivos sectoriales la posibilidad de determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, cuya finalización designará el momento en que las partes puedan adoptar las medidas necesarias para dar por finalizada la relación laboral.

Como es fácil constatar la negociación colectiva, en especial la de ámbito sectorial, se encuentra con un amplio y variado conjunto de materias, muchas de ellas novedosas, a las que tendrá que hacer frente en los próximos años. Habrá que esperar un tiempo, hasta que proliferen estas prácticas negociales, para valorar adecuadamente el impacto que tienen en la consagración y desarrollo de esta modalidad contractual.

6. EL TRABAJO FIJO DISCONTINUO. UNA PRETENSIÓN Y ALGUNAS INCERTIDUMBRES

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, trata de hacer frente a los problemas de un mercado de trabajo construido sobre la cultura de la temporalidad, la rotación y la precariedad laboral. Solo si se parte de ahí y de la convicción de que es necesario revertir esta situación se podrá atisbar el cambio de paradigma que conlleva la reforma efectuada. Se dice de ella que es una norma compleja, no puede ser de otra forma si se tiene en cuenta que tanto su inspiración como su tenor literal, hasta la última coma, es fruto del diálogo social. Como tal, constituye el reflejo de un delicado punto de equilibrio entre los agentes sociales sobre materias tan trascendentales como la regulación de la contratación laboral, la principal institución que cobija y ordena el empleo subordinado ante la emergencia de nuevas y múltiples formas de empleo huérfanas de garantías para las personas trabajadoras.

Desde esta perspectiva y con los objetivos marcados, esto es, reducir el abuso en la contratación laboral y desincentivar el uso de las modalidades temporales más nocivas mediante el fomento de la contratación indefinida, la reforma se ha centrado en redefinir la causalidad que justifica la contratación temporal, encauzándola hacia necesidades ocasionales e imprevisibles, con algunas excepciones; la eliminación de algunas modalidades contractuales incompatibles con esa concepción (contrato de obra y servicio, contrato temporal fijo de obra) y el reforzamiento de la contratación indefinida, tanto del contrato indefinido común como del contrato fijo discontinuo.

Todas estas líneas de actuación han hecho emerger, como figura central del sistema, el contrato fijo discontinuo, modalidad contractual que ha sido ampliamente reformada con objeto de conciliar la flexibilidad que lo caracteriza con la certidumbre y garantías que deben disfrutar las personas trabajadoras.

Conforme a ello, la nueva regulación del contrato fijo discontinuo aporta una nueva definición de su objeto, que permite diferenciarlo de los contratos temporales y apartarlo

de la regulación del contrato a tiempo parcial, al incluir los trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, pero también aquellos que, sin tener esta naturaleza, se caracterizan por la intermitencia en la prestación de servicios, con periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados. Además, se prevé su celebración en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativos que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa; y, para el caso de las ETT, cuando resulta posible realizar la prestación de servicios para distintas empresas usuarias.

Por otro lado, la nueva regulación supone un avance significativo en las posibilidades de concreción e información sobre las condiciones de trabajo, especialmente las relacionadas con el tiempo de trabajo; respecto de los derechos de las personas fijas discontinuas en relación a la estabilidad y certidumbre en la relación laboral y en su empleabilidad; en la consolidación y ampliación de las materias que se encomienda a la negociación colectiva, haciéndola participe de cuestiones tan trascendentales como la articulación del llamamiento, la fijación de periodos mínimos de actividad y de periodos de llamamiento, la indemnización por finalización de este último, el establecimiento de bolsas sectoriales de empleo, etc.

Todo ello, en definitiva, evidencia que el legislador ha intentado articular un régimen jurídico asentado sobre mínimos legales y regulaciones convencionales que, en una difícil tarea, pretenden dignificar el contrato fijo discontinuo a través de dos directrices confluyentes: dotándolo de certidumbres y garantías en relación a las condiciones de trabajo y reforzando los aspectos relacionados con su carácter indefinido.

El destacado protagonismo que adquiriere el contrato fijo discontinuo tras la reforma se debe, en gran parte, a la desaparición del contrato de obra y servicio determinado; pero esta circunstancia no debe llevar a considerar que las necesidades que cubría este se estén reconduciendo artificialmente a la figu-

ra del fijo discontinuo. Más bien se trata de lo contrario: acabar con el abuso que supone utilizar la contratación temporal para cubrir necesidades estacionales, cíclicas e intermitentes, poniendo con ello freno a la rotación de las personas trabajadoras en estas figuras contractuales. Esta realidad manifiesta otra preocupante, que el trabajo fijo discontinuo constituye una forma de trabajo profundamente arraigada en nuestro sistema productivo que, con toda probabilidad, se consolidará y extenderá en el futuro. Por ambas razones es doblemente necesario reformular las reglas del trabajo y de la contratación fija discontinua en aras de garantizar que su flexibilidad se compadezca con la protección de los derechos de las personas trabajadoras.

En este sentido, la reforma efectuada sobre el contrato fijo discontinuo constituye un punto de partida en cuanto permitirá revertir parcialmente las cifras de temporalidad y encauzar la contratación de actividades permanentes hacia la contratación indefinida común, cuando estas sean constantes, y hacia el fijo discontinuo, cuando sean intermitentes; sin embargo, el gran reto vendrá después, cuando el uso de esta figura contractual se generalice, acogiendo diversas y numerosas realidades, y deba ser dignificada en todas sus dimensiones, reestructurando muchas de las instituciones que sostienen nuestra disciplina. La reforma laboral ha iniciado este camino, pero aún queda mucho por hacer.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., “El impacto de la jurisprudencia del TJUE sobre el ordenamiento español en materia de contratación temporal: cuestiones no resueltas”, en AA.VV., *Impacto sobre la legislación española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Monografías de Temas Laborales, n° 61, CARL (2019).
- BAYLOS GRAU, A., “Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo”, en AA.VV., *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, (1994).
- CARRIZOSA PRIETO, E., “La reforma de la contratación temporal estructural. Propuestas para atajar la precariedad laboral en el acceso al empleo”, *Documentación Laboral*, núm. 124 (2021).
- CASAS BAAMONDE, M.E., “La contratación temporal: problemas y soluciones. Un debate necesario”. *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, (2017).
- COSTA REYES, A., “Descentralización productiva y contrato temporal de obra o servicio determinado A propósito de la STS de 29 de diciembre de 2020”, *Trabajo y Derecho*, núm. 75, (2021).
- CRUZ VILLALÓN, J., “El encadenamiento de contratos temporales en la Jurisprudencia de la Unión Europea”, *Documentación Laboral*, núm. 113, (2018).
- ESPÍN SÁEZ, M., “Reforma y contrato fijo discontinuo: ¿precariedad y transición hacia un Derecho del Trabajo de la recuperación?”, en VV.AA., *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Valencia, Tirant lo Blanch, (2019).
- GARCÍA MURCIA, J., “El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016”, *La Ley Unión Europea*, núm. 41, (2016).
- GOERLICH PESET, J. M^a., “Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga discusión?”, *Temas Laborales*, núm. 61, (2001).
- JALIL NAJI, M., “Buscando la Flexiseguridad: empleo muy atípico y empleados compartidos”, *Revista de Direito do Trabalho*, Sao Paulo, (2019).
- JALIL NAJI, M., “La trasposición de la Directiva 2019/1152: ¿Una oportunidad para intervenir en la precariedad laboral asociada a la ordenación jurídica del tiempo de trabajo?”, en VV.AA., Congreso Internacional “Retos Interdisciplinarios en el Entorno de la Industria 4.0”, Universidad Politécnica de Cartagena, (2021).
- LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, Albacete, Bomarzo (2014).
- MERCADER UGUINA, J., “Los “tiempos” de la Directiva (UE) 2019/1152. Transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos”, *Documentación Laboral*, núm. 122, (2021).
- ROALES PANIAGUA, E., “Ponencia General “Las modalidades de contratación. La contratación fija discontinua”, en XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Cádiz, 25 y 26 de noviembre, (2021).

- ROJO TORRECILLA, E., “UE. Límites a la utilización del contrato “fijo de obra” en el sector de la construcción en España. Notas a la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2021 (asunto C-550/19)”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, (2021).
- SALA FRANCO, T. y LÓPEZ TERRADA, E., “Propuestas para un debate sobre la reforma de la contratación temporal”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, (2017).
- SANGUINETI RAYMOND, S., “La insuficiente sanción del fraude en la contratación temporal”, *Trabajo y Derecho*, núm. 38 (2018).
- SANGUINETI RAYMOND, S., “Subcontratación de actividades productivas y estabilidad en el empleo: el replanteamiento del modelo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 75 (2021).
- UGT, *Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre. Contrato de trabajo fijo – discontinuo*. Servicios de Estudios, núm. 39, (2022).
- VALVERDE ASENCIO, A., *La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. p. 99; POQUET CATALÁ, “Zonas grises del contrato fijo discontinuo”, *IUSLabor* núm. 3 (2016).
- VICENTE PALACIO, A., “Contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata (cambio de doctrina): STS (Pleno), Sala Social, de 19 de julio de 2018 (Rec. núm. 823/2017)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 1, (2019).

El nuevo contrato formativo: una apuesta decidida por la formación como mecanismo de inserción laboral*

The new training contract: a firm commitment to training as a mechanism for job placement

JOSEP MORENO GENÉ**

ANA MARÍA ROMERO BURILLO***

<https://doi.org/10.55617/revmites.03>

Resumen:

Una constante de la contratación formativa a lo largo del tiempo ha sido el escaso recurso a la misma por parte de las empresas, lo cual llama especialmente la atención si se toman en consideración las elevadas tasas de desempleo, especialmente, del juvenil, que definen de forma sostenida en el tiempo a nuestro mercado laboral, así como, la presencia de un alto grado de personas trabajadoras, muchas de ellas jóvenes, que adolecen de importantes déficits formativos, para las que, sin lugar a dudas, estas modalidades contractuales formativas podrían resultar especialmente idóneas para mejorar su formación y, como consecuencia de ello, facilitar su inserción posterior en el mercado laboral.

Con la finalidad declarada de incrementar el recurso a la contratación formativa, el RD-ley 32/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, ha procedido a fijar una nueva regulación de la misma, con la que proporcionar un marco idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral. A tal efecto, se establece un nuevo diseño de la contratación formativa, que se apoya en un único contrato formativo que, a su vez, alberga dos modalidades contractuales distintas: el contrato de formación en alternancia y el contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada.

En este estudio se aborda, precisamente, el análisis por separado de estas dos modalidades de contrato formativo, para lo cual, se analiza el objeto de cada una de ellas, así como su íntegro régimen jurídico –personas destinatarias del contrato, actividad formativa y actividad laboral, forma, período de prueba, jornada de trabajo, duración, retribución, extinción, cotización a la seguridad social, protección social, etcétera–.

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación RTI2018-097947-B-I00, concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades que lleva por título "Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo: una visión multidisciplinar". Los autores son miembros del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya "Social and Business Research Laboratory" (SBRLab). Ref. 2017 SGR 1572.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la SS-Universidad de Lleida. josep.moreno@udl.cat

*** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la SS-Universidad de Lleida. ana.romero@udl.cat

Las conclusiones alcanzadas en este análisis permiten dar respuesta a algunas de las principales incógnitas que a día de hoy plantea la reforma efectuada de la contratación formativa, en concreto, si la misma constituye realmente un cambio de modelo de dicha contratación, si en la reforma operada ha primado la función formativa o la función de inserción de estas modalidades contractuales y, finalmente, si con la misma se alcanzará el anhelado objetivo de incrementar el recurso por parte de las empresas a la contratación formativa como vía de inserción laboral, en especial, de las personas jóvenes.

Palabras clave: Contrato formativo; formación en alternancia; prácticas; inserción laboral; empleo juvenil; reforma laboral.

Abstract:

A constant in training recruitment over time has been the scant recourse to it by companies, which is particularly striking if the high unemployment rates are taken into account, especially youth unemployment, which define in a sustained manner over time to our labor market, as well as the presence of a high degree of working people, many of them young, who suffer from significant training deficits, for whom, without a doubt, these training contractual modalities could be especially suitable for improving their training and, as a consequence, facilitating their subsequent insertion in the labour market.

With the declared purpose of increasing the use of training contracts, RD-Law 32/2021 of December 28, on urgent measures for labor reform, the guarantee of employment stability and the transformation of the labor market, has proceeded to establish a new regulation of the same, with which to provide an ideal framework for the incorporation of young people into the labor market. To this end, a new training contract design is established, which is based on a single training contract which, in turn, contains two different contractual modalities: the alternating training contract and the contract for obtaining professional practice adequate.

This study addresses, precisely, the separate analysis of these two types of training contract, for which the object of each of them is analyzed, as well as its entire legal regime –persons who are the recipients of the contract, training activity and training activity. employment, form, trial period, working day, duration, remuneration, termination, social security contribution, social protection, etc.

The conclusions reached in this analysis allow us to answer some of the main unknowns that the reform carried out on training hiring today raises, specifically, if it really constitutes a change in the model of said hiring, if in the reform operated The training function or the insertion function of these contractual modalities has prevailed and, finally, if with it the desired objective of increasing the use by companies of training hiring as a means of labour insertion will be achieved, especially young people.

Keywords: training contract; alternating training; internships; job placement; youth employment; labor reform.

1. INTRODUCCIÓN

Una constante de los contratos formativos a lo largo del tiempo ha sido el escaso recurso a esta modalidad contractual por parte de las empresas, lo cual llama especialmente la atención si se toman en consideración las elevadas tasas de desempleo, especialmente, del juvenil, que definen a nuestro mercado laboral y la presencia de un alto grado de personas trabajadoras, muchas

de ellas jóvenes, que adolecen de importantes déficits formativos, para las que, sin lugar a dudas, estas modalidades contractuales podrían resultar especialmente idóneas para mejorar su formación y, como consecuencia de ello, facilitar su inserción posterior en el mercado laboral.

El escaso recurso a estas modalidades contractuales formativas se podía constatar perfectamente en el momento de aprobarse la

reciente reforma laboral, de modo que, si atendemos a los datos facilitados por el Servicio Público de Empleo Estatal correspondientes al mes de diciembre de 2021, la suma total de los contratos formativos formalizados ascendió a 8.823, de los que 3.577 fueron contratos para la formación y el aprendizaje y 5.246 contratos en prácticas, representando una ínfima parte del total de 1.681.550 contratos de trabajo registrados durante dicha mensualidad.

Esta circunstancia ha motivado que la reforma de los contratos formativos haya sido también una constante, de modo que toda reforma laboral, que se preciera de serlo, ha abordado la modificación de estos contratos. En no pocas ocasiones, sin embargo, estas reformas se han llevado a cabo en un contexto de crisis económica y, en consecuencia, de altas tasas de desempleo y, muy particularmente, del desempleo juvenil, lo que ha motivado que lo urgente, es decir, la inserción laboral de las personas jóvenes, haya primado por encima de lo importante, que no es otra cosa que garantizar una cualificación profesional adecuada¹. Ello ha provocado un constante movimiento pendular entre reformas que han procedido a flexibilizar los contratos formativos, para fomentar de este modo su uso por parte de las empresas y reformas que han intentado mejorar las condiciones de trabajo, especialmente las vinculadas a la formación de la persona trabajadora, con el riesgo que ello supone de introducir determinadas dosis de rigidez en estos contratos, haciéndolos menos atractivos para las empresas.

Con estos antecedentes se llega a la situación actual, en la que en un contexto de pandemia y de crisis económica asociada a la misma, el Gobierno de España asume con sus socios europeos determinados compromisos de reforma del mercado laboral español, condición

sine qua non para poder recibir las ingentes ayudas procedentes de la Unión Europea, imprescindibles para poder afrontar con ciertas garantías de éxito el futuro económico de este país. En este punto, el Componente núm. 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, valorado positivamente por la Unión Europea, contiene la siguiente previsión relativa a los contratos formativos: establecer una regulación adecuada de los contratos de formación y prácticas, que proporcione un marco adecuado para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral.

Con la finalidad de dar cumplimiento a estos compromisos alcanzados con la Unión Europea, el Gobierno puso en marcha, junto con los interlocutores sociales, la Mesa de Diálogo Social sobre la Modernización del Mercado Laboral, que se extendió durante varios meses y que tras un duro proceso negociador culminó con el acuerdo alcanzado el día 23 de diciembre de 2021. Este acuerdo se ha materializado, posteriormente, en 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, RD-ley 32/2021).

Pese a la larga extensión de la Exposición de Motivos del RD-ley 32/2021, son muy escasas las referencias que la misma contiene dirigidas específicamente a su afectación sobre los contratos formativos, lo cual pone claramente de manifiesto que la reforma de esta materia queda en cierto modo eclipsada por otros aspectos de la reforma laboral, especialmente, por la profunda reformulación de las modalidades de contrato de duración determinada que la misma lleva a cabo. Pese a ello, en la Exposición de Motivos podemos encontrar diferentes referencias expresas a la contratación formativa. La primera de ellas se lleva a cabo cuando se expone el alcance del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, indicándose que mediante esta reforma “se pretende establecer una regulación eficaz de los contratos formativos, que proporcione un marco idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral, ya se trate de

¹ Vid. SALAS PORRAS, M. “Contratos formativos. Propuestas para construir el futuro a partir de los problemas del presente”. Ponencia presentada a las XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, “Análisis Actual de la contratación laboral”, celebradas en Cádiz los días 25 y 26 de noviembre de 2021, p. 1-2.

contratos en alternancia con los estudios o bien de contratos para la obtención de una práctica profesional adecuada al nivel de estudios”. La segunda referencia se efectúa en el momento de describir el propio contenido de la reforma, indicando que se lleva a cabo una modificación del art. 11 ET, “que supone en sí un cambio de modelo, estableciéndose un contrato formativo con dos modalidades (...)”.

Son dos, por tanto, los principales elementos que pueden extraerse de las referencias que contiene la Exposición de Motivos a esta materia: en primer lugar, la finalidad declarada por la reforma, que no es otra que establecer un marco idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral y, en segundo lugar, el establecimiento del propio diseño de la modalidad contractual que ahora se regula, consistente en un único contrato formativo que alberga dos modalidades distintas: el contrato de formación en alternancia y el contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada.

En relación con la finalidad perseguida por la norma, es decir, establecer un marco idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral, con toda probabilidad, el mismo es heredero de la situación previa a la reforma, caracterizada una vez más por las altas tasas de desempleo juvenil y el escaso recurso a los contratos formativos por parte de las empresas. Ello justifica que la Exposición de Motivos se refiera exclusivamente a la voluntad de establecer “un marco idóneo para la incorporación de las personas jóvenes en el mercado laboral”, sin mencionar de un modo expreso la voluntad de garantizar, al mismo tiempo, la cualificación profesional de calidad de estas personas trabajadoras, sin perjuicio de que esta finalidad rezuma a lo largo del contenido de la reforma. Estos objetivos no sólo no deben ser incompatibles, sino que, por el contrario, deben ir necesariamente de la mano, no en vano, únicamente si se asegura una cualificación profesional de calidad de las personas contratadas a través de las modalidades contractuales formativas, se va a desencadenar el efecto perseguido con las mismas, es decir, la

inserción laboral de la persona joven desempleada, la cual tras su paso por estas modalidades contractuales ya se encuentra profesionalmente cualificada.

En relación con el diseño de los contratos formativos que ahora se introduce, la Exposición de Motivos de la norma es muy ambiciosa, no en vano, pretende conseguir un “cambio de modelo” en la contratación formativa. A tal efecto, se apuesta por la introducción de una única modalidad contractual, que se denomina como contrato formativo, dentro de la cual pasan a englobarse dos modalidades distintas: el contrato de formación en alternancia y el contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada. Este nuevo diseño de la contratación formativa supone agrupar a los tres contratos formativos existentes en el momento de entrada en vigor del RD-ley 32/2021, es decir, el contrato para la formación y el aprendizaje, el contrato en prácticas y el contrato para la formación dual universitaria, en uno solo, el nuevo contrato formativo, sin perjuicio de que en el seno del mismo, se puedan seguir distinguiendo dos modalidades diferenciadas que, en última instancia, serían asimilables a los tradicionales contratos formativos de formación y aprendizaje y de prácticas.

Más allá de dar cumplimiento al compromiso alcanzado con la Unión Europea de “simplificación de los contratos”, el nuevo diseño de un único contrato formativo que comprende dos modalidades distintas, permite fijar el centro de atención de esta modalidad contractual en el carácter “formativo” de la misma, que puede alcanzarse por dos vías distintas, a saber, mediante la formación en alternancia y mediante la práctica profesional adecuada, según el estadio educativo y/o formativo en el que se encuentre en cada momento la persona trabajadora, que marca tanto el objeto como la metodología a seguir en cada modalidad contractual. Por lo demás, este nuevo diseño del contrato formativo tiene la virtualidad de permitir la regulación conjunta de aquellos elementos del régimen jurídico comunes a las dos modalidades de contrato formativo que se contemplan y, en su momento, también deberá facilitar un desarro-

llo reglamentario conjunto de ambas modalidades de contrato formativo.

Ahora bien, no creemos que cuando la Exposición de Motivos de la norma se refiere a un cambio de modelo, esté pensando únicamente en el cambio de denominación de los contratos formativos ya existentes, sino que con este nuevo diseño se pretende llevar a cabo una transformación de fondo del modelo de contratación formativa existente hasta el momento. Con ello, parece que se quiere poner de manifiesto que, con la nueva regulación, no se están simplemente actualizando los contratos formativos previamente existentes, sino que con ella se persigue una profunda reformulación de los mismos.

Antes de entrar en el análisis de las diferentes modalidades de contrato formativo previstas actualmente en el art. 11 ET, sin embargo, cabe recordar dos aspectos fundamentales sobre el proceso de implementación de las mismas. En primer lugar, el contrato formativo es una de las materias respecto de las que el RD-ley 32/2021 ha diferido su entrada en vigor, de modo que la regulación de esta modalidad contractual no surtirá efectos hasta que transcurran tres meses desde la publicación de esta norma en el Boletín Oficial del Estado, que se produjo el 30 de diciembre de 2021 (apartado 2 a) de la disposición final octava). Y, en segundo lugar, se establece un régimen transitorio en relación con los anteriores contratos formativos –formación y aprendizaje y prácticas– que se hubieran formalizado antes de la entrada en vigor del nuevo contrato formativo, los cuales seguirán vigentes y regulados por la normativa anterior (disposición transitoria primera).

2. EL CONTRATO DE FORMACIÓN EN ALTERANANCIA

2.1. Concepto y objeto del contrato de formación en alternancia

El nuevo contrato de formación en alternancia viene a sustituir a dos contratos ya existentes hasta este momento, el contrato

para la formación y el aprendizaje y el contrato para la formación dual universitaria. El primero de ellos tenía por objeto la cualificación profesional de las personas trabajadoras en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo², y el segundo, tenía por objeto la cualificación profesional del estudiantado universitario a través de un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco de su formación universitaria³.

El nuevo contrato de formación en alternancia, tal y como se recoge en los apartados 1 y 2 del art. 11 ET, también tiene por objeto la formación en alternancia con el trabajo retribuido por cuenta ajena, mediante la compatibilización de 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.

En este punto, se ha efectuado una clarificación de los supuestos de utilización del contrato de formación en alternancia respecto al anterior contrato para la formación y el aprendizaje, no en vano, ahora se amparan de forma expresa y más clara en el mismo dife-

² Sobre la configuración de esa modalidad contractual, vid, entre otros, APILLUELO MARTÍN, M. *El contrato para la formación y el aprendizaje. La cualificación profesional como factor clave*. Albacete: Bomarzo, 2014; MORENO GENÉ, J. *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*. Barcelona: Atelier, 2015 y ROMERO BURILLO, A.M. "El contrato para la formación y el aprendizaje como mecanismo de fomento de la inserción laboral de los jóvenes". En MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M. (Coords.) *Empleo juvenil. Entre el desempleo y la precariedad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

³ Sobre esta modalidad contractual vid. ASQUERINO LAMPARERO, M.J. "La formación dual universitaria: impresiones iniciales". *Temas Laborales*. N. 156 (2021) y MORENO GENÉ, J. "El contrato para la formación dual universitaria: una primera aproximación a la espera de su imprescindible desarrollo reglamentario". *e-Revista Internacional de la Protección Social*. N. 1 (2021).

rentes procesos formativos correspondientes a niveles educativos y/o formativos muy diversos, pero que todos ellos admiten en su configuración el modelo de formación dual y/o en alternancia, es decir, el que permite combinar la formación a través del sistema educativo y/o formativo con la actividad laboral retribuida en el seno de la empresa, sin que a diferencia de lo que ha sucedido en otras ocasiones, se admitan excepciones al respecto que permitan incorporar otras formaciones distintas a las expresamente enumeradas por la ley que, si bien, pueden resultar atractivas para las empresas, no siempre garantizaban una cualificación profesional de calidad.

A tal efecto, esta delimitación del objeto del contrato agrupa en una única modalidad contractual la formación en alternancia de los diferentes niveles educativos y/o formativos existentes, a saber, la formación profesional, los estudios universitarios y las especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo, poniendo fin a la separación artificiosa existente hasta este momento, que preveía diferentes modalidades contractuales formativas según nos encontráramos ante estudios de formación profesional, ya fuera del sistema de empleo o del sistema educativo, o bien, ante estudios universitarios⁴. A partir de ahora, cualquier formación en alternancia con trabajo retribuido, con independencia del ámbito educativo y/o formativo en que se desarrolle, encontrará la debida cobertura a través de una misma modalidad contractual.

Con esta opción, al tiempo que se consigue clarificar los procesos formativos que habilitan para la formalización de esta modalidad contractual, se refuerza la vinculación de la misma con aquellos procesos formativos más reglados, es decir, más directamente vinculados con el sistema educativo y/o de formación

y que, por tanto, garantizan una mayor calidad en la cualificación profesional finalmente obtenida por la persona contratada.

Una vez fijado el objeto del contrato de formación en alternancia, su régimen jurídico queda recogido en los apartados 2, 4, 5, 6 y 7 del art. 11 ET, sin perjuicio que, algunas cuestiones de dicho régimen jurídico requieran del correspondiente desarrollo reglamentario. En todo caso, siendo necesario el desarrollo reglamentario del nuevo contrato de formación en alternancia, cabe valorar muy positivamente que la nueva regulación haya procedido a elevar a rango legal diferentes aspectos que hasta el momento habían quedado relegados a la vía reglamentaria.

2.2. Requisitos y limitaciones para la formalización del contrato de formación en alternancia

2.2.1. Requisitos para la formalización del contrato de formación en alternancia

Para la formalización de este contrato deben cumplirse diferentes requisitos. En primer lugar, deben satisfacerse determinadas exigencias relativas a la persona trabajadora. La primera de estas exigencias se formula de forma negativa y hace referencia a su falta de cualificación, de manera que únicamente se podrá celebrar con aquellas personas que carezcan de la cualificación profesional reconocida por las titulaciones o certificados requeridos para celebrar un contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada (art. 11.2 a) ET). A tal efecto, para formalizar esta última modalidad contractual la persona debe estar 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 julio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, así como también de un título equivalente de

⁴ SELMA PENALVA, A. "¿Cómo ha quedado el contrato para la formación tras las últimas reformas?". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N. 365-366 (2015), p. 226-227, ya había reclamado con anterioridad este tratamiento uniforme de los diferentes niveles educativos y/o formativos.

enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral (art. 11.3 a) ET). En definitiva, se excluyen de la formalización del contrato de formación en alternancia todas aquellas formaciones previas que se pretenden alcanzar precisamente mediante esta modalidad contractual.

A pesar de esta delimitación inicial de las personas que pueden formalizar el contrato de formación en alternancia, la ley permite que el mismo también se pueda formalizar siempre que esté vinculado a estudios de formación profesional o universitaria con personas que ya posean otra titulación, siempre que no haya tenido otro contrato formativo previo en una formación del mismo nivel formativo y del mismo sector productivo. En definitiva, lo determinante no es la cualificación profesional previa en sí, sino su relación con el objeto del contrato. En otro caso, la titulación o certificado previos se convertirían en un elemento impeditivo para acceder al trabajo.

De esta última previsión se extraen los siguientes requisitos para formalizar esta modalidad contractual con personas que ya poseen una titulación que, *a priori*, ya les habilitaría para formalizar un contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada: en primer lugar, el contrato que se formalice únicamente puede estar vinculado a estudios de formación profesional o universitaria; y, en segundo lugar, que la persona que vaya a ser contratada no haya formalizado previamente un contrato formativo en una formación del mismo nivel formativo y del mismo sector productivo. Por tanto, no impedirá la celebración de un contrato de formación en alternancia la previa formalización de un contrato formativo que cumpliera la doble condición acumulativa de ser de diferente nivel formativo y de diferente sector productivo.

La segunda exigencia relativa a la persona trabajadora que prevé la normativa para formalizar un contrato de formación en alternancia es la referida a la edad. A tal efecto, el apartado b) del art. 11.2 ET establece que “en

el supuesto de que el contrato se suscriba 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, el contrato sólo podrá ser concertado con personas de hasta treinta años”.

Pese a esta previsión, el art. 11.4 d) ET establece una salvedad en relación con las personas con discapacidad al prever que este límite de edad no será de aplicación cuando se concierte con personas con discapacidad o con los colectivos de exclusión social previstos en el art. 2 de la Ley 4/2007, de 13 de diciembre, para la regulación de las empresas de inserción, en los casos en que sean contratadas por parte de empresas de inserción que estén cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente. En todo caso, se prevé que esta previsión sea objeto de desarrollo reglamentario. Nos encontramos, una vez más, ante una medida habitual en esta tipología de contratos, favorecedora de la inserción y promoción en el mercado laboral de estos colectivos de personas trabajadoras con especiales dificultades de inserción laboral.

Y, además, también en relación con la edad de la persona trabajadora, la nueva disposición adicional novena de la Ley de Empleo prevé de forma expresa que “las personas trabajadoras mayores de treinta años que participen en programas públicos de empleo y formación previstos en este texto refundido de la Ley de Empleo, podrán ser contratadas mediante el contrato formativo previsto en el art. 11.2 ET”, en términos parecidos a lo que se ya sucedía en relación con el anterior contrato para la formación y el aprendizaje, y con lo que se pretende dar cabida a personas trabajadoras mayores de 30 años, con déficits formativos y cuya contratación se ligue a una efectiva política de empleo.

Como puede observarse, en la regulación del contrato de formación en alternancia el requisito de la edad máxima para la formalización de esta modalidad contractual queda

reducido a una mínima expresión, únicamente para los 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, y que, además, cuenta con diferentes excepciones, mientras que en el resto de supuestos no contemplados de forma expresa por la norma podrán formalizarse contratos de formación en alternancia sin límite de edad. Por lo demás, para el único supuesto que se fija una edad máxima para la formalización de este contrato, la misma se establece en una edad elevada, de 30 años.

Se rompe, de este modo, con la tradición del contrato para la formación y el aprendizaje que siempre había fijado un requisito de edad máxima para su formalización y que actualmente se fijaba en 25 años. Este requisito de edad previsto en el contrato para la formación y el aprendizaje, sin embargo, contaba con numerosas excepciones, de modo que el mismo no resultaba de aplicación en numerosos supuestos. Si bien es cierto que este gran número de excepciones previstas al requisito de la edad para la formalización de un contrato para la formación y el aprendizaje comportaba en la práctica que la regla general se transformaba en la excepción y la excepción en la regla general, aun así, al mantenerse con carácter general el requisito de la edad, se señalaba al menos simbólicamente a las personas jóvenes como las principales destinatarias del contrato. Por tanto, cabe plantearse si con la nueva regulación del contrato de formación en alternancia puede seguirse hablando de un contrato diseñado específicamente para jóvenes o si, por el contrario, el mismo va dirigido al conjunto de personas trabajadoras siempre que las mismas carezcan de la correspondiente cualificación profesional.

En este contexto, parece razonable que aquellos contratos de formación en alternancia vinculados a determinadas formaciones, especialmente, la formación profesional y los estudios universitarios, no tengan fijada una edad máxima para su formalización, por cuanto el acceso a este tipo de formación pue-

de producirse en cualquier etapa de la vida, especialmente, en un momento como el actual en el que es tan necesaria la formación continuada a lo largo de la vida. Asimismo, también parece razonable seguir manteniendo un requisito máximo de edad cuando el contrato se suscriba en el marco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo-formación, para evitar de este modo situaciones de abuso y fomentar una inserción más normalizada de este colectivo de personas trabajadoras en el mercado laboral.

Mucho más flexibles son, en segundo lugar, las exigencias relativas a las empresas para que las mismas puedan suscribir un contrato de formación en alternancia, no en vano, cualquiera puede formalizar esta modalidad contractual. Asimismo, el contrato de formación en alternancia también podrá ser formalizado por las Empresas de Trabajo Temporal (art. 6.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, Ley 14/1994).

Finalmente, la celebración del contrato de formación en alternancia requiere del cumplimiento de un elemento formal consistente en que el contrato debe formalizarse por escrito. Siendo esta exigencia común al contrato de formación en alternancia y al contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada, la misma será objeto de un análisis conjunto en un apartado posterior de este trabajo.

2.2.2. Limitaciones a la formalización del contrato de formación en alternancia

Para la formalización del contrato para la formación en alternancia se debe cumplir una exigencia relativa al puesto de trabajo a cubrir, que de no concurrir pasa a constituir una limitación a la formalización de esta modalidad contractual. A tal efecto, no se podrá celebrar este contrato cuando la actividad o puesto de trabajo correspondiente al mismo haya sido desempeñado con anterioridad por

la persona trabajadora en la misma empresa bajo cualquier modalidad por tiempo superior a seis meses.

Nuevamente, con esta previsión antiabuso se viene a garantizar la función formativa del contrato, más allá de lo que hiciera el anterior contrato para la formación y el aprendizaje, que limitaba su formalización al supuesto en que se hubiera ocupado el mismo puesto de trabajo con anterioridad y por un tiempo superior a doce meses⁵. En el contrato de formación en alternancia, sin embargo, se impide la formalización del mismo no únicamente cuando se haya ocupado el mismo puesto de trabajo, sino también cuando se haya desempeñado la misma actividad y ello se haya hecho por un tiempo superior a seis meses, lo cual resulta mucho más garantista para la persona trabajadora. A tal efecto, parece más que razonable pensar que una persona trabajadora que ha desempeñado una actividad o un puesto de trabajo durante más de seis meses ya habrá demostrado su aptitud y cualificación para su desarrollo y, por tanto, el contrato de formación en alternancia habría quedado sin objeto. Cabría plantearse, al menos, si esta falta de objeto del contrato no concurre, también, cuando la actividad o puesto de trabajo ha sido desempeñado con anterioridad en otra empresa.

Una segunda limitación a la formalización del contrato de formación en alternancia puede venir de la mano de la negociación colectiva, no en vano, el art. 11.4 e) ET prevé que “mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal, autonómico o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrán determinar los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio de contrato formativo”. A *sensu contrario*, dichos convenios colectivos pueden fijar también los puestos de

trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que no podrán desempeñarse por medio de esta modalidad contractual.

Finalmente, la ley remite al futuro desarrollo reglamentario para establecer, previa consulta con las administraciones competentes en la formación objeto de realización mediante contratos formativos, los requisitos que deben cumplirse para la celebración de estos contratos, entre los cuales se indican de forma expresa, 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. No cabe duda que estas previsiones pueden constituir auténticas limitaciones a la celebración de esta modalidad contractual, ya sea por superarse el número de personas trabajadoras en formación máximo del centro de trabajo, por superarse el número de personas en formación que pueden asignarse por tutor o tutora, o bien, por incumplirse las exigencias en relación con la estabilidad de la plantilla.

A tal efecto, parece razonable que el número de contratos de formación en alternancia se encuentre en íntima y estrecha relación con el tamaño de la plantilla o el número de tutores, vinculándose de este modo el número máximo de contratos a realizar con las posibilidades formativas reales de la empresa. En este sentido, al depender el éxito de la finalidad formativa de esta modalidad contractual de que a las personas trabajadoras contratadas se les preste una adecuada atención individualizada, resulta plenamente justificado que la ley o, en este caso, el desarrollo reglamentario de la misma establezca un límite máximo del número de contratos atendiendo a estos parámetros⁶. Parece adecuado, además, que el elemento que se tome como referencia sea el centro de trabajo y no la empresa en su conjunto, puesto que cada

⁵ A tal efecto, GÁRATE CASTRO, J. “El nuevo régimen jurídico del contrato para la formación y el aprendizaje”. *Actualidad Laboral*. N. 8 (2012), p. 903, constataba que en estos supuestos no podía cumplirse la finalidad del contrato, por lo que habría de considerarse concertado en fraude de ley.

⁶ Sobre la conveniencia de fijar estos límites para garantizar la función formativa del contrato, *vid.* MORENO GENÉ, J. “La nulidad de las cláusulas convencionales limitativas del número de contratos para la formación y el aprendizaje. A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2018”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N. 52 (2019), p. 1-22.

persona trabajadora contratada debe ser formada y tutelada en el marco del centro de trabajo en que se integra. Cabe llamar la atención, además, sobre el hecho de que esta materia se deja en manos del futuro desarrollo reglamentario y no de la negociación colectiva.

Finalmente, la norma contiene una última referencia relativa al ámbito subjetivo de esta modalidad contractual dirigida a las empresas que estén aplicando alguna de las medidas de flexibilidad interna reguladas en los arts. 47 y 47 bis ET, previéndose para estos supuestos que podrán concertar un contrato de formación en alternancia siempre que las personas contratadas no sustituyan funciones o tareas realizadas habitualmente por las personas afectadas por medidas de suspensión o reducción de jornada.

2.3. El binomio actividad formativa y actividad laboral en el contrato de formación en alternancia

La principal nota distintiva de esta modalidad contractual consiste en que en su desarrollo tiene lugar una alternancia de actividad laboral retribuida con actividad formativa—procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo—. Debiéndose llevar a cabo la cualificación de la persona trabajadora contratada a través de esta modalidad contractual en un régimen de alternancia resulta esencial ver como el art. 11.2 ET acomete la tarea de regular cada uno de estos elementos, es decir, la actividad formativa y la actividad laboral retribuida, sin perjuicio del necesario desarrollo reglamentario de esta materia, especialmente, por lo que respecta al alcance de la actividad formativa.

2.3.1. La actividad formativa en el contrato de formación en alternancia

La actividad formativa constituye la principal peculiaridad del contrato de formación

en alternancia y el elemento que debe garantizar el cumplimiento de la finalidad formativa de esta modalidad contractual. Pese a ello, la regulación de esta materia contenida en el art. 11.2 ET plantea algunas dudas sobre si la misma va a permitir garantizar una cualificación profesional de calidad de la persona trabajadora contratada más allá de su inmediata inserción laboral⁷. A tal efecto, llama la atención que aspectos tan esenciales de la actividad formativa del contrato de formación en alternancia como son el sistema de impartición y las características de la formación o la financiación de la actividad formativa, se dejen al posterior desarrollo reglamentario de esta materia.

Pese a ello, son diversas y muy importantes las referencias que el art. 11.2 ET contiene en relación con la actividad formativa prevista para el contrato de formación en alternancia y que resultan imprescindibles a la hora de perfilar los contornos y el alcance de la misma.

En primer lugar, como ya se ha indicado, la cualificación de la persona trabajadora debe llevarse a cabo en un régimen de alternancia, de modo que se debe compatibilizar una actividad formativa recibida en el marco del sistema educativo o del Sistema Nacional de Empleo con una actividad laboral retribuida en una empresa. La alternancia e interrelación entre la actividad formativa y la actividad laboral supone un importante valor añadido en la formación de las personas contratadas bajo esta modalidad contractual, aportándoles múltiples y valiosas oportunidades. Por todo ello, la alternancia e interrelación entre actividad formativa y actividad laboral resulta la metodología más idónea para garantizar una

⁷ Sobre las dudas que se planteaban al respecto en relación con el anterior contrato para la formación y el aprendizaje, *vid.* POQUET CATALÁ, R. "La actividad formativa en el contrato para la formación y el aprendizaje tras las últimas reformas". *Relaciones Laborales*. N. 6 (2013) y ROMERO BURILLO, A.M. "La actividad formativa en el contrato para la formación y el aprendizaje: nuevas cuestiones". *Revista Doctrinal Aranzadi*. N. 9 (2014).

cualificación profesional de calidad orientada a la inserción laboral de quien la obtiene.

En segundo lugar, el art. 11.2 e) ET prevé la formalización de acuerdos y convenios de cooperación entre, por una parte, los centros de formación profesional, las entidades formativas acreditadas o inscritas y los centros universitarios y, por otra parte, las empresas en las que se vaya a formalizar un contrato de formación en alternancia. Esta exigencia es muy importante, puesto que con la misma se garantiza una cierta supervisión de este contrato por parte de las entidades educativas y/o formativas y, en última instancia, la adecuación del mismo a la normativa. Estos acuerdos y convenios de cooperación deben ser el principal garante de que el contrato cumple con su finalidad formativa y de mejora de la empleabilidad de las personas trabajadoras contratadas y que no se convierta en una mera vía de obtención de mano de obra precaria.

Muchos aspectos de estos acuerdos y convenios de cooperación deberán ser regulados por vía reglamentaria, pero en todo caso la norma ha querido preservar el papel fundamental que en el marco de los mismos corresponde a los planes formativos individuales, que sin lugar a dudas van a constituir el instrumento básico para garantizar que esta modalidad contractual contribuya realmente a la formación de las personas trabajadoras que sean contratadas.

La elaboración de estos planes formativos individuales corresponde a los centros de formación profesional, a las entidades formativas acreditadas o inscritas y a los centros universitarios, si bien, en dicha elaboración necesariamente deberán participar también las empresas. A tal efecto, resulta fundamental que esta participación no sea testimonial, sino que exista una implicación real de las mismas.

El contenido de los planes formativos individuales también viene fijado por la norma y deberá contener, en todo caso, el contenido de la formación, el calendario y las actividades y los requisitos de tutoría para el cumplimiento de sus objetivos.

La importancia de los acuerdos y convenios de cooperación y de los planes formativos individuales se pone de manifiesto en la previsión recogida en el art. 11.4 c) ET, según la cual, el contrato de formación en alternancia, que deberá formalizarse necesariamente por escrito, deberá incluir obligatoriamente el plan formativo, en el que se especifique el contenido de la formación y las actividades de tutoría para el cumplimiento de sus objetivos, así como también el texto de los acuerdos y convenios de cooperación. Asimismo, se contempla la obligación de que la empresa ponga en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras dichos acuerdos y convenios de cooperación incluyendo la información relativa a los planes formativos individuales, así como los requisitos y las condiciones en las que debe desarrollarse la actividad de tutorización.

Estos acuerdos y convenios de cooperación y, muy especialmente, los planes formativos individuales recuerdan al acuerdo para la actividad formativa que se contemplaba en el anterior contrato para la formación y el aprendizaje⁸.

En tercer lugar, se prevé que la formación teórica y la formación práctica sean parte sustancial de este contrato y que las mismas puedan impartirse tanto por la entidad educativa y/o formativa como por la empresa. Se rompe de este modo una visión muy arraigada, pero al mismo tiempo errónea, que reserva a las entidades educativas y/o formativas la formación teórica y a las empresas la formación práctica. Para el supuesto de que la persona trabajadora reciba la formación teórica en la empresa, se echa de menos, sin embargo, una previsión expresa de que la misma disponga de los medios materiales y humanos adecuados, ya que sólo de este modo se puede garantizar una formación de calidad. En todo caso, la previsión de que la formación teórica pueda ser impartida por la propia empresa puede

⁸ Sobre el alcance del mismo *vid.* MORENO GENÉ, J. *El contrato para la formación...* cit. p. 69-72.

encontrarse con dificultades de índole práctico si se tiene en cuenta el tejido empresarial de nuestro país compuesto mayoritariamente por pequeñas y medianas empresas, que difícilmente pueden asumir las cargas organizativas y económicas que se derivan de estas tareas formativas.

En cuarto lugar, la norma, a través de su art. 11.2 d) ET, ha querido dar una especial relevancia al papel de la persona tutora en el proceso de formación de la persona contratada, elevando esta exigencia al rango legal desde el rango reglamentario en el que tradicionalmente se ha encontrado relegada⁹. A tal efecto, se prevé que “la persona contratada contará con una persona tutora designada por el centro o entidad de formación y otra designada por la empresa. Esta última, que deberá contar con la formación o experiencia adecuada para tales tareas, tendrá como función dar seguimiento al plan formativo individual en la empresa, según lo previsto en el acuerdo de cooperación concertado con el centro o entidad formativa. Dicho centro o entidad deberá, a su vez, garantizar la coordinación con la persona tutora de la empresa”.

No cabe duda que uno de los elementos definidores de la formación en alternancia y, por tanto, de la formación dispensada en el marco del contrato de formación en alternancia, consiste en que el proceso de formación debe estar sometido a tutela, de modo que durante todo el proceso formativo debe existir un seguimiento y control del mismo por parte de la persona tutora.

Como no podía ser de otro modo, de conformidad con el binomio actividad formativa-actividad laboral que define a esta modalidad contractual, la norma prevé una tutoría doble, a saber, la persona tutora de la empresa y la persona tutora de la entidad educativa y/o for-

mativa. Nada se dice respecto a la persona tutora designada por la entidad o centro educativo y/o de formación, si bien, cabe suponer que en este caso la misma será designada entre el profesorado y personas formadoras de dichas entidades. Por el contrario, sí se contienen diferentes previsiones dirigidas específicamente a la persona tutora designada por la empresa, tanto por lo que respecta a los requisitos que debe satisfacer, como a las funciones a desarrollar. Por lo que respecta a los requisitos, se prevé que la persona tutora cuente con la formación o experiencia adecuadas para esta tarea. En cuanto a las funciones a desarrollar, se establece que deberá darse seguimiento al plan formativo individual en la empresa, según lo previsto en el acuerdo de cooperación. Finalmente, como garantía del cumplimiento de dichas funciones por parte de la persona tutora de la empresa se prevé que la entidad educativa y/o formativa deberá garantizar la coordinación con la misma. De todas estas previsiones se desprende la inequívoca voluntad de la norma de que la tutorización de la persona trabajadora contratada a través del contrato de formación en alternancia no sea meramente formal, sino que la misma sea real y efectiva, debiendo estar la persona tutora en contacto permanente con la persona trabajadora, supervisándola, adiestrándola, corriéndola, etcétera.

También como garantía adicional, el art. 11.4 i) ET prevé que reglamentariamente se establecerán, previa consulta con las administraciones competentes en la formación objeto de realización mediante contratos formativos, “las personas en formación por tutor o tutora”. Nuevamente debe valorarse positivamente que se establezcan estas limitaciones para asegurar el correcto cumplimiento de las funciones propias del tutor.

La importancia que la nueva normativa confiere a la adecuada tutorización de las personas trabajadoras contratadas a través del contrato de formación en alternancia se constata, además, en el deber de la empresa de poner en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras los requisitos y

⁹ El paso a rango legal de la figura de los/as tutores/as había sido reclamado ya hace tiempo por VILA TIerno, F. “El contrato para la formación”. En MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*. Granada: Comares, 2010, p. 351.

las condiciones en las que deberán desarrollarse las funciones de tutorización.

2.3.2. *La actividad laboral en el contrato de formación en alternancia*

Como ya se ha indicado, la combinación de actividad formativa recibida en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo y la actividad laboral retribuida en la empresa es la que define y caracteriza a la formación en régimen de alternancia. Cabe distinguir, por tanto, este supuesto de aquellos en que también se combina la formación con la práctica en la empresa, pero al margen de una relación laboral, como sucede en los diferentes supuestos de prácticas no laborales en empresas actualmente existentes.

Veamos como se desarrollan estas actividades laborales en el marco del contrato de formación en alternancia.

a) *Relación entre actividad laboral y actividades formativas*

El art. 11.2 c) ET establece que “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 o entidades colaboradoras”.

Con este redactado se solventa una de las principales críticas que había recibido el contrato para la formación y el aprendizaje que se limitaba a prever que la actividad laboral desempeñada por la persona trabajadora en la empresa debía estar relacionada con las actividades formativas. A tal efecto resultaba criticable que la normativa se limitara a prever que la actividad laboral debía estar

“relacionada” con las actividades formativas, no en vano, el significado tan amplio de esa expresión podía prestarse a excesos por parte de las empresas, consintiendo de este modo actividades que no guardaran una estrecha relación o una relación directa con las actividades formativas¹⁰.

Como se acaba de indicar, en el nuevo contrato de formación en alternancia ya no caben estas críticas, por cuanto que ahora sí se establece de forma expresa que la actividad laboral desarrollada por la persona trabajadora deberá estar “directamente relacionada” con las actividades formativas que justifican su contratación. Con ello se asegura la adecuación entre la formación recibida en las entidades educativas y/o formativas y la actividad laboral desarrollada en la empresa.

Por si esta previsión no fuera suficiente, la norma prevé que la actividad laboral desempeñada por la persona trabajadora deberá quedar garantizada mediante su coordinación e integración en un programa de formación común, elaborado en el marco de los acuerdos y convenios de cooperación que se hayan suscritos. Lo cual debe interpretarse en el sentido de que en dicho programa de formación común deben definirse las actividades laborales relacionadas directamente con la formación recibida por la persona trabajadora.

b) *Tiempos de trabajo versus tiempos de formación*

La regulación del nuevo contrato de formación en alternancia rompe con la tradición que configuraba al contrato para la formación y el aprendizaje como un contrato de trabajo a tiempo completo, de modo que no podía formalizarse a tiempo parcial. A este respecto se había considerado que esta previsión estaba “relacionada, sin duda, con la posibilidad real de adquirir en un tiempo razonable y acorde

¹⁰ Vid. DE VICENTE PACHÉS, F. “Los contratos formativos”. En GARCÍA NINET, J.I. (Dir.) *La contratación temporal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 417.

a las normas educativas o de formación para el empleo, una cualificación profesional en los tiempos de duración del contrato dispuestos en el art. 11.2 b) ET¹¹.

El actual redactado del art 12.2 ET introducido por el RD-ley 32/2021, por el contrario, no contempla esta restricción respecto al contrato de formación en alternancia, de modo que el mismo podrá formalizarse tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, en atención a los requerimientos de cada supuesto.

La necesaria alternancia entre actividad laboral retribuida y actividad formativa consustancial al contrato de formación en alternancia comporta la necesidad de fijar unas pautas para la distribución del período de tiempo que se dedica a cada una de estas actividades. A tal efecto, el art. 11.2 i) ET establece que “el tiempo de trabajo efectivo que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas en el centro de formación, no podrá ser superior al 65 por ciento, durante el primer año, o al 85 por ciento durante el segundo, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo de aplicación a la empresa, o, en su defecto, de la jornada máxima legal”.

A partir de esta previsión se observa que son dos los aspectos que ponen de manifiesto la apuesta del contrato de formación en alternancia por la adecuada cualificación profesional de la persona trabajadora. En primer lugar, aunque se trate de una declaración meramente programática, se establece de forma expresa que el tiempo de trabajo efectivo debe ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas, lo cual comporta que los tiempos exigidos para la actividad formativa deben prevalecer y condicionar los tiempos de trabajo efectivo. En consecuencia, el trabajo efectivo de la persona trabajadora no puede ser de una intensidad tal que prevalezca sobre sus actividades formativas, postergándolas a un segundo plano.

En segundo lugar, también supone una apuesta decidida por la mejora de la cualificación profesional de la persona trabajadora la previsión, ahora sí más concreta, que el tiempo de trabajo efectivo no pueda ser superior al 65 por ciento en el primer año, ni al 85 por ciento durante el segundo, de la jornada máxima prevista en convenio colectivo de empresa o, en su defecto, de la jornada máxima legal.

En este punto, la regulación de esta materia en el contrato de formación en alternancia ha supuesto respecto a la regulación precedente del contrato para la formación y el aprendizaje una reducción durante el primer año del tiempo de trabajo efectivo y, por tanto, una ampliación correlativa del período que tradicionalmente se ha reservado como mínimo infranqueable para las actividades formativas de la persona trabajadora, al pasar del 75 por ciento al 65 por ciento.

La previsión de que el tiempo de trabajo efectivo no pueda ser superior al 65 por ciento, durante el primer año, o al 85 por ciento durante el segundo, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal, encuentra su fundamento en la percepción de que mientras que durante el primer año de la cualificación profesional de la persona trabajadora es necesario un mayor protagonismo de las actividades formativas frente al trabajo efectivo, a partir del segundo año ya pueden ganar mayor protagonismo las actividades laborales desarrolladas en la empresa.

La voluntad de evitar que el tiempo dedicado al trabajo efectivo por la persona trabajadora contratada en formación en alternancia pueda eclipsar su formación justifica, asimismo, que se haya incorporado otra limitación al tiempo de trabajo de dichas personas trabajadoras, al establecerse en el art. 11.2. k) ET que las mismas no podrán realizar horas complementarias, ni horas extraordinarias, salvo que se trate de horas extraordinarias por fuerza mayor. También en esta dinámica de garantizar el objetivo de cualificación profesional de las personas trabajadoras contratadas en

¹¹ Vid. APILLUELO MARTÍN, M.: *El contrato para la formación...*, cit. p. 101.

formación en alternancia cabe ubicar la prohibición de que las mismas realicen trabajos nocturnos y trabajo a turnos (art. 11.2.k) ET).

Con estas previsiones se pretende evitar que las personas trabajadoras contratadas a través de esta modalidad contractual realicen horas complementarias, extraordinarias, trabajos nocturnos o trabajo a turno, en la medida en que ello podría perturbar el correcto desarrollo de sus actividades formativas. En este punto, cabe recordar que lo realmente decisivo es establecer una distribución de los tiempos dedicados a la formación y al empleo que garantice no sólo el cumplimiento de los descansos mínimos previstos en la normativa laboral, sino también una distribución que permita la recuperación física y mental de la persona trabajadora tras los períodos dedicados a la formación o al empleo.

Ahora bien, ya en relación a la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje, se había propuesto establecer únicamente la exigencia de que, en caso de realizarse la prestación laboral de estas formas, ello no supusiera un obstáculo para el desarrollo del proceso de cualificación de la persona trabajadora. En esta dirección, el actual art. 11.2 k) ET ha venido a flexibilizar esta previsión al establecer la posibilidad de que excepcionalmente se puedan realizar actividades laborales en dichos períodos cuando las actividades formativas para la adquisición de los aprendizajes previstos en el plan formativo no puedan desarrollarse en otros períodos debido a la propia naturaleza de la actividad.

2.4. Otros aspectos del régimen jurídico del contrato de formación en alternancia

2.4.1. Período de prueba

El art. 11.2 l) ET establece de forma expresa que en el contrato de formación en alternancia no podrá establecerse un período de prueba. Se rompe de esta manera con la tra-

dicción que había acompañado al contrato para la formación y el aprendizaje, que establecía que el período de prueba se regiría por lo dispuesto en el art. 14 ET.

La opción adoptada ahora para el contrato de formación en alternancia parece más coherente con la naturaleza formativa de esta modalidad contractual, no en vano, si una de las finalidades del período de prueba consiste en que la empresa tenga conocimiento de las aptitudes de la persona trabajadora para el desempeño del puesto de trabajo, no parece que ello se justifique cuando nos encontramos ante personas trabajadoras que se encuentran en un proceso de formación en alternancia, en el que precisamente se pretende que adquieran las aptitudes necesarias para desempeñar la actividad para la cual han sido contratadas.

2.4.2. Jornada de trabajo

Como ya se ha indicado anteriormente, el actual redactado del art 12.2 ET, introducido por el RD-ley 32/2021, no contempla ninguna restricción respecto al contrato de formación en alternancia, de modo que el mismo podrá formalizarse tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, en atención a los requerimientos de cada supuesto. Pese a los temores que esta segunda posibilidad puede ocasionar en relación con el cumplimiento de la finalidad formativa de esta modalidad contractual, parece razonable su formalización a tiempo parcial, siempre que la vigencia y la distribución de actividad formativa y trabajo efectivo se acomoden a dicha jornada a tiempo parcial.

2.4.3. Duración del contrato y sus prórrogas

La naturaleza formativa del contrato de formación en alternancia obliga a que el mismo tenga un carácter temporal, no en vano, la cualificación profesional de la persona trabajadora contratada debe alcanzarse en un período de tiempo determinado. Por todo

ello, resulta una nota consustancial a este contrato que se establezca una duración temporal máxima y mínima del mismo. En este sentido, una duración excesivamente dilatada supondría abandonar la finalidad formativa del contrato a favor de otras finalidades distintas, más vinculadas con carácter general a la inserción de la persona trabajadora¹² y, asimismo, una duración demasiado breve del contrato podría dificultar que se satisfaga la finalidad formativa de mismo.

A tal efecto, el art. 11.2.g) ET prevé que “la duración del contrato será la prevista en el correspondiente plan o programa formativo, con un mínimo de tres meses y un máximo de dos años”. A partir de esta previsión, se identifican dos elementos superpuestos a la hora de acotar la duración del contrato. En primer lugar, que la duración se prevea en el plan o programa formativo que justifica la formalización del contrato, ya sea del ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el catálogo de las especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. Y, en segundo lugar, más allá de lo que prevea el plan o el programa formativo, en ningún caso la duración del contrato podrá ser inferior a tres meses, ni superior a dos años.

Se observa que la regulación del contrato de formación en alternancia se aleja en este punto de lo previsto anteriormente para el contrato para la formación y el aprendizaje, respecto al cual se preveía que la duración mínima del contrato fuera de un año y la máxima, de tres. Si bien, mediante convenio colectivo se podían establecer distintas duraciones del contrato, en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas, sin que la duración mínima pudiera ser inferior a seis meses ni la máxima superior a tres años.

¹² Vid. BALLESTER PASTOR, M.A. *El contrato de formación y otras formas de contratación en alternancia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 53, ya indicaba que el establecimiento de plazos máximos constituye un mecanismo para evitar abusos por parte de los empresarios.

Se constata, por tanto, que la regulación del contrato de formación en alternancia reduce significativamente y, con carácter general, tanto la duración mínima que pasa de un año o, excepcionalmente de seis meses, si así lo preveía el convenio colectivo, a los actuales tres meses, como la duración máxima que pasa de los tres a los actuales dos años. Por lo que respecta a la duración mínima, esta reducción podría plantear algunas dudas sobre si una duración tan breve permite dar cumplimiento a la finalidad formativa del contrato, es decir, si la misma permite asegurar la óptima cualificación profesional de la persona trabajadora contratada. Ahora bien, el hecho de que la duración del contrato deba ser, en todo caso, la prevista en el correspondiente plan o programa formativo constituye una garantía del cumplimiento de la finalidad formativa del contrato.

En relación a la duración máxima fijada en dos años, se recupera la duración máxima ordinaria del contrato para la formación y el aprendizaje prevista con anterioridad a la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante, Ley 3/2012). A tal efecto, no parecía que la duración máxima de tres años fijada para esta modalidad contractual por esta norma pudiera apoyarse en la mejora de la cualificación profesional de la persona trabajadora, que hasta ese momento se consideraba suficientemente garantizada con carácter general con una duración máxima del contrato de dos años. Únicamente las necesidades de inserción laboral de las personas jóvenes desempleadas justificaban esta ampliación a tres años de la duración máxima del contrato.

Parece totalmente acertada la fijación de una duración mínima de tres meses y máxima de dos años del contrato de formación en alternancia, que en todo caso debe estar vinculada a lo previsto en el plan o programa formativo correspondiente, puesto que las mismas resultan acordes con las diversas y variadas realidades formativas que amparan esta modalidad contractual –estudios de formación profesional, estudios universitarios y especia-

lidades formativas del Sistema Nacional de Empleo—.

Una vez fijada la duración del contrato de formación en alternancia, el art. 11.2 g) ET prevé que el mismo pueda desarrollarse al amparo de un solo contrato de forma no continuada a lo largo de diversos períodos anuales coincidentes con los estudios, de estar previsto así en el plan o programa formativo. Con la admisión de esta suerte de contrato de formación en alternancia “discontinuo” se consiguen importantes ventajas: por una parte, que la formación de la persona trabajadora en la empresa se pueda planificar a lo largo del tiempo, de acuerdo con el plan o programa formativo, compaginando de la manera más coherente posible la formación más académica de la persona trabajadora con la actividad laboral retribuida en la empresa, consiguiéndose de ese modo una verdadera formación en alternancia y, por otra parte, ello se alcanza sin incrementar las cargas burocráticas de las empresas que se derivaría de la formalización de diferentes contratos en base a la misma formación con la misma persona trabajadora.

Para garantizar el cumplimiento de la duración máxima del contrato de formación en alternancia, el art. 11.7 ET prevé que las empresas puedan solicitar por escrito al Servicio Público de Empleo competente información relativa a si las personas a las que se pretende contratar han estado contratadas bajo dicha modalidad y la duración de estas contrataciones. Para aquellas empresas que soliciten dicha información, la norma prevé que la misma tendrá valor liberatorio a efectos de no exceder la duración máxima del contrato.

Por otro lado, el art. 11.2 h) ET establece que “sólo podrá celebrarse un 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”. Ahora bien, la propia norma prevé la posibilidad de que también puedan formalizarse diferentes 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 que la duración de todos estos contratos no exceda de la duración máxima prevista para el contrato de formación en alternancia.

Nuevamente, esta parece una opción acertada, por cuanto que en numerosas ocasiones alcanzar una cualificación profesional de calidad puede requerir del paso de la persona trabajadora por diferentes empresas para que la misma pueda tener conocimiento de las diferentes actividades y experiencias profesionales que conforman la profesión para la cual se está formando. Ello puede ser especialmente necesario en un entorno empresarial como el nuestro, compuesto por pequeñas y medianas empresas, en las que difícilmente la persona trabajadora puede tener un contacto directo con todas las actividades y experiencias profesionales propias de su formación.

Además, para el supuesto de diversos contratos vinculados a un único ciclo, certificado o itinerario se prevé una garantía adicional consistente en que la empresa deberá trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras toda la información de la que disponga respecto de dichas contrataciones, lo cual debe posibilitar un control.

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, el art. 11.2 g) ET establece la posibilidad de que el contrato sea prorrogado mediante acuerdo entre las partes hasta la obtención de los mismos, siempre que no se supere la duración máxima de dos años prevista. Pese a las dudas interpretativas que puede generar este precepto respecto al número de prórrogas que se puedan formalizar, así como, de la duración mínima de cada una de las mismas, que deberán ser resueltas en su momento por el desarrollo reglamentario de

esta norma, debe valorarse positivamente que las mismas se vinculen a la falta de obtención de las titulaciones, certificados, acreditaciones o diplomas asociados al contrato formativo, no en vano, la finalidad última de esta modalidad contractual debe ser la finalización de los estudios y/o formación de la persona contratada, siempre, claro está, que no supere en ningún caso la duración máxima del contrato de formación en alternancia¹³. A tal efecto, la duración de esta modalidad contractual debe subordinarse en todo caso al concreto proceso formativo que la justifica.

Finalmente, como ya viene siendo habitual en la regulación de esta tipología de contratos, el art. 11.4 b) ET establece una regla específica sobre el cómputo de la duración del contrato de formación en alternancia al establecer que “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 interrumpirán el cómputo de la duración del contrato”. Esta previsión resulta del todo razonable si se tiene en cuenta que estos períodos no únicamente afectan a la actividad laboral que desarrolla la persona trabajadora en la empresa, sino también a las actividades formativas, de modo que de no interrumpirse el cómputo de la duración del contrato en estos supuestos podría cumplirse la duración máxima del contrato sin que se hubiera alcanzado la cualificación profesional requerida y, en consecuencia, se frustraría el objeto básico de esta modalidad contractual.

Para concluir con la duración del contrato de formación en alternancia, cabe recordar que los límites en la duración máxima del contrato no serán de aplicación cuando se concierte con personas con discapacidad o con los colectivos

en situación de exclusión social previstos en el art. 2 de la Ley 44/2007, en los casos en que las personas trabajadoras sean contratadas por parte de empresas de inserción que están cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente. Para estos supuestos se prevé que reglamentariamente deberá fijarse la duración máxima del contrato de formación en alternancia para adecuarla a los estudios, al plan o programa formativo y al grado de discapacidad y características de estas personas.

2.4.4. *La retribución en el contrato de formación en alternancia*

El art. 11.2.m) ET indica que “la retribución será la establecida para estos contratos en el convenio colectivo de aplicación. En defecto de previsión convencional, la retribución no podrá ser inferior al sesenta por ciento el primer año y el setenta y cinco por ciento el segundo, respecto de la fijada en convenio para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, en proporción al tiempo de trabajo efectivo. En ningún caso la retribución podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo”.

Esta previsión supone una clara mejora en relación a la retribución prevista en el anterior contrato para la formación y el aprendizaje que preveía que la misma debía fijarse en proporción al tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo, previéndose que, en ningún caso, la retribución pudiera ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

La actual regulación del contrato de formación en alternancia, a la hora de fijar la retribución de la persona contratada, sigue remitiéndose a lo previsto en el convenio colectivo de aplicación, pero eludiendo cualquier referencia a que la retribución deba fijarse en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Únicamente en defecto de previsión al respecto en el convenio colectivo entra en juego una cláusula de salva-

¹³ APILLUELO MARTÍN, M. *El contrato para la formación...* cit. p. 53, ya mantenía en relación con el anterior contrato para la formación y el aprendizaje como justificación de la prórroga “que la formación objeto de la misma no haya sido finalizada tras la primera contratación por diversas causas como por ejemplo no superación por el trabajador de las correspondientes evaluaciones”.

guarda retributiva en virtud de la cual dicha retribución no podrá ser inferior al sesenta por ciento el primer año, ni al setenta y cinco por ciento el segundo, respecto a la fijada en convenio para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas. En este caso, sí que el cálculo de la retribución de la persona trabajadora deberá efectuarse de conformidad con el tiempo de trabajo efectivo.

Se incorpora así, por vía legal, la previsión que ya contenían diferentes convenios colectivos, que extendían a las personas trabajadoras en formación el salario correspondiente a una persona trabajadora ya formada de su grupo profesional o nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, si bien con algunas modulaciones, que ahora se fijan por ley en el sesenta por ciento durante el primer año y en el setenta y cinco por ciento durante el segundo año, porcentajes que, por lo demás, eran los que se aplicaban al anterior contrato en prácticas. En este punto, cabe poner de manifiesto, además, que la modulación de la retribución es doble, puesto que además de aplicarse estos porcentajes sobre la retribución fijada en convenio para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, deberán efectuarse estos cálculos en todo caso atendiendo al tiempo de trabajo efectivo.

Finalmente, la norma contempla una última garantía retributiva consistente en que en ningún caso la retribución de la persona trabajadora pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo. En otros términos, se establece un mínimo equivalente al salario mínimo interprofesional, pero teniendo en cuenta exclusivamente el tiempo dedicado al trabajo efectivo y no a las actividades formativas.

2.4.5. La cotización en el contrato de formación en alternancia

El apartado nueve del artículo 3 del RD-ley 32/2021 introduce una nueva disposición adicional cuadragésima tercera en el TRLGSS

en la que bajo la rúbrica de “cotización a la Seguridad Social de los contratos formativos en alternancia” se regulan las reglas de cotización de esta modalidad contractual aplicables tanto a los contratos formalizados a tiempo parcial como a tiempo completo.

En primer lugar, en relación a los conceptos por los que existe obligación de cotizar se incluyen las contingencias comunes, que correrán a cargo de empresario y trabajador; las contingencias profesionales, a cargo exclusivo del empresario; las cuotas por FOGASA, que correrán también exclusivamente a cargo del empresario; y, las cuotas por desempleo y formación profesional que deberán ser asumidas tanto por el empresario, como por el trabajador. Como puede observarse, esta previsión se aparta de lo establecido para el contrato para la formación y el aprendizaje respecto al cual, el art. 249 TRLGSS excluía la obligación de cotizar por formación profesional, de conformidad con lo establecido en su momento por el RD-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

En segundo lugar, para el cálculo de la cuantía de las cuotas de cotización se diferencian dos supuestos distintos. Por una parte, cuando la base de cotización mensual por contingencias comunes determinada conforme a las reglas establecidas en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda no supere la base mínima de cotización mensual de dicho Régimen, el empresario ingresará mensualmente las cuotas únicas previstas para cada uno de los conceptos de cotización –contingencias comunes, contingencias profesionales, FOGASA, desempleo y formación profesional– que determine para cada ejercicio la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, debiendo ingresar tanto las cuotas empresariales a su cargo, como las que están a cargo de la persona trabajadora. Por otra parte, cuando la base de cotización mensual por contingencias comunes determinada conforme a las reglas establecidas en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda supere la base mínima mensual de dicho Régimen, la cuota a ingresar estará constituida por el resultado de

sumar las cuotas únicas indicadas en el párrafo anterior y las cuotas resultantes de aplicar los tipos de cotización que correspondan al importe que exceda la base de cotización anteriormente indicada de la base mínima.

En este segundo supuesto se opta, por tanto, por un modelo híbrido entre las cuotas únicas que tradicionalmente han caracterizado la cotización de los contratos en formación y el procedimiento ordinario de cotización de las personas trabajadoras, caracterizado por la aplicación de los tipos de cotización previstos legalmente para cada concepto cotizable sobre las bases de cotización correspondientes. El primer modelo se aplica hasta la cuantía de la base mínima de cotización por contingencias comunes del correspondiente Régimen de Seguridad Social y, el segundo, sobre la cuantía que supere esta base mínima.

Más allá de los cambios introducidos en relación con la cotización, que en aquellos supuestos de retribuciones más elevadas puede suponer un incremento de los costes de cotización, no cabe duda que el régimen de cotización ahora previsto para el contrato de formación en alternancia sigue resultando muy ventajoso desde el punto de vista económico para las empresas, de modo que con el mismo se sigue dotando de un gran atractivo económico a esta modalidad contractual de cara a incrementar su utilización por parte de las empresas.

El RD-ley 32/2021 introduce, sin embargo, diferentes previsiones en relación con el proceso de implementación de este nuevo modelo de cotización del contrato de formación en alternancia¹⁴.

2.4.6. Incentivos a la formalización de contratos de formación en alternancia

Siendo uno de los principales problemas que tradicionalmente han planteado los contratos

en formación el escaso recurso a los mismos por parte de las empresas, no resulta extraño que se hayan mantenido los incentivos a la contratación ya previstos en relación con el contrato para la formación y el aprendizaje. A tal efecto, la disposición adicional cuadragésima tercera del TRLGSS introducida, por el apartado nueve del art. 3 del RD-ley 32/2021, prevé en su apartado cuatro que “a los contratos formativos en alternancia les serán 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”.

A este respecto, cabe recordar que para los supuestos en que se cumplan los requisitos previstos en el art. 3.1 de la Ley 3/2012, las empresas y personas trabajadoras tendrán derecho a las suculentas reducciones previstas en dicho precepto¹⁵.

Además, la Ley 3/2012 no se limitaba a incentivar la contratación de personas trabajadoras mediante la modalidad contractual del contrato para la formación y el aprendizaje, sino que también se marcaba como objetivo fomentar la transformación de estos contratos en indefinidos, mediante la previsión de diferentes incentivos recogidos en el art. 3.2 de dicha norma, previsión que ahora cabe entender extensible al contrato de formación en alternancia.

3. EL CONTRATO PARA LA OBTENCIÓN DE LA PRÁCTICA PROFESIONAL ADECUADA

3.1. Concepto y objeto del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada

La segunda modalidad de contrato formativo prevista en el art. 11.3 ET ha venido a reformular el tradicional contrato en prác-

¹⁴ Vid. apartado 2 e) de la disposición final octava y disposición transitoria segunda del RD-ley 32/2021.

¹⁵ En relación con las personas con discapacidad debe tenerse en cuenta, también, lo previsto en el apartado primero de la disposición adicional vigésima del ET.

ticas de larga tradición en el ordenamiento jurídico-laboral¹⁶. Dicho contrato previsto en el entonces vigente art. 11.1 ET tenía por objeto permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursados. En consecuencia, la finalidad de esta modalidad contractual no era otra que la persona trabajadora pudiera adquirir una experiencia laboral adecuada a su formación.

La centralidad de esta finalidad formativa del contrato en prácticas –permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o formación cursados– ha acabado dando nombre ahora a la propia modalidad contractual. Más allá de la excesiva extensión de esta denominación, no cabe duda que con la misma se refuerza de manera decidida la finalidad formativa de esta modalidad contractual frente a otras finalidades que tradicionalmente la han acompañado, como es el caso de la finalidad de inserción laboral¹⁷ o de servir como instrumento de selección del personal¹⁸.

Como fácilmente puede deducirse, mediante esta modalidad contractual se pretende romper el círculo vicioso existente entre la falta de experiencia laboral y la falta de empleo que tradicionalmente sufren las personas jóvenes o, en todo caso, recién tituladas, que no encuentran trabajo porque no tienen experiencia laboral y no pueden adquirir experiencia laboral porque no acceden a un trabajo.

3.2. Requisitos y limitaciones para la formalización del contrato

3.2.1. Requisitos para la formalización del contrato

Para la formalización de este contrato deben cumplirse diferentes requisitos. En primer lugar, deben satisfacerse determinados requisitos relativos a la persona trabajadora. El primero de ellos hace referencia a la exigencia de que la misma se encuentre en posesión de una determinada titulación, no en vano, el propio objeto del contrato exige que esté en posesión de determinadas titulaciones académicas, profesionales o laborales, que presuman unos conocimientos teóricos y prácticos, que son precisamente los que se aplican y perfeccionan con la prestación de servicios desarrollada a través de esta modalidad contractual¹⁹. A tal efecto, el art. 11.3 ET prevé que el contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada podrá “con quienes estuviesen 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 poseen un título equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral”.

Más allá de la actualización de los estudios que habilitan para la realización de esta modalidad contractual, en relación con los que se contenían en el contrato en prácticas, el elemento fundamental sigue apoyándose en la exigencia de que estos estudios capaciten para el ejercicio de la actividad laboral, quedando, por tanto, al margen aquellos que no cumplan con este requerimiento.

¹⁶ Para un estudio de esta modalidad contractual *vid.*, entre otros, CAMAS RODA, F. “El contrato en prácticas”. En GOERLICH PESET, J.M. (Coord.) *Comentario al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a TOMÁS SALA FRANCO*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, DE NIEVES NIETO, N. “El contrato formativo en prácticas”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. N. 167 (2014) y FERNÁNDEZ DÍAZ, P. *Los contratos de trabajo formativos en prácticas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

¹⁷ Sobre el alcance de esta finalidad del contrato en prácticas *vid.* DE VICENTE PACHÉS, F. “Los contratos...” cit. p. 388-390.

¹⁸ Sobre esta otra finalidad del contrato en prácticas *vid.* PRADOS DE REYES, F. y CABRERA FERNÁNDEZ, J.A. “Contrato de trabajo en prácticas”. En OJEDA AVILÉS, A. (Dir.) *Modalidades del contrato de trabajo*. Madrid: Tecnos, 2003, p. 32.

¹⁹ *Vid.* ALBIOL MONTESINOS, I. *Contratos formativos: prácticas y aprendizaje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 13.

La garantía del cumplimiento de este requisito requiere que la persona trabajadora entregue a la empresa fotocopia compulsada del correspondiente título o certificado o, en su defecto, certificado de terminación de los estudios que dan derecho a la obtención del mismo.

El segundo requisito que debe cumplir la persona trabajadora para formalizar este contrato se refiere a la antigüedad del título habilitante que justifica la formalización del mismo. A tal efecto, el art. 11.3 b) ET prevé que “el contrato de trabajo para la obtención de práctica profesional deberá 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”. Esta previsión supone una reducción del arco temporal establecido para la formalización del anterior contrato en prácticas, al pasar de cinco a tres años, en el supuesto general, y, de siete a cinco años, para el supuesto de la contratación de personas con discapacidad.

Debe valorarse muy positivamente que el actual contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada haya reducido el arco temporal para su celebración, no en vano, si el mismo se formaliza como vía de obtención de una práctica profesional adecuada a unos estudios previos, nos podemos encontrar con que la aplicación práctica no tuviera nada que ver con la formación teórica que la persona trabajadora ha adquirido, si entre aquella y ésta, mediara un espacio considerable de tiempo, dando lugar a que el objetivo formativo quedara muy diluido, con la consiguiente desnaturalización de la causa de esta modalidad contractual²⁰.

Para la formalización del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada no pueden haber transcurrido más de tres años desde la terminación de los corres-

pondientes estudios, salvo que se trate de una persona con discapacidad en cuyo caso podrá formalizarse el contrato siempre que no hayan transcurrido más de cinco años desde la finalización de los mismos. Como fácilmente puede apreciarse, la ampliación de este plazo respecto a las personas trabajadoras con discapacidad constituye una medida de fomento del empleo dirigida a este colectivo.

Téngase en cuenta, además, que el cómputo inicial de los tres o cinco años al que nos acabamos de referir se fija en el momento de la terminación de los estudios y no en la obtención del título correspondiente. Por lo demás, este período de tres o cinco años lo es para la celebración del contrato, no para su ejecución, que, por tanto, puede prolongarse más allá de este término.

Si bien la reducción de los períodos temporales máximos desde la terminación de los estudios hasta la contratación para la obtención de la práctica profesional adecuada responde a la voluntad de preservar la vinculación formativa y de paso evitar la utilización abusiva de esta modalidad contractual, que se produciría de transcurrir largos períodos de tiempo desde la finalización de la formación hasta la celebración del contrato, tal vez sería aconsejable que se tuvieran en cuenta determinadas situaciones personales para interrumpir dicho cómputo, especialmente, cuando las mismas se deben a motivos de conciliación.

En segundo lugar, mucho más flexibles son los requisitos relativos a la empresa para que la misma puedan formalizar un contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada, no en vano, cualquier empresa puede formalizar esta modalidad contractual, incluidas las Empresas de Trabajo Temporal (art. 6 de la Ley 14/1994).

En tercer lugar, la formalización del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada requiere que el puesto de trabajo que vaya a ser ocupado por la persona trabajadora cumpla determinadas condiciones –principio de correspondencia–. En parti-

²⁰ Vid. PRADOS DE REYES, F. y CABRERA FERNÁNDEZ, J.A. “Contrato de trabajo...” cit. p. 36.

cular, el art. 11.3 f) ET establece que “el puesto de trabajo deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación objeto del contrato”, con lo que se pretende ofrecer a la persona trabajadora la posibilidad de completar la formación recibida con la experiencia propia del desempeño de un puesto de trabajo. Para facilitar el cumplimiento de esta exigencia, el art. 11.4 e) ET establece que “mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal, autonómico o, en su defecto en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrán determinar los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio de contrato formativo”.

Finalmente, la formalización del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada requiere del cumplimiento de un requisito formal consistente en que el mismo deberá formalizarse por escrito de conformidad con lo establecido en el art. 8 ET, debiéndose incluir en el contrato determinado contenido vinculado con la finalidad formativa del mismo que se indicará más adelante.

3.2.2. Limitaciones para la formalización del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada

El art. 11.3 b) ET establece una limitación a la formalización del contrato para la obtención de la práctica adecuada, en virtud de la cual, este contrato 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 períodos de formación o prácticas que formen parte del currículo exigido para la obtención de la titulación o certificado que habilita esta contratación.

Quedarán excluidas del recurso a esta modalidad contractual, por tanto, todas aquellas personas trabajadoras en que concurren los siguientes requerimientos: a) Tienen que haber

obtenido experiencia profesional o realizado actividad formativa. En consecuencia, queda comprendida cualquier contratación laboral previa, así como también, cualquier actividad formativa que se articule a través de prácticas no laborales y/o becas, con la única excepción de aquellas prácticas que formen parte del currículo exigido para la obtención de la titulación o certificado que habilita el contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada; b) Esta experiencia profesional o actividad formativa tiene que haberse realizado en la misma actividad respecto a la que ahora se pretende la contratación. Ello significa que no únicamente puede haberse ocupado el mismo puesto de trabajo, sino que puede tratarse de un puesto de trabajo distinto, siempre que se trate de la misma actividad; c) La experiencia profesional o actividad formativa en la misma actividad debe desarrollarse en la misma empresa, de modo que no computarán aquellas experiencias o actividades desarrolladas por la persona trabajadora en otra u otras empresas distintas; y, finalmente, d) La experiencia profesional o actividad formativa debe haberse obtenido o realizado por un tiempo superior a tres meses.

Como puede observarse, se trata de una previsión antiabuso con la que se pretende evitar que se formalice un contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada con aquellas personas que ya han adquirido en la misma empresa la práctica profesional objeto del contrato que ahora se pretende formalizar, no en vano, en estos supuestos el contrato carecería de objeto. Por este motivo, cabría plantearse si esta misma situación no se produce también en aquellos supuestos en que la persona trabajadora ha obtenido experiencia profesional o realizado actividad formativa en la misma actividad por un tiempo superior a tres meses, pero en otra u otras empresas.

Esta limitación a la formalización del contrato para la obtención de la práctica profesional plantea la cuestión de si es posible la formalización de esta modalidad contractual en base a un título o certificado que previamente ha amparado la formalización de un contrato

de formación en alternancia. A tal efecto, cabe recordar que la disposición final segunda de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, procedió a suprimir la previsión contenida hasta el momento en el art. 11.1.c) ET, en relación con el contrato para la formación y el aprendizaje que establecía que “no se podrá concertar un contrato en prácticas en base a un certificado de profesionalidad obtenido como consecuencia de un contrato para la formación celebrado anteriormente con la misma empresa”.

Esta posibilidad resultaría muy llamativa, no en vano, no parece del todo razonable celebrar un contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada para experimentar una formación que ya se ha obtenido previamente con el contrato de formación en alternancia durante un período superior a tres meses. Por el contrario, la admisibilidad de esta posibilidad parecería encontrarse más bien orientada a ampliar la duración de la contratación formativa, para hacerla más atractiva a la empresa.

Otra limitación a la formalización del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada puede venir de la mano de la negociación colectiva, no en vano, como ya se ha indicado en relación con el contrato de formación en alternancia, el art. 11.4 e) ET prevé que “mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal, autonómico o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrán determinar los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio de contrato formativo”. A *sensu contrario*, cabe interpretar que dichos convenios colectivos pueden fijar también los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que no podrán desempeñarse por medio de un contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada.

También la ley se remite al reglamento para establecer, previa consulta con las administraciones competentes en la formación objeto de realización mediante contratos forma-

tivos, los requisitos que deben cumplirse para la celebración del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada, entre los cuales se indican de forma expresa, el número de contratos por tamaño del centro de trabajo, las personas en formación por tutor o tutora, o las exigencias en relación con la estabilidad de la plantilla. No cabe duda que estas previsiones pueden constituir auténticas limitaciones a la celebración de esta modalidad contractual, ya sea por superarse el número máximo de personas contratadas en el centro de trabajo, por superarse el número de personas que pueden asignarse por tutor o tutora, o bien, por incumplirse las exigencias en relación con la estabilidad de la plantilla.

Finalmente, al igual que sucedía con el contrato de formación en alternancia, la norma contiene una última referencia relativa al ámbito subjetivo de esta modalidad contractual dirigida a las empresas que estén aplicando alguna de las medidas de flexibilidad interna reguladas en los artículos 47 y 47 bis ET, previéndose para estos supuestos que podrán concertar un contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada siempre que las personas contratadas no sustituyan funciones o tareas realizadas habitualmente por las personas afectadas por medidas de suspensión o reducción de jornada.

3.3. La formación en el contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada

No cabe duda que la finalidad de potenciar la formación en el contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada es una de las principales novedades que introduce el RD-ley 32/2021 en esta modalidad contractual. A este respecto, cabe recordar que en el anterior contrato en prácticas la finalidad formativa se presumía, pero nada se preveía para garantizar el éxito de la misma²¹. En este

²¹ Muy elocuente al respecto es la STSJ de Andalucía (Granada) de 12 de noviembre de 2020 (núm. Rec. 1012/2020), que

sentido, se acudía al siguiente silogismo: con la mera actividad laboral ya se alcanzará la experiencia profesional adecuada al nivel de estudios cursados, lo cual, no siempre resultaba cierto.

Por el contrario, la actual redacción del art. 11.3 f) ET contempla, en la línea de las que ya se han expuesto en relación al contrato de formación en alternancia, dos medidas dirigidas específicamente a asegurar el cumplimiento de la actividad formativa de esta modalidad contractual: por un lado, la elaboración de un plan formativo individual y, por otro lado, la asignación de un tutor o una tutora.

Los planes formativos individuales deberán constituir el instrumento básico para garantizar que esta modalidad contractual contribuya realmente a la formación de las personas trabajadoras que sean contratadas²². A diferencia del contrato de formación en alternancia que establecía que los planes formativos individuales debían ser elaborados por los centros educativos o formativos, en el contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada, la elaboración de los mismos corresponde exclusivamente a la empresa. Este plan formativo individual deberá especificar el contenido de la práctica profesional, es decir, el conjunto de actividades laborales a desarrollar por la persona trabajadora propias de la titulación o certificación que justifican la formalización del contrato.

pone de manifiesto como a diferencia de lo que sucede con el contrato para la formación, el de prácticas "no impone a cargo de la empresa ningún tipo de obligación formativa específica del trabajador ni supervisora de la actuación de éste que difiera de la que correspondería a un contrato de trabajo común".

²² Con estos planes formativos se podrá dar cumplimiento de manera más eficaz a la finalidad formativa de este contrato que, como ya indicara hace años el Tribunal Supremo, no es otra que la de "facilitar el ejercicio profesional, para que los conocimientos adquiridos por el trabajador en la obtención del título adquieran una perfección propia con tal ejercicio, pues no se trata únicamente de adquirir experiencia en un trabajo determinado, sino también de que esta experiencia actúe sobre los estudios cursados" (STS de 29 de diciembre de 2000 (núm. Rec. 4464/1999).

En relación a la figura del tutor o de la tutora, se prevé de forma expresa que la misma deberá contar con la formación o experiencia adecuadas para poder llevar a cabo el seguimiento del plan y el correcto cumplimiento del objeto del contrato. A diferencia de lo que sucedía en el contrato de formación en alternancia en que únicamente se elevaba a rango legal lo que ya estaba previsto en su momento en relación con el contrato para la formación y el aprendizaje, la previsión de la figura del tutor o de la tutora constituye una novedad del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada no prevista anteriormente para el contrato en prácticas. No cabe duda que ello constituye una garantía del cumplimiento de la finalidad formativa de esta modalidad contractual, no en vano, con la misma se consigue que la actividad laboral de la persona trabajadora quede sujeta a un seguimiento y control por parte de la persona tutora, lo que garantiza que la práctica profesional adquirida a través del trabajo sea realmente la adecuada al nivel de estudios realizados.

Obviamente, la diferente configuración del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada respecto del contrato de formación en alternancia comporta que ahora únicamente se prevea la figura de un tutor o una tutora cuya designación será realizada por la empresa, sin la presencia de ningún tutor/a del centro de educación y/o formación, puesto que la persona trabajadora ya ha finalizado sus estudios o formación.

La importancia que la nueva normativa confiere a la función formativa del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada se manifiesta en que en el contrato que se formalice por escrito deberá especificarse el contenido de las prácticas y las actividades de tutoría para el cumplimiento de sus objetivos (art. 11.4 c) ET).

Más allá de todas estas previsiones –plan formativo y tutoría–, el cumplimiento de la finalidad formativa del contrato únicamente es posible si se cumple con el requisito ya expuesto anteriormente de que el puesto de

trabajo deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación objeto del contrato. A tal efecto, dicha exigencia, aunque por sí misma no garantiza el cumplimiento de la finalidad formativa del contrato, puesto que requerirá, además, de un adecuado plan formativo y tutorización de la persona trabajadora, sí que constituye una condición *sine qua non* para el mismo, puesto que no se puede obtener una práctica profesional adecuada al nivel de estudios o formación en un puesto de trabajo que no sea el adecuado²³.

Con la voluntad de garantizar la adecuación del puesto de trabajo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación, el art. 11.4 e) ET prevé que, mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal, autonómico o, en su defecto en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior se puedan determinar los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio de esta modalidad contractual.

El gran interés que la regulación del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada presta a la adecuada cualificación profesional de la persona contratada se debe a que la misma debe garantizar su futura inserción laboral. A tal efecto, para que pueda acreditarse la adquisición de esta experiencia profesional, el art. 11.3 g) ET prevé que “a la finalización del contrato la persona trabajadora tendrá derecho a la certificación del contenido de la práctica realizada”.

Junto a estas previsiones recogidas de forma expresa en la norma legal, debe tenerse en cuenta la contenida en el art. 11.3 j) ET, que remite al futuro desarrollo reglamentario de dicha norma “el alcance de la formación correspondiente al contrato de formación para la obtención de prácticas profesionales, parti-

cularmente, en el caso de acciones formativas específicas dirigidas a la digitalización, la innovación o la sostenibilidad, incluyendo la posibilidad de microacreditaciones de los sistema de formación profesional o universitaria”.

3.4. Otros aspectos del régimen jurídico del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada

3.4.1. Período de prueba

El contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada ha venido a simplificar notablemente las normas relativas al período de prueba previstas anteriormente para el contrato en prácticas, puesto que ahora se limita a prever que “se podrá establecer un período de prueba que en ningún caso podrá exceder de un mes, salvo lo dispuesto en el convenio colectivo”.

Como puede observarse, la duración del período de prueba se sigue haciendo depender de lo previsto en el convenio colectivo, pero en su defecto, se prevé un plazo común de un mes con independencia del título o certificado habilitante de esta modalidad contractual. Nos encontramos, por tanto, ante una reducción sustancial de los plazos señalados en el art. 14 ET, que asimilan al contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada a los contratos de duración determinada del art. 15 ET concertados por tiempo inferior a seis meses.

3.4.2. Jornada de trabajo

El contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada se podrá formalizar tanto a tiempo completo como a tiempo parcial.

Por lo demás, en relación a esta modalidad contractual, únicamente se prevé la imposibilidad de que se puedan realizar horas extraordinarias, salvo que se trate de horas trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

²³ Un análisis de las diferentes cuestiones conflictivas que suscita esta previsión en SALAS PORRAS, M. “Contratos formativos...” cit. p. 24 y ss.

El hecho de que la persona contratada para esta modalidad contractual ya haya finalizado su proceso formativo justifica que, a diferencia de lo que sucedía en el contrato de formación en alternancia, no se contemple ninguna restricción en materia de horas complementarias, trabajos nocturnos, ni trabajo a turnos.

3.4.3. Duración del contrato y sus prórrogas

En tanto que el contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada pretende facilitar el ejercicio de la práctica profesional correspondiente a una determinada titulación debe tener un inevitable carácter temporal. A tal efecto, el art. 11.3 c) ET prevé que “la duración de este contrato no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de un año. Dentro de estos límites los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o autonómico, o en su defecto los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior podrán determinar su duración, atendiendo a las características del sector o de las prácticas profesionales a realizar”.

El actual contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada, al tiempo que mantiene la duración mínima prevista en su momento para el contrato en prácticas, reduce de forma muy significativa la duración máxima del mismo, pasando de dos años a uno. A tal efecto, un año de duración parece un tiempo razonable para adquirir la práctica profesional adecuada a cualquier nivel de estudios o formación, incluso los de mayor nivel. Una mayor extensión de la duración del contrato, por el contrario, únicamente se justificaría por razones de inserción laboral, por cuanto la mayor temporalidad del contrato lo haría más atractivo para las empresas²⁴. También los seis meses de duración mínima común al

contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada y al contrato en prácticas, parecen el tiempo mínimo necesario que debe permitir alcanzar a la persona trabajadora una experiencia profesional suficiente.

Dentro de los límites mínimo –6 meses– y máximo –1 año– de duración del contrato que se prevén legalmente, se admite que por vía de la negociación colectiva sectorial sea estatal, autonómica o de ámbito inferior, se pueda modular la duración del mismo para adaptarla al concreto sector de que se trate y de las prácticas profesionales que en cada caso se vayan a desarrollar. La remisión a la negociación colectiva puede ser útil para ajustar la duración máxima del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada, evitando el establecimiento de duraciones abusivas.

Por otra parte, el límite de la duración máxima del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada no será de aplicación a las personas con discapacidad ni a las personas en situación de exclusión social previstas en el art. 2 de la Ley 44/2007, en los casos en que sean contratadas por parte de empresas de inserción que estén cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente. Para este supuesto corresponderá al desarrollo reglamentario de esta modalidad contractual fijar dichos límites para adecuarlos a los estudios, al plan o programa formativo y al grado de discapacidad y características de estas personas.

Para garantizar el cumplimiento de la duración máxima del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada, el art. 11.7 ET prevé que las empresas que vayan a suscribir este contrato 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. Asimismo, esta información deberá ser trasladada a la representación legal de las personas trabajadoras y tendrá valor liberatorio a efectos de no exceder la duración de este contrato.

²⁴ SALAS PORRAS, M. “Contratos formativos...” cit. p. 34, abogaba por esta reducción de la temporalidad de los contratos formativos para que “quede garantizado el equilibrio entre las dos finalidades que en ellos comulgan –la integradora y la formativa–”.

En la misma línea que ya se preveía respecto al anterior contrato en prácticas, el art. 11.3 d) ET establece que ninguna persona podrá ser contratada en la misma o distinta empresa por tiempo superior a los máximos previstos –1 año– en virtud de la misma titulación o certificado profesional. Tampoco se podrá estar contratado a través de esta modalidad contractual en la misma empresa, para el mismo puesto de trabajo, por tiempo superior a los máximos previstos, aunque se trate de distinta titulación o distinto certificado. A tal efecto, se establece que los títulos de grado, máster y doctorado correspondientes a los estudios universitarios no se considerarán la misma titulación salvo que al ser contratada por primera vez mediante un contrato para la obtención de práctica profesional adecuada la persona trabajadora estuviera ya en posesión del título superior del que se trate.

Un aspecto que queda pendiente de concretar en relación a la duración de esta modalidad contractual es el de su prórroga para el caso en que se haya formalizado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, una vez más, corresponderá al desarrollo reglamentario fijar la posibilidad de dichas prórrogas, su número y duración mínima de las mismas.

Finalmente, como ya viene siendo habitual en la regulación de esta tipología de contratos, el art. 11.4 b) ET establece una regla específica sobre el cómputo de la duración de los mismos al establecer que “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 interrumpirán el cómputo de la duración del contrato”. Esta previsión resulta del todo razonable si se tiene en cuenta que estos períodos no únicamente afectan a la actividad laboral que desarrolla la persona trabajadora en la empresa, sino también a la práctica profesional que se adquiere con el desarrollo de la misma, de modo que de no interrumpirse el cómputo de la duración del contrato en estos supuestos podría cumplirse la duración máxima del contrato sin

que se hubiera alcanzado la práctica profesional adecuada y, en consecuencia, se frustraría de este modo el objeto básico de esta modalidad contractual²⁵.

3.4.4. Retribución

La fijación para las personas trabajadoras contratadas en prácticas de un salario inferior al del resto de las personas trabajadoras ordinarias se ha perfilado tradicionalmente como una nota común a estos contratos, en tanto que se ha entendido que las personas contratadas a través de los mismos se encuentran en un período laboral en el que contrastan la teoría con la práctica profesional, por lo que su productividad no es la misma, de modo que los beneficios que recibe la persona trabajadora –obtener una práctica profesional adecuada– son compensados por el menor nivel de salario²⁶. Esta finalidad justificaba, asimismo, que el salario previsto para el segundo año de vigencia del contrato fuera superior, puesto que la persona trabajadora ya acumulaba una mayor práctica profesional que le hacía más asimilable a una persona trabajadora ordinaria.

En este contexto, la regulación del actual contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada altera esta tradición al establecer que “la retribución por el tiempo de trabajo efectivo será la fijada en el convenio colectivo aplicable 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

²⁵ CABEZA PEREIRO, J. “Sobre los contratos formativos a la vista de la reforma de 2010”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N. 24 (2011), p. 5, indicaba en relación con el anterior contrato en prácticas que se trata de una regla razonable, si se tiene en cuenta que la temporalidad del contrato obedece a una causa centrada en la persona del trabajador y no en necesidades de la empresa.

²⁶ Vid. SALA FRANCO, T. “Los contratos formativos. (En torno al artículo 11)”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N. 100-1 (2000), p. 413 y DE VICENTE PACHÉS, F.: “Los contratos...” cit. p. 403.

ser inferior a la retribución mínima establecida para el contrato para la formación en alternancia ni al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo”.

Son varias las divergencias que presenta esta previsión en relación con el anterior contrato en prácticas.

En primer lugar, si bien es cierto que en ambos supuestos la fijación de la retribución de la persona trabajadora se remite a la fijada en el convenio colectivo, ahora se añade la previsión de que dicha retribución será la que corresponde por el tiempo de trabajo efectivo.

En segundo lugar, en defecto de convenio colectivo, ahora se prevé que la retribución correspondiente también por el tiempo de trabajo efectivo sea la prevista para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, lo cual no se preveía en el anterior contrato en prácticas, que en este supuesto establecía que la retribución no podría ser inferior al 60 o al 75 por ciento, durante el primer año o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para una persona trabajadora que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo. Cabe destacar, por tanto, que en defecto de convenio colectivo que fije la retribución de estas personas trabajadoras, la misma deberá ser igual que la prevista para una persona trabajadora que ocupe el mismo grupo profesional y nivel retributivo y que no se encuentre adquiriendo experiencia profesional, sino que ya disponga de ella –equivalencia retributiva–²⁷.

Finalmente, en relación con la retribución mínima a percibir, ahora se establece una doble garantía. La primera de ellas consiste en que dicha cuantía no podrá ser, en ningún

caso, inferior a la retribución mínima establecida para el contrato de formación en alternancia y, la segunda, en que la retribución correspondiente al contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada no podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

4. ALGUNAS NORMAS COMUNES Y OTRAS PREVISIONES RELATIVAS A LAS DIFERENTES MODALIDADES DE CONTRATO FORMATIVO

Una vez expuesto el régimen jurídico del contrato de formación en alternancia y del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada, aprovechando el nuevo diseño del contrato formativo que introduce la reforma, como un único contrato, que ampara dos modalidades distintas, el art. 11.4 ET contempla diferentes normas comunes de aplicación a ambas modalidades contractuales.

No obstante, no todas estas normas comunes serán objeto de análisis en este apartado, ya que algunas de ellas ya se han abordado al analizar cada una de las modalidades de contrato formativo a efectos de ofrecer una visión integral de la materia. Asimismo, en este apartado se abordará la extinción del contrato formativo, que no se regula en el art. 11 ET, sino en el art. 49.1 c) de la misma norma.

4.1. Forma del contrato formativo

Siguiendo la tradición de los contratos formativos, el art. 11.4 c) ET establece que el contrato formativo deberá formalizarse por escrito de conformidad con lo establecido en el art. 8 ET, debiendo incluir obligatoriamente el texto del plan formativo individual al que se refieren diferentes apartados de dicho precepto, que ya han sido abordados a lo largo de este trabajo, y en el que se especifica el contenido de las prácticas o la formación y las actividades de tutoría para el cumplimiento de sus objetivos. Por lo demás, también se prevé que

²⁷ En esta dirección, SALAS PORRAS, M., “Contratos formativos...” cit. p. 35, proponía un incremento de la retribución de los trabajadores contratados en prácticas, “de modo que se evitase así el abuso y uso fraudulento de esta tipología contractual más cercana al vínculo laboral ordinario por la formación teórica que ya posee el trabajador”.

se incorpore a dicho contrato el texto de los acuerdos y convenios previstos para el contrato de formación en alternancia.

No cabe duda que la exigencia de forma escrita que, además, con toda seguridad, deberá formalizarse en un modelo oficial de contrato formativo, constituye una garantía fundamental de que el contrato que se formalice se ajusta al objeto de dicho contrato y, muy especialmente, a la finalidad formativa del mismo. Por ello, de acuerdo con lo previsto en el art. 8.2 ET, de no observarse en estos supuestos la exigencia de la forma escrita, el contrato deberá presumirse celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios.

4.2. Fraude de ley e incumplimiento de las obligaciones formativas

Entre las normas comunes aplicables a las dos modalidades previstas de contrato formativo, el art. 11.4 h) ET incorpora la siguiente previsión: “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”. Nos encontramos, por tanto, ante una presunción *iuris et de iure* del carácter indefinido del contrato formativo que se ha formalizado, cuando se constate que se ha celebrado en fraude de ley o incumpliendo sus obligaciones formativas.

Se trata de una previsión habitual en los contratos formativos presumirlos celebrados por tiempo indefinido cuando los mismos se hayan celebrado en fraude de ley, por haberse incumplido las obligaciones formativas intrínsecas a los mismos²⁸. No cabe duda que la pre-

visión incorporada ahora de forma expresa en el art. 11.4 h) ET va dirigida a reforzar la obligación de que los contratos que se formalicen cumplan con su finalidad formativa, evitándose que se acuda a los mismos únicamente para obtener las ventajas de diversa índole que comportan –económicas y de temporalidad–, pero sin cumplir con las obligaciones formativas que como contrapartida estos contratos exigen.

El fraude de ley comporta, básicamente, la formalización de los contratos formativos sin cumplir con las obligaciones formativas inherentes a los mismos, por este motivo, llama la atención que el actual art. 11.4 h) ET distinga entre el supuesto de fraude de ley y el supuesto de incumplimiento de las obligaciones formativas. Tal vez, con esta distinción se pretenda extender el efecto de la conversión del contrato formativo en indefinido, tanto a los supuestos más burdos de incumplimiento de las obligaciones formativas, que comprenderían desde la falta absoluta de formación a los supuestos en que dicho deber formativo se cumple de modo muy deficiente –incumplimientos totales o sustanciales–, como a los supuestos menores de incumplimiento de las obligaciones formativas –incumplimientos parciales–²⁹. Con la actual redacción del art. 11.4 h) ET, cualquier incumplimiento de las obligaciones formativas deberá desencadenar el efecto de la conversión del contrato en indefinido de carácter ordinario. Por lo demás, esta opción es coherente con el reforzamiento de la finalidad y el objetivo formativo de las

“la cobertura formal prevista en el art. 11.2 ET con el ilícito objeto de obtener a menor coste y con limitación temporal una prestación de trabajo ordinaria”. En consecuencia, según el Alto Tribunal, siendo la formación teórica o práctica consustancial a estos contratos y la que justifica su peculiar régimen jurídico, su ausencia es considerada como un fraude en la contratación y, por tanto, debe desencadenar “las consecuencias que se contemplan en los arts. 6.4 Cc y 15.3 ET”.

²⁹ Con cita de la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de noviembre de 2019 (núm. Rec. 2531/2018), SALAS PORRAS, M. “Contratos formativos...” cit. p. 27, concreta los criterios que tienen que utilizarse para determinar si estamos ante un incumplimiento total o parcial del deber de formación.

²⁸ En este punto, resulta especialmente clarificadora la STS de 31 de mayo de 2007 (núm. Rec. 401/2006), que, en relación con anteriores contratos formativos, indicaba que se produce dicho fraude de ley cuando se utiliza intencionadamente

dos modalidades del contrato formativo que se ha llevado a cabo con el RD-ley 32/2021.

4.3. Extinción del contrato formativo

El contrato formativo se extinguirá por cualquiera de las causas recogidas en el art. 49 ET. Entre las causas previstas por dicho precepto se incluye la extinción del contrato por su cumplimiento, en particular, por la expiración del tiempo convenido. En este punto, si el contrato formativo tiene una duración superior a un año, la extinción del mismo requiere denuncia previa de alguna de las partes, la cual deberá ser notificada a la otra parte con una antelación mínima de quince días a su terminación. En el caso que la empresa incumpla el plazo señalado de preaviso deberá indemnizar a la persona trabajadora con una indemnización equivalente al salario correspondiente a los días en que dicho plazo se haya incumplido. Por lo demás, cabe recordar que, de conformidad con el art. 49.1.c) ET, la extinción del contrato formativo no comporta derecho a recibir indemnización alguna.

Puede ocurrir, sin embargo, que una vez cumplido el tiempo convenido la persona contratada mediante un contrato formativo continúe prestando sus servicios en la empresa. En este punto, debe acudir al art. 49.1.c) ET que prevé que “los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los contratos formativos, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios”. Es decir, en estos supuestos y al margen de la voluntad de las partes, tiene lugar una prórroga automática del contrato hasta el plazo máximo legal o convencionalmente previsto.

Aún puede ocurrir que, cumplido el plazo máximo legal o convencionalmente previsto para el contrato formativo, la persona trabajadora continúe prestando sus servicios. Nue-

vamente debe acudir al art. 49.1.c) ET para resolver estos supuestos, que, a tal efecto, prevé que “expirada dicha duración máxima, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación”.

Finalmente, cabe recordar la previsión contenida en el art. 11.4 b) ET según la cual, “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 la antigüedad en la empresa”.

4.4. Protección social del contrato formativo

El art. 11.4 a) ET prevé de forma expresa que “la acción protectora de la Seguridad Social 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”. Con esta previsión se consolida la equiparación de la protección social de las personas trabajadoras contratadas a través de cualquiera de las modalidades de contrato formativo, que ya ocurría con el anterior contrato para la formación y el aprendizaje que, rompiendo con la tradición anterior, equiparaba la protección social de las personas trabajadoras en formación a la dispensada a otros colectivos de personas trabajadoras, contribuyendo a la dignificación de esta modalidad contractual y haciéndola más atractiva para las personas trabajadoras³⁰.

Como puede observarse, la acción protectora de la Seguridad Social prevista para el

³⁰ Vid. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ O.L. y MARTÍNEZ MORENO, C. “Medidas para fortalecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas”. En MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Dir. y Coords.) *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*. Granada: Comares, 2011, p. 351.

contrato formativo comprende también la protección por desempleo, lo que viene a equiparar a este colectivo con el resto de personas trabajadoras en materia de acción protectora de la Seguridad Social. Pese a ello, aún no puede afirmarse con rotundidad que el tratamiento dispensado en materia de protección social a las personas trabajadoras contratadas mediante el contrato de formación en alternancia se haya equiparado plenamente al del resto de personas trabajadoras, puesto que aún existen importantes especialidades en materia retributiva y de cotización que inevitablemente repercuten en la cuantía de las prestaciones a las que las mismas tienen derecho, si bien, cabe valorar positivamente que se haya establecido que la base de cotización a efectos de prestaciones de este colectivo será la base mínima de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, salvo que el importe de su base de cotización sea superior, en cuyo caso se aplicará esta (apartado segundo de la disposición adicional cuadragésima tercera TRLGSS), lo cual redundará en una mejora de las prestaciones.

4.5. Derechos de información de la representación legal de las personas trabajadoras

Más allá de los deberes informativos generales de las empresas en relación con la representación legal de las personas trabajadoras, el art. 11.5 ET establece dos deberes informativos dirigidos específicamente a aquellas empresas que han formalizado un contrato formativo y, específicamente, la modalidad de formación en alternancia. En primer lugar, se prevé que la empresa ponga 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. En segundo lugar, en el supuesto de diversos contratos vinculados a un único ciclo, certificado o itinerario, la em-

presa deberá trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras toda la información de la que disponga al respecto de dichas contrataciones.

Como ya se ha indicado al analizar el contrato de formación en alternancia, no cabe duda que dichos deberes informativos han de contribuir decididamente al cumplimiento de la finalidad formativa de esta modalidad contractual, por cuanto deberán permitir un control por parte de la representación legal de las personas trabajadoras de la adecuación de los contratos formalizados a las exigencias legales en materia de formación, especialmente, por lo que respecta a los acuerdos de cooperación educativa o formativa, a los planes o programas formativos individuales y a la actividad de tutorización. Igualmente, permitirá a la representación legal de las personas trabajadoras controlar que cuando se formalicen contratos de formación en alternancia con varias empresas en base a un mismo ciclo, certificado de profesionalidad o itinerario de especialidades, dichos contratos respondan realmente a distintas actividades vinculadas al citado ciclo, certificado o itinerario y que, en ningún caso, la duración máxima de todos los contratos exceda de la duración máxima del contrato.

4.6. Negociación colectiva y contrato formativo

La regulación legal del contrato formativo asigna un papel limitado a la negociación colectiva en relación a la fijación del régimen jurídico de este contrato. Por lo que respecta al contrato de formación en alternancia, la norma remite al convenio colectivo en general la retribución (art. 11.2 m) ET) y en relación con el contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada, se remite al convenio colectivo de ámbito sectorial estatal, autonómico o, en su defecto, a los convenios colectivos de ámbito inferior, la duración del contrato (art. 11.3 c) ET) y al convenio colectivo en general, el período de prueba (art. 11.3 e) ET)

y la retribución (art. 11.3 i) ET). Asimismo, en relación ahora con las dos modalidades de contrato formativo, el art. 11.4 ET remite al convenio colectivo de ámbito sectorial estatal, autonómico o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, la determinación de los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio de contrato formativo.

Igualmente, el art. 11.6 ET mantiene literalmente la previsión ya contenida en el anterior art. 11.4 ET en relación con los anteriores contratos formativos, estableciéndose al respecto que “en la negociación colectiva se fijarán criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos. Asimismo, podrán establecerse compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido”.

5. REFLEXIONES FINALES

En la introducción de este trabajo planteábamos diferentes incógnitas sobre cuál podía ser el alcance de esta reforma en materia de contratación formativa, que ahora ya estamos en disposición de intentar resolver.

En primer lugar, nos cuestionábamos si la reforma operada del contrato formativo constituye realmente un cambio de modelo de la contratación formativa como se indica en la Exposición de Motivos del RD-ley 32/2021 o si, por el contrario, se trata de una actualización más de las que periódicamente son objeto las modalidades contractuales formativas. A este respecto, más allá del cambio en las denominaciones de las modalidades contractuales que se engloban en el contrato formativo, podemos concluir que se ha llevado a cabo una modificación sustancial en esta materia que afecta desde el propio objeto hasta los aspectos más básicos del régimen jurídico de las diferentes modalidades contractuales formativas, como son, entre otros, los propios sujetos,

el contenido formativo, los tiempos de trabajo, la temporalidad o la retribución.

En segundo lugar, nos preguntábamos si en la modificación de esta modalidad contractual había primado la función formativa o la función de inserción laboral del contrato. A pesar de que esta reforma se lleva a cabo en un contexto de crisis económica y altas tasas de desempleo juvenil, lo cual *a priori* podía haber supuesto un hándicap a la hora de potenciar el cumplimiento del objetivo último de esta modalidad contractual, es decir, la cualificación profesional de calidad de las personas trabajadoras, se puede concluir que la misma, tal vez por ser fruto de un acuerdo con los interlocutores sociales, consigue un buen equilibrio entre las dos funciones, formativa y de inserción laboral, de estos contratos. A tal efecto, la norma consigue un más que aceptable equilibrio entre la introducción de elementos que dotan de mayor flexibilidad y seguridad jurídica a las diferentes modalidades de contrato formativo –eliminación con carácter general del requisito de edad en el contrato de formación en alternancia, posibilidad de formalización del contrato de formación en alternancia a tiempo parcial, clarificación de las reglas antiabuso, participación de las empresas en la elaboración del plan formativo individual, etcétera–, lo que, deberá fomentar el recurso a las mismas por parte de las empresas y la mejora de la formación y de las condiciones laborales de las persona trabajadoras contratadas –se elevan a rango legal determinadas obligaciones formativas, se potencia la figura del tutor/de la tutora, se reduce la duración máxima del contrato, se mejoran las condiciones salariales, se reduce el lapso temporal desde la finalización de los estudios en el que puede formalizarse el contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada, etcétera–.

Finalmente, nos planteábamos si esta reforma conseguiría, de una vez por todas, incrementar el recurso a la contratación formativa como vía de inserción laboral, en especial, de las personas jóvenes. No cabe duda que esta cuestión se encuentra íntimamente ligada a la anterior, puesto que los elementos de mayor

flexibilidad del contrato formativo introducidos por la reforma laboral deben contribuir a que las empresas tengan más interés en acudir a este contrato y, al mismo tiempo, la mejora de las condiciones laborales debe hacer más atractiva esta opción para los trabajadores.

Ahora bien, el incremento del recurso al contrato formativo por parte de las empresas no se va a lograr actuando exclusivamente sobre los contornos de esta modalidad contractual, sino que requiere una actuación paralela sobre aquellas otras vías de inserción laboral que entran en competencia directa y, en ocasiones, de forma desleal, con esta modalidad contractual, no referimos, a los contratos de duración determinada y, muy especialmente, a las prácticas no laborales y becas dirigidas tanto a personas en formación como a tituladas recientes, que tanto han proliferado en estos últimos años. En este punto, cabe indicar que la reforma de la contratación de duración determinada también se ha llevado a cabo en el mismo RD-ley 32/2021, con una clara vocación de reducir de un modo significativo el recurso a la misma por parte de las empresas. Por el contrario, la disposición adicional segunda de dicha norma deja para más adelante, si bien, fijando un plazo de seis meses para iniciar el diálogo social, la aprobación de un Estatuto del Becario, en el que deberá abordarse el tema de las prácticas no laborales y becas. No cabe duda que del éxito de ambas actuaciones también dependerá el futuro de la contratación formativa.

BIBLIOGRAFIA

ALBIOL MONTESINOS, I. *Contratos formativos: prácticas y aprendizaje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

APILLUELO MARTÍN, M. *El contrato para la formación y el aprendizaje. La cualificación profesional como factor clave*. Albacete: Bomarzo, 2014.

BALLESTER PASTOR, M.A. *El contrato de formación y otras formas de contratación en alternancia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ASQUERINO LAMPARERO, M.J. “La formación dual universitaria: impresiones iniciales”. *Temas Laborales*. N. 156 (2021).

CABEZA PEREIRO, J. “Sobre los contratos formativos a la vista de la reforma de 2010”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. CEF. N. 24 (2011).

CAMAS RODA, F. “El contrato en prácticas”. En GOERLICH PESET, J.M. (Coord.) *Comentario al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a TOMÁS SALA FRANCO*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

DE VICENTE PACHÉS, F. “Los contratos formativos”. En GARCÍA NINET, J.I. (Dir.) *La contratación temporal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

DE NIEVES NIETO, N. “El contrato formativo en prácticas”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. N. 167 (2014).

FERNÁNDEZ DÍAZ, P. *Los contratos de trabajo formativos en prácticas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.L. y MARTÍNEZ MORENO, C. “Medidas para fortalecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas”. En MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Dir. y Coords.) *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*. Granada: Comares, 2011.

GÁRATE CASTRO, J. “El nuevo régimen jurídico del contrato para la formación y el aprendizaje”. *Actualidad Laboral*. N. 8 (2012).

MORENO GENÉ, J. *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*. Barcelona: Atelier, 2015.

MORENO GENÉ, J. “La nulidad de las cláusulas convencionales limitativas del número de contratos para la formación y el aprendizaje. A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2018”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N. 52 (2019).

MORENO GENÉ, J. “El contrato para la formación dual universitaria: una primera aproximación a la espera de su imprescindible desarrollo reglamentario”. *e-Revista Internacional de la Protección Social*. N. 1 (2021).

POQUET CATALÁ, R. “La actividad formativa en el contrato para la formación y el aprendizaje tras las últimas reformas”. *Relaciones Laborales*. N. 6 (2013).

PRADOS DE REYES, F. y CABRERA FERNÁNDEZ, J.A. “Contrato de trabajo en prácticas”. En OJEDA AVILÉS, A. (Dir.) *Modalidades del contrato de trabajo*. Madrid: Tecnos, 2003.

ROMERO BURILLO, A.M. “La actividad formativa en el contrato para la formación y el aprendizaje: nuevas cuestiones”. *Revista Doctrinal Aranzadi*. N. 9 (2014).

- ROMERO BURILLO, A.M. “El contrato para la formación y el aprendizaje como mecanismo de fomento de la inserción laboral de los jóvenes”. En MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M. (Coords.) *Empleo juvenil. Entre el desempleo y la precariedad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- SALA FRANCO, T. “Los contratos formativos. (En torno al artículo 11)”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N. 100-1 (2000).
- SALAS PORRAS, M. “Contratos formativos. Propuestas para construir el futuro a partir de los problemas del presente”. Ponencia presentada a las XXXIX *Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, “Análisis Actual de la contratación laboral”*, celebradas en Cádiz los días 25 y 26 de noviembre de 2021.
- SELMA PENALVA, A. “¿Cómo ha quedado el contrato para la formación tras las últimas reformas?”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*. N. 365-366 (2015).
- VILA TIERNO, F. “El contrato para la formación”. En MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.) *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*. Granada: Comares, 2010.

El refuerzo de los expedientes de regulación temporal de empleo en la reforma laboral de 2021

The reinforcement of short-time work schemes in the 2021 labour reform

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ*

<https://doi.org/10.55617/revmitos.04>

Resumen:

Sobre la base de la exitosa experiencia de los últimos dos años con la gestión de los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTEs), a raíz de la crisis sanitaria y económica derivada del COVID-19, la reforma laboral de 2021 ha optado por reforzar este instrumento, hasta ahora poco utilizado en España, como mecanismo de flexibilidad interna que permita a las empresas el ajuste temporal de las plantillas a las fluctuaciones de la demanda, como alternativa a la destrucción de empleo y la alta temporalidad, convirtiéndolo en una pieza clave del sistema de relaciones laborales.

La reconfiguración y potenciación del ERTE en el RD-L 32/2021, de 28 de diciembre, por el que se normativiza el Acuerdo sobre reforma laboral alcanzado entre el Gobierno y los agentes sociales el pasado 23 de diciembre, se produce a través de una doble vía. Por un lado, se modifica el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores para agilizar e incentivar las reducciones temporales de jornada y las suspensiones de contratos de trabajo por causas empresariales y por fuerza mayor temporal (ERTEs ordinarios), como fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones; adicionalmente, se introduce en dicha disposición legal un art. 47 bis, para crear un nueva variante de ERTE, el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización en el empleo, que proporciona una base permanente para lograr un doble objetivo: (i) proteger el empleo ante situaciones macroeconómicas adversas de amplio espectro; (ii) acompañar los procesos de reconversión sectorial por cambios estructurales permanentes, con un fuerte apoyo a la formación y recualificación profesional de las personas trabajadoras que les permita conservar su empleo en la empresa o facilite su recolocación en otros ámbitos de actividad. Rasgo destacable de este nuevo mecanismo de estabilidad económica y de flexibilidad interna de las empresas es que su activación depende de una decisión política.

Con la remodelación de los ERTEs se persigue proteger el empleo, primar el ajuste temporal de las horas de trabajo sobre las suspensiones contractuales e impulsar la estabilidad de las relaciones laborales, de la inversión y del capital humano, todo ello sobre la base de exoneraciones en la cotización a la Seguridad Social, el diseño de una protección social adecuada durante el período de regulación temporal de empleo y la

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia. Magistrado (supl.) del TSJ de la Región de Murcia. cavas@um.es

creación de nuevos estímulos para fomentar el desarrollo de acciones formativas por las empresas en favor de las personas trabajadoras afectadas.

En el ámbito de los ERTes por fuerza mayor, la aportación más relevante y novedosa es la configuración legal expresa del “*factum principis*” como causa habilitante de decisiones empresariales reductivas de jornada o suspensivas, a partir de decisiones de la autoridad competente que impidan o limiten el desarrollo normalizado de la actividad, en especial por motivos de salud pública. De este modo se “normaliza” la figura del ERTE-Covid, dotando a las empresas de un mecanismo permanente al que podrán acogerse en futuras crisis sanitarias, con importantes beneficios en la cotización a la Seguridad Social, obviando la aleatoriedad e inestabilidad características de la legislación social anti-pandemia.

Palabras clave: Reforma laboral; flexibilidad interna; crisis económica; reconversiones sectoriales; expedientes de regulación temporal de empleo; Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización en el Empleo.

Abstract:

Based on the successful experience with short-time work (STW) schemes in the last two years, as consequence of the health and economic crisis derived from COVID-19, the labor reform approved in 2021 has reinforced this instrument, until now scarcely used in Spain, as a mechanism of internal flexibility that allows companies to adjust their workforce to fluctuations in demand, as an alternative to dismissals and temporary employment, making it a central piece of the labour relations system.

The reconfiguration and strengthening of short-time work schemes in the Royal Decree-law 32/2021, of December 28, which normalizes the Agreement about labour reform reached between the Government and the social agents on December 23, occurs through a two-way process. On the one hand, art. 47 of the Workers' Statute is modified to streamline and encourage temporary reductions in working hours and employment contract suspensions, justified by business reasons and temporary force majeure (ordinary STW), as an alternative and priority measure versus dismissals; additionally, a new art. 47 bis is introduced to create a new variant of STW, named RED Mechanism for Flexibility and Stabilization in employment, which provides a permanent basis to achieve a double objective: (i) protect employment in the frame of adverse macroeconomic situations of a general scope; (ii) accompany the processes of sectoral reconversion through permanent structural changes, with strong support for the training and professional retraining of workers that allows them to keep their jobs in the company or facilitates their relocation to other areas of activity. A notable feature of this new mechanism for economic stability and internal flexibility of companies is that its activation depends on a political decision. With the remodeling of short-time work programmes, the aim is to protect employment, prioritize the temporary adjustment of working hours over contractual suspensions and promote the stability of labour relations, investment and human capital, all based on exemptions in the contribution to Social Security, the design of adequate social protection during the period of temporary employment regulation and the creation of new incentives to promote the development of training actions by companies in favor of affected workers. In the field of short-time work schemes caused by force majeure, the most relevant and innovative contribution is the express legal configuration of the “*factum principis*” as an enabling cause for business decisions to reduce working hours or suspension, based on decisions of the competent authority that prevent or limit the normalized development of the activity, especially for reasons of public health. In this way, the figure of the STW Covid-19 is “normalized”, providing companies with a permanent mechanism that they can take advantage of in future health crises, with significant benefits in the Social Security contribution, avoiding the randomness and instability that characterizes the anti-pandemic social legislation.

Keywords: Labour reform; internal flexibility; economic crisis; sectorial restructurings; short-time work schemes; RED Mechanism for Flexibility and Stabilization in Employment.

1. PLANTEAMIENTO

Como debilidades estructurales, resistentes a la acción de las numerosas reformas laborales que se han sucedido desde 1984, nuestro mercado de trabajo presenta una tasa de temporalidad desmesurada, un elevado nivel de rotación laboral con flujos constantes de entrada y salida del mercado de trabajo y del sistema de protección por desempleo, un alto porcentaje de trabajo a tiempo parcial no deseado y la mayor cifra de desempleo estructural de la UE, todo ello propiciado por un marco institucional de relaciones laborales fuertemente escorado hacia la unilateralidad empresarial, que resta dinamismo y efectividad a la autonomía colectiva y favorece la aparición y consolidación de altos niveles de desigualdad y precariedad, con especial impacto en los colectivos más vulnerables (mujeres, jóvenes, parados de larga duración). Aunque se aceptara, como sugieren algunos análisis, que las medidas flexibilizadoras y ablativas de derechos que introdujo la reforma laboral de 2012 han podido contribuir, en alguna medida, a la creación de empleo y a la reducción del paro durante el ciclo económico expansivo que tuvo lugar en los años previos a la pandemia (2014 a 2019), lo que no admite discusión razonable es que el empleo creado, eminentemente temporal y de escasa calidad, no logra satisfacer los estándares menos exigentes de equidad y justicia social.

El Acuerdo logrado el pasado 23 de diciembre entre el Gobierno y los agentes sociales, volcado normativamente en el Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo¹, tiene como principal

objetivo promover la estabilidad en el empleo y limitar el recurso abusivo, injustificado y desproporcionado a la contratación temporal, atendiendo a los requerimientos hechos desde la UE (Comisión, TJUE); pero también se ha propuesto reequilibrar el poder contractual de las partes que intervienen en los procesos de negociación —confiriendo mayor protagonismo a la negociación colectiva sectorial y recuperando la ultraactividad indefinida del convenio colectivo— y poner coto a determinadas prácticas abusivas que suponen merma de derechos para las personas trabajadoras implicadas en procesos de externalización productiva. Además, la reforma, que cuenta con un plus de legitimidad al haber sido apoyada por las organizaciones con mayor representatividad económica y social de nuestro país, viene a potenciar el recurso a mecanismos de flexibilidad interna por las empresas, concretamente los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTEs), para preservar la continuidad del empleo en coyunturas económicas adversas y de transformación productiva, como alternativa a los despidos colectivos y a la elevada tasa de temporalidad del mercado laboral español (pues no cabe desconocer que los contratos temporales constituyen la principal vía de ajuste de plantillas a la que recurren las empresas cuando desciende la carga de trabajo). A tal efecto, la reforma refuerza, por un lado, los ERTEs tradicionales o clásicos, pero al propio tiempo crea un nuevo sistema RED de regulación temporal de empleo, complementario de los ERTEs ordinarios, cuya novedad consiste en que se actúa sobre la situación individualizada de cada empresa a partir de la constatación oficial de una previa situación más generalizada, global en el ámbito de un sector productivo o general del conjunto de la actividad económica, que es, a la postre, la de-

¹ Publicado en el BOE de 30 de diciembre de 2021. Modificado por el RD-L 1/2022, de 18 de enero, por el que se modifican la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito; la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; y el Real Decreto 1559/2012,

de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, en relación con el régimen jurídico de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (BOE 19 de enero de 2022). Corrección de errores aparecida en el BOE de ese mismo día. Convalidado por el Pleno del Congreso de los Diputados en sesión del 3 de febrero de 2022.

terminante de la necesidad de adoptar medidas de reestructuración en cada empresa².

El muy pedagógico Preámbulo del RD-L 32/2021 afirma que, para reducir la temporalidad, “es necesario simplificar los tipos de contratos, generalizar la contratación indefinida y devolver al contrato temporal la causalidad que se corresponde con la duración limitada”, y acto seguido añade: “En paralelo, con el fin de impulsar la creación de empleo, es preciso proporcionar a las empresas mecanismos internos para ajustarse ante situaciones de crisis, cambios cíclicos de la demanda o transformaciones de modelo productivo a nivel sectorial, alternativos a la alta temporalidad y a las fuertes fluctuaciones del empleo. La experiencia del uso de los expedientes de regulación temporal de empleo, en el último año, proporciona un punto de partida para la creación de un mecanismo permanente, centrado en la formación y recualificación de las personas trabajadoras”.

En un pasaje posterior, la misma Exposición de Motivos anuncia que la reforma incorpora “medidas para facilitar el uso de los expedientes temporales de empleo, como fórmula alternativa y prioritaria a la extinciones –artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores–, y un nuevo mecanismo de flexibilidad y estabilización del empleo –artículo 47 bis, que se incorpora a dicho texto legal–, para atender las necesidades excepcionales de naturaleza macroeconómica o sectorial que justifiquen la adopción de medidas de ajuste y protección temporal, así como inversiones de carácter público, previa declaración de tal circunstancias mediante acuerdo del Consejo de Ministros”. Asimismo, sigue afirmando el autor de la norma, “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 seguirán rigiéndose por lo previsto en el 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”.

En el diseño de estos cambios estructurales ha sido determinante la experiencia acumulada con la gestión de los ERTEs durante los últimos meses, a raíz de la crisis sanitaria y económica derivada de la COVID-19, que, como señala la Exposición de Motivos del RD-L 32/2021, “ha mostrado la importancia y la eficacia del recurso a los expedientes de regulación temporal de empleo, como mecanismo de flexibilidad interna de las empresas para ajuste temporal de su actividad de cara a evitar la destrucción de empleo característica de crisis anteriores”. La normativa de pandemia ha procedido a flexibilizar la tramitación de los ERTEs, a incentivar a las empresas para que introduzcan las referidas medidas de flexibilidad interna, mediante la exención –total o parcial– de las cotizaciones a la Seguridad Social, y a facilitar el acceso a la protección por desempleo por parte de las personas afectadas por los aludidos expedientes³. En los primeros meses de aplicación de la legislación social anti-pandemia, 3,6 millones de personas trabajadoras se cobijaron bajo el paraguas de los ERTEs, los cuales –complementados con una prohibición legal de despedir durante la pandemia en consideración a su carácter coyuntural– han actuado como un eficaz dique de contención que ha permitido evitar una destrucción masiva de puestos de trabajo vía despidos de trabajadores fijos y no renovación de

² CRUZ VILLALÓN, J. “El Sistema RED de regulación temporal de empleo”, p. 1, *briefs de la aedtss*, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/EI-sistema-RED-de-regulacion-temporal-de-empleo.pdf>

³ FERRANDO GARCÍA, F.ª.ª. “Los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada derivados del COVID-19. Estudio de las medidas de ajuste temporal orientadas al objetivo prioritario de mantenimiento del empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, “Estado de alarma, crisis económica y mantenimiento del empleo en la legislación laboral”, 149, Núm. Extraordinario, 2021, p. 72.

contratos temporales. En el pasado mes de diciembre de 2021, tras salir del túnel de colapso económico provocado por la pandemia, la tasa de desempleo en España bajó hasta el 13,3%. Como contraste, durante la crisis económica mundial que comenzó en 2008, en nuestro país se destruyeron 3,5 millones de empleos y la tasa de desempleo llegó a situarse por encima del 26%.

En línea con lo anterior, resulta coherente la decisión de no computar a las personas trabajadoras afectadas por un ERTE como desempleadas, toda vez que todas ellas mantienen su vinculación con la empresa, reciben formación durante el ERTE, en muchos casos no interrumpen su dedicación laboral (solo reducen jornada) y tienen garantizada la vuelta al trabajo⁴.

La nueva regulación de los ERTEs y del Mecanismo RED entró en vigor el pasado 31 de diciembre de 2021, a excepción de las previsiones contenidas en la disposición adicional 41ª LGSS sobre medidas de protección de las personas trabajadoras afectadas por la aplicación del Mecanismo RED, para las que se ha establecido una *vacatio legis* de tres meses en la disposición final octava. 2.d) del RD-L 32/2021. Es esperable que en los próximos meses aparezca el imprescindible desarrollo reglamentario de estas medidas, en aplicación de la habilitación normativa genérica que la disposición final séptima del RD-L 32/2021 contiene en favor del Gobierno “para dictar cuantas disposiciones sean necesaria para el desarrollo y ejecución de este real decreto-ley”.

En las páginas que siguen son objeto de análisis y valoración crítica las novedades que en materia de medidas temporales de regulación de empleo ha incorporado la última

⁴ La disposición adicional sexta del RD-L 32/2021 establece que “Las personas trabajadoras que vean reducida temporalmente su jornada ordinaria diaria de trabajo o suspendido temporalmente su contrato conforme a lo establecido en los artículos 47 y 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores serán computadas como ocupadas a efectos estadísticos”.

reforma laboral⁵. Unas medidas diseñadas con el loable objetivo de apostar por el establecimiento de mecanismos eficaces para proteger a las personas trabajadoras y dotar a las empresas de herramientas que persiguen favorecer el mantenimiento del empleo y formar a las personas trabajadoras para enfrentarse a los cambios que se produzcan en el tejido productivo, incorporando, ya de forma permanente, algunas de las medidas aprobadas durante la pandemia y que han demostrado su eficacia para evitar la destrucción masiva de puestos de trabajo⁶.

2. AGILIZACIÓN Y FLEXIBILIZACIÓN DE LOS ERTEs POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN

Prescindiendo de reproducir los aspectos que se mantienen de la anterior regulación, en cuanto a los ERTEs por causas ETOP, los

⁵ Una inicial valoración por mi parte a este bloque temático de la reforma laboral en CAVAS MARTÍNEZ, F. “El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad del empleo en la nueva Reforma Laboral de 2021”, Grupo NET21, 11 de enero de 2022, <https://www.net21.org/el-refuerzo-de-los-erte-como-garantia-de-estabilidad-del-empleo-en-la-nueva-reforma-laboral-2021/>. Asimismo, RAMOS QUINTANA, M.I., “La flexibilidad interna en la reforma laboral: medidas temporales y permanentes para apoyar a las empresas y sostener el empleo ¿una opción prioritaria frente al despido?”, *Trabajo y Derecho*, 87/2022 (Marzo), pp. 1-7; DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo”, *Labos*, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Enero 2022, Vol. 3, Número extraordinario, La reforma laboral de 2021, pp. 83-96; GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo”, *Labos*, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Enero 2022, Vol. 3, Número extraordinario, La reforma laboral de 2021, pp. 97-110.

⁶ 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”, lunes, 10 de enero de 2022, blog del autor *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_10.html

cambios se incorporan en los apartados 1 a 4 del art. 47 ET. No sufre alteraciones la definición de causas ETOP que justifican el recurso a las medidas temporales de ajuste de empleo⁷.

Además del empleo del lenguaje inclusivo, la regulación en paralelo de las reducciones temporales de jornada y las suspensiones de contratos (suprimiendo las referencias específicas a los ERTEs por reducción de jornada en el art. 47.2 ET) y la precisión de que las causas habilitantes deben revestir carácter temporal (como venía remarcando la jurisprudencia), las modificaciones operadas en el art. 47 ET pretenden introducir mayor celeridad en su tramitación y la adaptación de su contenido en el tiempo, por un lado, y otorgar mayor flexibilidad a las empresas en la gestión de este instrumento, por otro.

Así, en primer lugar, la duración máxima del periodo de consultas se reduce de quince a siete días en empresas con menos de 50 trabajadores en plantilla, previa constitución de la comisión representativa, cuyo plazo máximo de constitución también se reduce de siete a cinco días, cuando exista representación legal de las personas trabajadoras, y de quince a diez días, de no existir dicha representación; en segundo lugar, se suprime el traslado de la comunicación empresarial al SEPE por parte de la autoridad laboral, que

⁷ En el apartado 2 del art. 47 ET sigue entendiéndose, como en la redacción anterior, que concurren causas económicas cuando "de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas", añadiendo que, en todo, caso, "se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior". Se entiende que concurren causas técnicas "cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción"; causas organizativas "cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción"; y causas productivas "cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado".

tampoco habrá de comunicarle la decisión empresarial⁸; en tercer lugar, y en previsión de que las dificultades coyunturales de la empresa puedan alcanzar una duración mayor que la contemplada en su inicio, se contempla la posibilidad de prorrogar el ERTE antes de que expire su vigencia, previo desarrollo de un periodo de consultas comprimido (no más de cinco días) con la parte laboral, y comunicando la decisión empresarial a la autoridad laboral en un plazo máximo 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 (art. 47.4 ET).

En cuanto a las consecuencias del ERTE injustificado (pár. 15º del art. 47.3 ET), además del reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de las prestaciones por desempleo a la entidad gestora del pago de las mismas, se incluye el "ingreso de las diferencias de cotización a la Seguridad Social".

3. NOVEDADES EN LOS ERTES POR FUERZA MAYOR TEMPORAL

En la nueva versión del art. 47 ET, apartados 5 y 6, se regula el ERTE por fuerza mayor temporal, con efectos suspensivos del contrato y/o de reducción de jornada.

La principal aportación de la reforma es la distinción que lleva a cabo entre, por un lado, la fuerza mayor clásica o prototípica, y por otro, la que podemos calificar como fuerza mayor "gubernativa" o "*factum principis*".

⁸ En todo caso, la automatización de los procedimientos prevista en la DA 26ª ET, añadida por el art. primero. Catorce RD-L 32/2021, garantiza el acceso a los datos de los ERTES por la TGSS, el SPEE y la ITSS, como certeramente ha señalado 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)", 3 enero 2022, recuperado de: <https://ignasibeltran.com/2022/01/03/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-el-nuevo-regimen-juridico-de-los-erte-ex-art-47-et-y-erte-mecanismo-red-art-47-bis-et/>

3.1. ERTes por fuerza mayor “clásica”

El apartado 5 del art. 47 ET prevé que las empresas podrán aplicar la reducción de jornada de trabajo o la suspensión de los contratos de trabajo por causa derivada de fuerza mayor temporal, previo procedimiento tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado, en el art. 51. 7 ET y en sus disposiciones reglamentarias de aplicación⁹. La norma laboral sigue sin definir el concepto de fuerza mayor, que por remisión a lo dispuesto en el art. 1.105 Código Civil, y a tenor de la jurisprudencia que lo ha interpretado, ha de tratarse de un hecho extraordinario, imprevisible o inevitable, ajeno al círculo de riesgo del empresario, que imposibilite o dificulte el cumplimiento de las obligaciones laborales, definitiva o temporalmente, debiendo existir un nexo de causalidad eficiente entre dicho resultado y el evento que lo produce¹⁰.

A diferencia del ERTE por causas ETOP, la fuerza mayor suspensiva/reductiva de jornada debe ser constatada por la autoridad laboral en el marco de un procedimiento administrativo especial, que se desarrolla del siguiente modo:

- El procedimiento se inicia mediante 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.
- Cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas, la existencia de fuerza mayor temporal, como motivadora de la suspensión o reducción de

jornada de los contratos de trabajo, deberá ser constada por la autoridad laboral competente, a cuyo efecto solicitará informe preceptivo de la ITSS antes de dictar resolución. Este informe deberá pronunciarse sobre la existencia de fuerza mayor.

- La resolución de la autoridad laboral debe dictarse, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud (siendo los días hábiles, pues se trata de un plazo administrativo y no se ha especificado que sean naturales). En cuanto al contenido de la resolución, la misma deberá limitarse a constatar, en su caso, la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la reducción de las jornadas o suspensión de los contratos de trabajo.
- La resolución de la autoridad laboral surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor, y hasta la fecha determinada en la misma resolución.
- Para el supuesto de que no se emita resolución expresa en el plazo indicado, se entenderá autorizado el ERTE por silencio positivo.
- En el supuesto de que se mantenga la fuerza mayor a la finalización del periodo determinado en la resolución del expediente, no bastará con que la empresa (de acuerdo o no con la representación legal de las personas trabajadoras) solicite su prórroga, sino que deberá solicitar una nueva autorización, de lo que se concluye que habrán de reiterarse todos los trámites del procedimiento.
- En aplicación de lo establecido en el art. 33.5 del RD 1483/2012, se podrá interponer recurso de alzada contra la resolución de la autoridad laboral y, caso de ser desestimado, demanda ante los Juzgados de lo Social, la cual deberá tramitarse a través de la modalidad procesal de impugnación de actos administrativos

⁹ Hasta tanto se proceda al desarrollo reglamentario del remodelado art. 47 ET, debe entenderse subsistente, y aplicable en lo que no se oponga a la nueva regulación legal, el RD 1483/2012, de 29 de octubre, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, y en particular los arts. 31 a 33.

¹⁰ Sobre la incidencia de la fuerza mayor en las relaciones laborales, por todos, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, Civitas, 1993.

en materia laboral prevista en la Sección 2ª del Capítulo VII del Título II de la LRJS.

3.2. ERTes por fuerza mayor “gubernativa”

Junto a su manifestación prototípica (fenómenos atmosféricos, interrupción de suministro energético, guerras, motines, etc.), el concepto de fuerza mayor se expande mediante la inclusión en el apartado 6 del art. 47 ET de la fuerza mayor temporal debida a “impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada, a consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública”. Se trata del conocido como “*factum principis*”, comprensivo de actos de la autoridad (el “príncipe”) que, siendo imprevisibles e inevitables, imposibilitan por completo o dificultan el cumplimiento de la obligación o la ejecución del contrato.

De este modo se incorpora a la legislación laboral, como mecanismo a disposición de las empresas con carácter permanente, y con las debidas adaptaciones, el régimen de los ERTes a causa de la COVID-19, que han demostrado una gran eficacia para preservar el empleo y el tejido empresarial ante contingencias y escenarios de crisis. Se enerva con esta regulación la incómoda sensación de aleatoriedad e inseguridad jurídica que durante la crisis pandémica acompañó a la reactivación periódica del diálogo social para negociar los términos y las condiciones en que habrían de prorrogarse los ERTes vía decreto-ley. Al normalizarse los fenómenos vinculados a la salud pública, se asume, con buen criterio, que la sociedad está permanentemente expuesta a la acción de nuevos y diversos riesgos, entre ellos los biológicos, por lo que se prepara el ordenamiento jurídico para reaccionar ante esta eventualidad, evitando episodios de “hemorragia legislativa” como los registrados en los últimos tiempos¹¹.

La tramitación de esta variante de ERTE se sujetará al procedimiento previsto en el art. 47.5 ET, con las siguientes particularidades:

- La solicitud de informe por parte de la autoridad laboral a la ITSS no será preceptiva, probablemente para agilizar el procedimiento, pero también por tratarse de una causa de fuerza mayor sobre la que existe un pronunciamiento gubernativo que la oficializa.
- 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.
- La autoridad laboral autorizará el expediente si se entienden justificadas las limitaciones o impedimentos referidos.

La nueva regulación de los ERTes por fuerza mayor, en sus dos modalidades, resulta aplicable desde el 31 de diciembre de 2021. No obstante, el RD-L 32/2021 ha dispuesto que los ERTes por impedimentos o limitaciones a la actividad normalizada vinculadas a la COVID-19, regulados en el art. 2 RD-L 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, seguirían rigiéndose por lo dispuesto en dicho precepto hasta el 28 de febrero de 2022 (fecha límite indicada en el RD-L 18/2021 para la vigencia de dichos ERTes).

Posteriormente, el RDL 2/2022, de 22 de febrero, ha extendido la vigencia de los ERTes COVID prorrogados y autorizados al amparo del RDL 18/2021, así como las medidas extraordinarias asociadas a los mismos, hasta el 31 de marzo de 2022, bien que con significativas rebajas en los beneficios de cotización aplicables por las empresas durante la prórroga. Si pasada esa fecha la empresa continúa precisando medidas de suspensión o reducción temporal de jornada, las opciones para trami-

¹¹ En este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., *cit.*

tar un ERTE serían las contempladas en los nuevos arts. 47 y 47 bis ET.

4. NORMAS COMUNES A LOS ERTES POR CAUSAS ETOP Y FUERZA MAYOR

El apartado 7 del art. 47 ET recoge un conjunto de normas comunes a los ERTes por causas ETOP y por fuerza mayor temporal, que en gran medida son una reproducción de las existentes en el Derecho de la emergencia y que, como veremos más adelante, son también de aplicación a los ERTes derivados de la activación del Mecanismo RED regulado en el art. 47 bis ET. Son las siguientes:

Primera.—La reducción de la jornada podrá ser entre un diez y un setenta por ciento y computarse sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual. Esta forma de computar la reducción de jornada no coincide exactamente con la situación legal de desempleo “parcial” prevista en los arts. 262.3 y 267.1, b), 1º de la LGSS, que se refiere a la reducción temporal de la jornada ordinaria “diaria” de trabajo. En consecuencia, cuando la reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo se produzca utilizando otro parámetro de cómputo (semanal, mensual o anual), las horas no trabajadas se transformarán en días y estaremos ante días de suspensión del contrato protegibles mediante la prestación por desempleo total¹². Las reducciones de jornada diaria inferiores al 10% (que la empresa puede adoptar en ejercicio de su “*ius variandi*”) no generan derecho a prestación por desempleo¹³; tam-

poco las reducciones temporales superiores al 70%, con la intención de evitar que con una reducción de jornada próxima a la total el trabajador tenga que ir a trabajar¹⁴.

Segunda.—Siempre que sea posible, se priorizará la adopción de medidas de reducción temporal de jornada frente a las de suspensión de contratos, persiguiendo un más equilibrado reparto de la ocupación efectiva entre las personas sometidas a medidas de regulación de empleo, que de este modo experimentarán una menor merma retributiva.

Tercera.—Junto con la notificación, comunicación o solicitud, según proceda, a la autoridad laboral sobre su decisión de reducir la jornada o suspender los contratos de trabajo, la empresa deberá comunicar, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan:

1.º El período dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de la suspensión del contrato o la reducción de jornada.

2.º La identificación de las personas trabajadoras incluidas en el expediente de regulación temporal de empleo.

3.º El tipo de medida a aplicar respecto de cada una de las personas trabajadoras y el porcentaje máximo de reducción de jornada o el número máximo de días de suspensión de contrato a aplicar.

A este respecto, en la nueva disposición adicional 26ª ET se establece que la TGSS, el SPEE y la ITSS tendrán acceso, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan, a todos los datos necesarios para la identificación y tipo del expediente de regulación temporal de empleo, de la empresa y de las personas trabajadoras incluidas en el expediente, el tipo de medida a aplicar, el periodo en el que se puede producir la reducción de jornada de trabajo o suspensión de los contratos de trabajo y el porcentaje máximo

¹² Según el art. 262.2 LGSS, el desempleo será total cuando se produzca el cese del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de una suspensión contractual o reducción temporal de jornada.

¹³ Probablemente con el propósito de evitar que los trabajadores cobren prestación por desempleo pero sigan realizando la totalidad de la jornada, situaciones de fraude de ley que resultan difíciles de controlar. En este sentido, ROQUETA BUJ, R. *Los expedientes de regulación temporal de empleo*, 2ª ed., Valencia, tirant lo blanch, 2021, p. 92.

¹⁴ *Ibidem*.

de reducción de jornada o periodo máximo de suspensión de contrato previsto respecto de cada persona trabajadora. Resulta indudable que esta automatización facilitará el control de las medidas adoptadas por la empresa, así como el ejercicio, en su caso, de la potestad sancionadora¹⁵.

Cuarta.— Otro elemento de flexibilidad heredado de la legislación social anti-covid es la posibilidad que se reconoce a las empresas, durante el periodo de aplicación del ERTE, de desafectar y afectar a las personas trabajadoras en función de las alteraciones de las circunstancias señaladas como causa justificativa de las medidas, informando previamente de ello a la representación legal de las personas trabajadoras y previa comunicación a la entidad gestora de las prestaciones sociales, y conforme a los plazos establecidos reglamentariamente, a la TGSS, a través de los procedimientos automatizados que establezcan dichas entidades.

Con el propósito de reducir las cargas administrativas de las empresas, en la nueva disposición adicional 42ª LGSS¹⁶ se establece que reglamentariamente se establecerá por el SPEE y la TGSS un procedimiento único a través del cual las empresas puedan comunicar, a ambas entidades, el inicio y finalización de los periodos de suspensión temporal de los contratos de trabajo y reducción temporal de jornada de trabajo de los trabajadores afectados por un ERTE. 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.

Quinta.—Durante la vigencia del ERTE, no podrán realizarse horas extraordinarias, establecerse nuevas externalizaciones de actividad ni concertarse nuevas contrataciones laborales, otorgando así preferencia a las

desafectaciones a medida que la actividad se va normalizando, si bien esta prohibición se rodea de la imprescindible flexibilidad, contemplándose excepciones a la misma en el supuesto de 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. La prohibición se refuerza con un régimen sancionador que computa una infracción (grave) por cada persona trabajadora contratada¹⁷, y tipifica como infracción muy grave establecer nuevas externalizaciones de actividad en estas situaciones¹⁸. Además, el nuevo art. 11.4 ET establece que las empresas con ERTEs del artículo 47 o 47 bis podrán realizar contratos formativos, siempre que las personas contratadas no sustituyan funciones o tareas realizadas habitualmente por las personas afectadas por las medidas de suspensión de contratos o de reducción de jornada.

Sexta.—Las empresas que desarrollen las acciones formativas a favor de las personas afectadas por el ERTE tienen derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada, en los términos previstos en el nuevo art. 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 laboral. Sobre el reforzamiento de la dimensión formativa en los ERTEs se volverá más adelante.

Séptima.—Los beneficios en materia de cotización vinculados a los ERTEs tendrán carácter voluntario para la empresa y, precisamente por ello, estarán condicionados al

¹⁵ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., *cit.*

¹⁶ Introducida en el TR de la LGSS por el apartado Seis del artículo tercero del RD-L 32/2021.

¹⁷ Nuevo apartado 14 del art. 7 LISOS, añadido por el artículo quinto. Tres del RD-L 32/2021.

¹⁸ Nuevo apartado 20 del art. 8 LISOS, introducido por el artículo quinto. Cinco del RD-L 32/2021.

mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras afectadas con el contenido y requisitos previstos en el apartado 10 de la disposición adicional 44ª de la LGSS. Pero sobre este tema se volverá también más adelante.

Octava.—La prestación a percibir por las personas trabajadoras incluidas en el ERTE “se regirá por lo establecido en el artículo 267 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y sus normas de desarrollo”. En el referido precepto, cuyo apartado 1 ha sido modificado por el RD-L 32/2021, se considera situación legal de desempleo la suspensión del contrato y la reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo, por decisión del empresario, al amparo de lo establecido en el art. 47 ET. Esta prestación se sujetará íntegramente a las reglas contenidas en la LGSS y normativa de desarrollo, ya sin las peculiaridades previstas en la legislación de urgencia.

No obstante, el RDL 2/2022, en su Disposición final primera, ha añadido una nueva disposición adicional 46ª a la LGSS, mejorando la protección contributiva por desempleo de las personas trabajadoras en los ERTEs por fuerza mayor, en cualquiera de sus modalidades: la cuantía de la prestación se determinará aplicando el 70% a la base reguladora durante toda la vigencia de la medida; el disfrute de la prestación no consumirá cotizaciones previas a ningún efecto; y las personas afectadas tendrán derecho al reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo, aunque carezcan del período de ocupación cotizada mínimo necesario para ello.

5. EL MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO

5.1. Concepto y modalidades

El nuevo art. 47 bis ET define el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo como “un instrumento de flexibilidad y estabilización del empleo que, una vez activado por el Consejo de Ministros, permitirá a

las empresas la solicitud de medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo”.

La hoja de ruta del Gobierno durante el proceso de diálogo social, en lo que a esta innovación se refiere, se encuentra en el Componente 23 del Pacto de Recuperación, Transformación y Resiliencia (aprobado en Consejo de Ministros el 27 de abril de 2021), donde se compromete una Reforma, la número 6, sobre “Establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna, estabilidad en el empleo y recualificación de trabajadores en transición”.

Allí se afirma (y reproduce la E. de M. del RD-L 32/2021) que:

- La exitosa experiencia con la gestión de los ERTEs durante la pandemia, un instrumento hasta entonces muy poco utilizado en España, “proporciona una base para avanzar hacia un mecanismo permanente, que garantice un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda, alternativo a la alta temporalidad y a la elevada oscilación del empleo y que contribuya a la estabilidad laboral y económica, 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”.
- “Adicionalmente, el intenso proceso de digitalización y cambio tecnológico exige disponer de instrumentos que acompañen la transición y recualificación de los trabajadores en los sectores más afectados, con el fin de que puedan disponer de las capacidades necesarias en los puestos de trabajo de calidad que se crearán en el futuro, en sus empresas actuales o en otras empresas o ámbitos de actividad”.
- “Sobre la base de esta experiencia, se integrarán en el conjunto del sistema

de relaciones laborales un nuevo mecanismo de estabilización económica y de flexibilidad interna de las empresas alternativo a la destrucción de empleo y la alta temporalidad, que permita lograr un doble objetivo: (i) proteger el empleo ante las crisis económicas y las dificultades del mercado y (ii) acompañar los procesos de cambio estructural para evitar un impacto macroeconómico negativo que resulte en pérdida de capital humano, crecimiento potencial y bienestar del conjunto de la sociedad. El objetivo es proteger el empleo, primar el ajuste en horas, impulsar la estabilidad de las relaciones laborales, la inversión y el capital humano”.

La versión inicial de este Mecanismo que el Ministerio de Trabajo llevó a la mesa de negociación sobre la reforma laboral fue rechazada por los interlocutores sociales, por considerarla excesivamente compleja e intervencionista. La medida consensuada el 23 de diciembre de 2021 prevé, sin embargo, la participación de los interlocutores sociales en la activación del Mecanismo, y ha omitido las referencias que el primer borrador incluía a que las empresas tendrían que ingresar en el FOGASA una parte de las indemnizaciones acumuladas por los trabajadores que fueran recolocados en otras empresas, una medida que, sobre todo a las organizaciones sindicales, hacía recordar ciertos elementos de la “mochila austríaca”.

El Mecanismo RED finalmente regulado en el art. 47 bis ET tendrá dos modalidades (apartado 1):

“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”.

A diferencia de los ERTES por causas económicas, donde se atiende a la situación económica y financiera de una empresa concreta, aquí se parte de la existencia de un contexto macroeconómico general, de carácter cíclico, que permi-

tirá a las empresas acogerse a este Mecanismo una vez que el mismo sea activado oficialmente. No obstante, para que una empresa pueda regular temporalmente empleo al amparo de este Mecanismo, deberá acreditar, en el correspondiente procedimiento, la medida en que la crisis cíclica general, referida en el Acuerdo de activación del Mecanismo RED, incide negativamente en su estabilidad y funcionamiento. Bajo esta primera modalidad, se pretende así hacer frente a los momentos depresivos del ciclo económico que, en términos de crisis económica general, provoquen dificultades empresariales que, a su vez, supongan escenarios de excedentes de personal en las diferentes empresas afectadas por ese panorama macroeconómico negativo¹⁹.

“b) Sectorial, cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras, con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una”.

La revolución tecnológica, la digitalización de la economía, la industria 4.0, la robotización de los puestos de trabajo..., son procesos de cambio en progresión creciente que exigen procesos de reciclaje profesional de las personas trabajadoras en una pluralidad de sectores y actividades, sea para conservar su empleo en la misma empresa o, como apunta la exposición de motivos de la norma, para hallar colocación en otras empresas o ámbitos de actividad. En este sentido, se echa en falta la previsión de reglas que acompañen a las personas afectadas en ese proceso de recolocación.

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que, a diferencia de lo que expresamente se exige –como novedoso– en la nueva regulación de los ERTES ordinarios en el art. 47 ET, en el sentido de que la causa concurrente sea de carácter “temporal”, con esta segunda

¹⁹ CRUZ VILLALÓN, J. “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, *cit.*, p. 2.

modalidad de Mecanismo RED se atienden situaciones en las que se registran cambios “permanentes” incidentes en un concreto sector productivo o varios de ellos (al modo de las viejas reconversiones industriales), pese a lo cual se habilitan medidas de ajuste/regulación de empleo que revisten carácter temporal, por cuanto se estima que las mismas pueden ser suficientes para superar la situación de dificultad de empleo que se constata²⁰. Se invierte aquí la lógica tradicional de los mecanismos de flexibilidad interna, vinculados a situaciones temporales, en el entendimiento de que una medida de ajuste temporal puede bastar para lograr la transición profesional que se persigue.

La disposición adicional primera del RD-L 32/2021 establece que, transcurrido un año desde la primera activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo al que se refiere el art. 47 bis ET, 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”.

5.2. Tramitación

La procedimentalización del Mecanismo RED se regula en los apartados 2 a 4 del art. 47 bis ET.

Se establecen dos filtros “oficiales”: la activación del Mecanismo RED por el Gobierno y la posterior autorización del ERTE por la autoridad laboral competente.

Para que las empresas puedan solicitar medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo, es preciso que el Mecanismo RED haya sido previamente activado por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministerios de Trabajo y Economía Social, Asuntos Económicos y Transformación Digital, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos²¹. Se trata, por tanto, de un instrumento “político”, cuya activación no está normativamente garantizada pues dependerá del criterio del Gobierno de turno, sin que, en apariencia, exista margen para la compulsión judicial. Este elemento puede lastrar la efectividad del mecanismo RED. Además, la activación nunca sería inmediata, pues antes tiene que constituirse, dotarse y regularse el Fondo previsto para financiar las medidas en materia de cotizaciones, prestaciones y formación derivadas del Mecanismo RED. Obsérvese, además, que la prestación social diseñada para asistir a las personas trabajadoras afectadas por ERTEs derivados de este mecanismo no entrará en vigor hasta el 30 de marzo de 2022, en virtud del apartado 2.d) de la Disposición Final 8ª RD-L 32/2021

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 (sobre cuya composición, competencias y funcionamiento nada se indica en el RD-L 32/2021). Esta Comisión deberá reunirse en el plazo de quince días desde dicha solicitud y analizará la existencia de los cambios estructurales referidos en el apartado 1.b) del art. 47 bis ET, así como la necesidad, en su caso, de elevar una solicitud de activación del

²⁰ CRUZ VILLALÓN, J. “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, *cit.*, p. 2.

²¹ En la propuesta inicial de Mecanismo RED llevada a la mesa de diálogo social se establecía que el Ministerio de Economía sería el encargado de establecer “los parámetros objetivos a partir del análisis de un conjunto amplio de indicadores que determinen una presunción de las causas de activación [de los expedientes]”.

mecanismo RED sectorial al Consejo de Ministros, obviamente, sin carácter vinculante.

En todo caso, con carácter previo a su elevación al Consejo de Ministros, resultará imprescindible “informar” a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal. Se ha optado por un nivel de participación institucional débil, que no alcanza la categoría de consulta o negociación. No se ha previsto la participación institucional de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de ámbito autonómico, imponiéndose el monopolio de los agentes sociales negociadores de la reforma.

Es el Consejo de Ministros el que se encarga de activar el Mecanismo, pero no de dirimir si las empresas, de manera individual, se pueden acoger al mismo; decisión que corresponde a la autoridad laboral, que autorizará la medida si se ha celebrado un período de consultas y este concluye con acuerdo, o tras verificar la concurrencia de la causa de no mediar acuerdo. A este respecto, se establece que la decisión y las consideraciones que se incorporen al Acuerdo del Consejo de Ministros, no serán por sí mismas causas para la adopción en el ámbito empresarial de las medidas previstas en el art. 47 bis ET en relación con el empleo o las condiciones de trabajo. Frente a la tendencia progresiva a la supresión de la intervención de la autoridad laboral en clave de exigencia de autorización administrativa, la reforma amplía la exigencia de esta autorización para estas situaciones de dificultad por causas empresariales, más allá de la estricta fuerza mayor²².

En efecto, una vez activado el Mecanismo RED, y mientras esté en vigor, las empresas pueden solicitar de forma voluntaria ERTES de reducción de jornada o suspensión de contratos, en cualquiera de sus centros de trabajo.

El procedimiento se iniciará mediante solicitud por parte de la empresa dirigida a la autoridad laboral competente (la misma que

para sustanciar un ERTE por fuerza mayor del art. 47 ET), con comunicación simultánea a la representación legal de las personas trabajadoras, y se tramitará de acuerdo con lo previsto en el art. 47.5 ET, previo desarrollo de un período de consultas en los términos regulados en el art. 47.3 ET, con las particularidades que a continuación se indican. Por tanto, se produce un hibridaje entre el ERTE por fuerza mayor temporal y el ERTE por causas ETOP, donde previo primero aporta lo sustancial del procedimiento (incluida la intervención administrativa o gubernativa), pero insertándole un trámite, previo período de consultas con la representación legal de las personas trabajadoras, que es propio del ERTE-ETOP.

En la modalidad sectorial, a parte de la solicitud, es necesario aportar un plan de recualificación de las personas afectadas.

Una vez enviada la solicitud, la autoridad laboral la remitirá a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que esta emita un informe preceptivo sobre la concurrencia de los requisitos correspondientes, 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 este plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida (silencio positivo), siempre dentro los límites legal y reglamentariamente establecidos.

Cuando el periodo 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. Se establece aquí una suerte de presunción de concurrencia de los requisitos en caso de acuerdo.

Cuando el periodo de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución

²² CRUZ VILLALÓN, J. “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, *cit.*, p. 4.

estimando o desestimando la solicitud empresarial. La autoridad laboral estimará la solicitud en caso de entender que de la documentación aportada se deduce que la situación cíclica o sectorial temporal concurre en la empresa en los términos previstos en el art. 47 bis ET.

La resolución de la autoridad laboral será recurrible en vía administrativa y, agotada esta, ante la jurisdicción social.

En tanto se produce el desarrollo reglamentario del art. 47 bis ET, en la Disposición transitoria segunda del RDL 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía, se ha diseñado el procedimiento aplicable a los ERTEs con causa en el Mecanismo RED, con degradación de rango para que el Gobierno pueda modificarlo cuando lleve a cabo el desarrollo reglamentario del art. 47 bis ET.

En virtud de esta DT 2ª se establece la remisión a lo previsto en los Cap. II y III del RD 1483/2012, con ciertas especialidades y siempre que no sean incompatibles con lo previsto en el art. 47 bis ET. De forma explícita, se declara la no aplicación de los arts. 17 (Iniciación), 18 (Documentación), 19 (Comunicación del inicio del procedimiento a la autoridad laboral) y 22 (Informe de la ITSS), ni los porcentajes de reducción de jornada previstos en el art. 16.2 del citado RD 1483/2012 (por cierto, coincidentes con los establecidos en el art. 47.7 ET).

5.3. Normas comunes a las dos modalidades del Mecanismo RED

En el apartado 5 del art. 47 bis ET se establecen una serie de normas comunes aplicables a las dos modalidades del Mecanismo RED. Son las siguientes:

- Resultarán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 47.4 y 7 ET (*vid. supra*).
- Las personas trabajadoras cubiertas por un Mecanismo RED se beneficia-

rán de las medidas de protección social previstas en la disposición adicional 41ª de la LGSS (no se encuentran en situación legal de desempleo ex. art. 267 LGSS), y tendrán la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral.

- 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.

Asimismo, 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 último, la disposición final tercera del RD-L 32/2021 establece una regla sobre “*Adaptación de referencias normativas*”, conforme a la cual las referencias normativas al art. 47 ET, contenidas en dicho texto legal, deberán extenderse, a los mismos efectos, al art. 47 bis de la referida disposición.

5.4. Financiación

Uno de los elementos más novedosos de este singular sistema RED de regulación temporal de empleo es que su financiación se producirá con cargo a un fondo especial, cuya creación prevé el art. 47.6 ET.

Dicho fondo, denominado “Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo”, carece de personalidad jurídica y estará adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social, teniendo como finalidad atender a las necesidades futuras de financiación derivadas de la modalidad cíclica y sectorial del Mecanismo

RED en materia de prestaciones y exenciones a las empresas del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, así como los costes asociados a la formación, en la forma y condiciones previstas en su normativa de desarrollo.

Los recursos de este Fondo se nutrirán con los excedentes de ingresos que financian las prestaciones por desempleo en su nivel contributivo y asistencial (se está pensando en tiempos de bonanza económica), 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 (rentas, intereses...).

En previsión de una inminente activación del Mecanismo RED para el sector de las agencias de viajes, además de la procedimentalización interina ya comentada del Mecanismo RED, el citado RDL 4/2022 ha dispuesto la constitución formal del Fondo RED y ha ordenado, con carácter transitorio, la cobertura de sus necesidades financieras (DT 4ª), estableciendo que, mientras no esté dotado en cuantía suficiente, las necesidades de financiación del Mecanismo RED se atenderán con cargo a los presupuestos de la Seguridad Social, de las mutuas colaboradoras, del SPEE y del FOGASA.

5.5. La nueva prestación por sostenibilidad del empleo vinculada al Mecanismo RED

A diferencia de las personas trabajadoras incursas en un ERTE del art. 47 ET, cuya cobertura social durante los períodos de inactividad laboral por suspensión contractual o reducción temporal de jornada se vehicula a través de la prestación contributiva por desempleo, la reforma laboral de 2021 ha diseñado, para las personas trabajadoras afectadas la aplicación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización en el empleo, una prestación social específica, diferenciada de la pres-

tación por desempleo, cuyo régimen jurídico se aloja en la flamante Disposición Adicional 41ª LGSS²³. Con todo, se trata de una prestación diseñada en muchos aspectos a imagen y semejanza de la prestación por desempleo prevista en la legislación de emergencia pandémica para dar cobertura económica a las personas trabajadoras afectadas por un ERTE-covid durante los períodos de privación temporal de ocupación retribuida, cuya gestión se encomienda al SEPE.

Esta DA 41ª LGSS – que entrará en vigor a los tres meses de la publicación en el BOE del RD-L 32/2021 [ap. 2.d) de la DF 8ª RD-L 32/2021] – prevé que, en el marco del Mecanismo RED, en cualquiera de sus dos modalidades (cíclica y sectorial), las personas trabajadoras²⁴ podrán acceder a una prestación económica – por cierto, no recogida en el art. 42 LGSS donde se delimita la acción protectora de la Seguridad Social, cuya redacción el RD-L 32/2021 no ha actualizado, pese a su indudable carácter de prestación de Seguridad Social–, cuando se suspenda temporalmente el contrato de trabajo o se reduzca temporalmente la jornada ordinaria de trabajo²⁵, siempre que su salario sea objeto de análoga reducción, sin que sea

²³ Añadida al TR de la LGSS por el apartado Cinco del artículo tercero del RD-L 32/2021.

²⁴ La prestación se aplica también a las personas que tengan la condición de socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado y de sociedades laborales incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social o en los regímenes especiales que den cobertura a contingencias de desempleo, afectadas por la aplicación del Mecanismo RED.

²⁵ La reducción temporal de la jornada de trabajo en el marco del Mecanismo RED podrá ser entre un diez y un setenta por ciento y computarse sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual. Así se desprende de la remisión que hace el art. 47 bis ET, en su apartado 5.a), a las normas comunes aplicables a los ERTEs por causas ETOP y FMT contenidas en el art. 47.7 ET.

Sin embargo, el RDL 4/2022, al regular (DT 2ª) el procedimiento transitorio aplicable al Mecanismo RED hasta tanto no se produce el desarrollo reglamentario del art. 47 bis ET, ha declarado inaplicables los porcentajes de reducción de jornada previstos en el art. 16.2 del RD 1483/2012, esto es, la horquilla entre el 10 y el 70 por 100, que coincide en todo con la establecida en el art. 47.7.a) ET, si bien ha de interpretarse que esta exclusión, válida por rango y fecha de la norma establecien-

necesario acreditar un período mínimo de cotización previo a la Seguridad Social.

Aunque no se la califique expresamente como tal, por el régimen jurídico al que se somete en cuanto a requisitos, cálculo de la base reguladora y de la cuantía, así como de su tramitación y gestión, puede considerarse sin lugar a duda dentro de las categorías de prestaciones contributivas del sistema público de la Seguridad Social²⁶.

Los caracteres y requisitos de esta nueva prestación son los siguientes:

Solicitud.—No corresponde presentar la misma a la persona trabajadora, sino que se instaura un modelo de gestión colectiva con el que se persigue agilizar su tramitación y concesión, desplazando la carga burocrática hacia la empresa. De ahí que sea esta la que debe formular la solicitud, en representación de la persona trabajadora, en el modelo establecido al efecto en la página web o sede electrónica del SEPE, haciendo constar, entre otros datos, la naturaleza de la medida aprobada por la autoridad laboral y, en caso de reducción de jornada, el porcentaje máximo de reducción autorizado.

Plazo.—El plazo para la presentación de la solicitud es 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 o desde la del certificado del silencio administrativo. En caso de presentación fuera de plazo, el derecho nacerá el día de la solicitud. En este supuesto, la empresa deberá abonar a la persona trabajadora el importe que hubiese percibido en concepto de prestación de mecanismo RED desde el primer día en que se hubiese aplicado la medida de reducción de jornada o suspensión del contrato.

Requisitos.—Como se ha indicado, no es preciso acreditar un período mínimo de coti-

zación, pero el acceso a la prestación requerirá la inscripción de la persona trabajadora ante el servicio público de empleo competente.

Cuantía.—A efectos de la determinación del importe de la prestación, la base reguladora será el promedio de las bases de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en la empresa en la que se aplique el mecanismo, excluidas las retribuciones por horas extraordinarias, correspondientes a los 180 días inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de aplicación de la medida a la persona trabajadora. En caso de no acreditar 180 días de ocupación cotizada en dicha empresa, la base reguladora se calculará en función de las bases correspondientes al período inferior acreditado en la misma²⁷. La cuantía de la prestación se determina aplicando a la base reguladora el porcentaje del 70 por ciento durante toda la vigencia de la medida²⁸. En todo caso, la cuantía máxima mensual a percibir es equivalente al 225 % del IPREM vigente en el momento del nacimiento del derecho, incrementado en una sexta parte²⁹.

Cotización.—Durante la aplicación de las medidas de suspensión o reducción de jornada, la empresa ingresará la aportación de la cotización que le corresponda (después de aplicadas, en su caso, las correspondientes exenciones), correspondiendo a la entidad gestora únicamente ingresar la aportación de la persona trabajadora, previo descuento de su importe de la cuantía de la prestación.

²⁷ De este modo, se vincula la prestación a la cotización por contingencias profesionales realizada exclusivamente en la misma empresa en la que se aplica el Mecanismo, sin considerar los períodos cotizados en empresas anteriores, tampoco en caso de subrogación.

²⁸ En la prestación por desempleo general, el porcentaje aplicable a la base reguladora es el 70% durante los primeros 180 días, y el 50% a partir del día 181. En cambio, tratándose de personas trabajadoras incluidas en un ERTE-Covid, el porcentaje será el 70% durante toda la aplicación de la prestación. Así se viene aplicando desde el RD-L 8/2020.

²⁹ En caso de que relación laboral sea a tiempo parcial, la cuantía máxima se determina teniendo en cuenta el IPREM calculado en función del promedio de las horas trabajadas.

te, solo operaría en ERTES RED sustanciados con arreglo a ese marco jurídico transitorio.

²⁶ CRUZ VILLALÓN, J. "El sistema RED de regulación temporal de empleo", *cit.*, p. 5.

Duración.—La duración de la prestación no tiene un límite específico, extendiéndose hasta, como máximo, la finalización del período de aplicación del Mecanismo RED en la empresa.

Dinámica.—La prestación se suspende cuando la relación laboral se interrumpa por una causa distinta de la aplicación del Mecanismo, y procede su extinción si la persona que la viniese percibiendo causa baja en la empresa por cualquier motivo, así como a causa de sanción, en los términos establecidos en el texto refundido de la LISOS.

Efectos.—El acceso a esta prestación no implicará el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto. Además, el tiempo de percepción de la prestación no se considerará como consumido a efectos de la posible percepción de la prestación ordinaria por desempleo (caso de resultar insuficiente el Mecanismo), y, a su vez, no tendrá la consideración de período de ocupación cotizado a efectos de lo previsto en el art. 269.1 LGSS, si bien se aplicará la técnica del paréntesis, de modo que el período de seis años, a efectos de determinación del período cotizado para acceder a la prestación por desempleo o de su duración, que se establece en dicho precepto, se ha de retrotraer por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera percibido la citada prestación.

Compatibilidad.—La prestación será incompatible con la realización de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo, pero es compatible con la realización de otro trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, con la particularidad de que la cuantía de la prestación no se verá reducida en la parte proporcional al tiempo trabajado. Con ello se pretende que el disfrute de la prestación no se convierta en un desincentivo a la búsqueda y aceptación de un nuevo empleo. En el caso de reducción de jornada, se entenderá como tiempo de percepción de prestación el que resulte de convertir en días a jornada completa el número de horas no trabajadas en el período temporal de referencia.

La prestación será incompatible con la percepción de prestaciones o subsidios de desem-

pleo, con la prestación de cese de actividad y con la renta activa de inserción, así como 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. En todo caso, no se podrá percibir, de forma simultánea, prestaciones derivadas de dos o más Mecanismos RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

Gestión.—Corresponde al SEPE – al ISM en el caso de trabajadores encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar– gestionar las funciones y servicios derivados de la prestación y declarar el reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de estas prestaciones, así como 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.

A los efectos de la tramitación y del pago de la prestación, y hasta que se proceda al desarrollo reglamentario del procedimiento de comunicación previsto en la disposición adicional 42ª de la LGSS³⁰, la empresa vendrá obligada a comunicar al SPEE los períodos de inactividad de las personas trabajadoras por la aplicación de las medidas de suspensión o reducción adoptadas al amparo del art. 47 bis ET. El procedimiento para esta comunicación –sigue diciendo la disposición transitoria octava RD-L 32/2021– se regulará por resolución de la persona titular de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal.

³⁰ "Al objeto de reducir las cargas administrativas de las empresas, reglamentariamente se establecerá por el Servicio Público de Empleo Estatal y la Tesorería General de la Seguridad Social, un procedimiento único a través del cual las empresas puedan comunicar, a ambas entidades, el inicio y finalización de los períodos de suspensión temporal de contratos de trabajo y reducción temporal de jornada de trabajo de los trabajadores afectados por un expediente de regulación temporal de empleo.

A través de dicho procedimiento las empresas deberán poder comunicar esta información de tal forma que la misma surta efecto para el desarrollo de la totalidad de las competencias de ambas entidades".

Reintegro.—Trascurrido el plazo fijado para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas o de responsabilidad empresarial sin haberse efectuado el mismo, corresponderá a la TGSS proceder a su recaudación en vía ejecutiva de conformidad con las normas reguladoras de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, con el correspondiente devengo del recargo e interés de demora en los términos y condiciones establecidos en la LGSS.

No se especifica en la norma el destino de ese reintegro, pero cabe presumir que será el Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo con cargo a cuyos recursos se ha financiado la prestación indebidamente percibida.

Impugnación.—Las resoluciones de la entidad gestora relativas a esta prestación pueden impugnarse ante los órganos del orden jurisdicción social, previa interposición de reclamación previa, en el plazo de los treinta días hábiles siguientes a la notificación de la resolución, en los términos previstos en el art. 71 LRJS.

Reglas transitorias.—En tanto tiene lugar el desarrollo reglamentario previsto en el apartado 2 de la DA 41ª LGSS, el RDL 4/2022 ha establecido un régimen transitorio sobre la protección social aplicable a las personas trabajadoras afectadas por el Mecanismo RED, declarando aplicables las previsiones de la citada DA 41ª, pero con algunas especialidades.

6. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL APLICABLES A LOS ERTES Y AL MECANISMO RED

En los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato, ya sea por decisión del empresario al amparo de lo establecido en los arts. 47 y 47 bis ET, o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedi-

miento concursal, el nuevo art. 153 bis LGSS³¹ dispone que la empresa seguirá obligada al ingreso de las cuotas correspondientes a la aportación empresarial, correspondiendo a la entidad gestora, en caso de causarse derecho a la prestación por desempleo o a la regulada en la DA 41ª LGSS, el ingreso de la aportación del trabajador, previo descuento de la misma en la cuantía de la prestación.

Para el cálculo de la aportación empresarial por contingencias comunes y por contingencias profesionales en estos supuestos, las bases de cotización a la Seguridad Social estarán constituidas por el promedio de las bases de cotización en la empresa afectada correspondientes a dichas contingencias de los seis meses naturales inmediatamente anteriores al inicio de cada situación de reducción de jornada o suspensión del contrato. Precisa la norma que, para el cálculo de dicho promedio, se tendrá en cuenta el número de días en situación de alta, en la empresa de que se trate, durante el periodo de los seis meses indicados; y que, en los supuestos de reducción temporal de jornada, las bases de cotización se reducirán en función de la jornada trabajo no realizada. Por último, durante los periodos de suspensión temporal de contrato de trabajo y de reducción temporal de jornada, no resultarán de aplicación, respecto de la jornada de trabajo no realizada, las normas de cotización correspondientes a las situaciones de incapacidad temporal, descanso por nacimiento y cuidado de menor, y riesgo durante el embarazo y lactancia natural.

No obstante, y confiriendo carácter estructural a una medida adoptada para la coyuntura de ERTES-covid, se ha previsto que durante la aplicación, ya sea de un ERTE ex. art. 47 ET o asociado al Mecanismo RED del art. 47 bis ET, las empresas podrán acogerse, de forma voluntaria, a determinadas exenciones en la cotización a la Seguridad Social sobre la aportación empresarial por

³¹ Añadido al texto refundido de la LGSS por el artículo tercero. Dos del RD-L 32/2022.

contingencias comunes y por conceptos de recaudación conjunta (FOGASA, Desempleo, Formación Profesional), siempre y cuando concurren las condiciones y requisitos incluidos en la disposición adicional 44ª de la LGSS³². Con esta reducción de costes se pretende que para las empresas resulte más atractivo acudir a un ERTE que destruir empleo, al tiempo que se las compensa económicamente en períodos de baja o nula productividad. Convendrá señalar que la aportación empresarial por contingencias profesionales no está bonificada, como tampoco la aportación correspondiente a las personas trabajadoras afectadas por el ERTE o el Mecanismo RED.

La cuantía y el régimen jurídico de dichas exenciones son los siguientes:

a) Las empresas tendrán derecho a una exoneración del 20 por ciento cuando acudan a ERTEs por causas ETOP, bajo condición de que desarrollen las acciones formativas a las que se refiere la disposición adicional vigésimo quinta del ET³³. La norma no establece, a diferencia de lo previsto para los ERTEs-Covid en el art. 3 RD-L 18/2021, un número mínimo de horas de formación que deba realizar cada persona trabajadora para que la empresa pueda aplicarse las exoneraciones.

La exoneración será notablemente mayor, el 90%, en los ERTEs por fuerza mayor temporal a que se refiere el art. 47.5 ET y en los ERTEs por fuerza mayor temporal determinada por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada en la empresa a los que se refiere el art. 47.6 del mismo texto legal.

La exoneración es decreciente a medida que transcurre el tiempo en los ERTEs a los

que se resulte de aplicación el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, en su modalidad cíclica, siendo del 60 por ciento en los cuatro primeros meses contados desde la activación por el Consejo de Ministros, el 30 por ciento durante el segundo cuatrimestre y el 20 por ciento durante el tercer y último cuatrimestre.

Obsérvese que una misma situación de dificultad económica empresarial puede dar derecho a diferentes exenciones si la empresa sustancia un ERTE del art. 47 ET o si, en un contexto de crisis económica generalizada, decide acogerse al Mecanismo RED en su modalidad cíclica, previa activación del mismo por el Gobierno.

En el Mecanismo RED de carácter sectorial, por el contrario, la exoneración es fija y del 40 por ciento durante todo el período de aplicación del mismo. Al igual que ocurre con los ERTEs por causas ETOP, en esta modalidad de Mecanismo RED el acceso a la exención está supeditado a que las empresas desarrollen acciones formativas en favor de las personas trabajadoras afectadas.

Atendiendo a las circunstancias que concurren en la coyuntura macroeconómica general o en la situación en la que se encuentre determinado sector o sectores de la actividad, el Consejo de Ministros podrá impulsar las modificaciones legislativas necesarias para actualizar dichos porcentajes, así como establecer la aplicación de exenciones a la cotización debida por los trabajadores reactivados, tras los periodos de suspensión del contrato o de reducción de la jornada, en el caso de los ERTEs vinculados a la modalidad cíclica del Mecanismo RED.

b) Las exenciones se aplicarán respecto de las personas trabajadoras afectadas por las suspensiones de contratos o reducciones de jornadas, en alta en los códigos de cuenta de cotización de los centros de trabajo afectados.

c) Las exenciones en la cotización no tendrán efectos para las personas trabajadoras, manteniéndose la consideración del período

³² Añadida al Texto Refundido de la LGSS por el artículo tercero. Ocho del RD-L 32/2021.

³³ La DA 25ª ET, introducida por el artículo primero. Trece del RD-L 32/2021, regula las acciones formativas que las empresas pueden desarrollar en los ERTEs regulados en los arts. 47 y 47 bis ET, para cada una de las personas trabajadoras afectadas, las cuales tendrán como objetivo la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras.

en que se apliquen como efectivamente cotizado a todos los efectos.

d) Para la aplicación de las exenciones, no será preciso que la empresa esté al corriente de pago de las cuotas en la fecha de concesión; ni la falta de ingreso en el plazo reglamentario de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, devengadas con posterioridad a la obtención de los beneficios en la cotización, dará lugar a su pérdida automática respecto a las cuotas correspondientes a períodos no ingresados en dicho plazo³⁴.

e) La financiación de las exenciones se hará con aportaciones del Estado, estando a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social, de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, del Servicio Público de Empleo Estatal y del Fondo de Garantía Salarial, respecto a las exenciones que correspondan a cada uno de ellos.

f) En la aplicación de las exenciones no rige el principio de oficialidad, sino que, debido a los compromisos que la empresa adquiere a cambio de los beneficios en la cotización (formación, mantenimiento de empleo), las mismas se aplicarán por la TGSS a instancia de la empresa, previa comunicación de la identificación de las personas trabajadoras y periodo de suspensión o reducción de jornada, y previa presentación de declaración responsable, respecto de cada código de cuenta de cotización, en el que figuren de alta las personas trabajadoras adscritas a los centros de trabajo afectados, y mes de devengo³⁵. En el caso de ERTEs por

causas ETOP y los vinculados a la modalidad sectorial del Mecanismo RED, se acompañará además una declaración responsable sobre el compromiso formativo que adquiere la empresa. Para que la exención resulte de aplicación, estas declaraciones responsables se deberán presentar antes de solicitarse el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente al periodo de devengo de cuotas sobre el que tengan efectos dichas declaraciones; de efectuarse en un momento posterior, las exenciones únicamente se aplicarán a las liquidaciones que se presenten con posterioridad, pero no a los períodos ya liquidados.

g) Las comunicaciones y declaraciones responsables se deben realizar mediante la transmisión de los datos que establezca la TGSS, a través del Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (Sistema RED), regulado en la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo.

h) A efectos de verificar que la empresa que se ha aplicado exoneraciones de cuotas en los ERTEs por causas ETOP y en aquellos en los que es de aplicación el Mecanismo RED, modalidad sectorial, ha cumplido con el deber formativo que actúa como condición impuesta legalmente para el disfrute de dichas exenciones, la TGSS comunicará al SPEE la relación de personas trabajadoras por las que las empresas se han aplicado las exenciones. El SPEE verificará la realización de las acciones formativas, en los términos y con los requisitos a los que se refiere la disposición adicional vigésima quinta del ET. Caso de no haberse realizado dichas acciones formativas, la TGSS informará de tal circunstancia a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, para que esta 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 acciones³⁶. La empresa no vendrá obligada al

³⁴ La DA 44ª LGSS, en su apartado 3, declara inaplicables, para la aplicación de las exenciones previstas en dicha disposición, lo establecido en los apartados 1 y 3 del art. 20 LGSS.

³⁵ La declaración responsable hará referencia tanto a la existencia como al mantenimiento de las vigencias de los ERTEs y al cumplimiento de los requisitos establecidos para la aplicación de las exenciones. La declaración hará referencia a haber obtenido, en su caso, la correspondiente resolución de la autoridad laboral emitida de forma expresa o por silencio administrativo.

³⁶ Las empresas que se hayan beneficiado de las exenciones conforme a lo establecido en las letras a) y e) del apartado

reintegro de las exoneraciones que se hubiera aplicado cuando acredite haber puesto a disposición de las personas trabajadoras las acciones formativas y, pese a ello, la persona trabajadora no las hubiera realizado.

i) Otro rasgo heredado de la regulación de los ERTEs por Covid es el establecimiento de un compromiso de conservación del empleo para las empresas que se apliquen exoneraciones en las cotizaciones durante la vigencia de las medidas de suspensión de contrato o reducción temporal de jornada, en aplicación de los arts. 47 y 47 bis ET. Estas empresas –no así las que hubieran renunciado a aplicarse beneficios en la cotización– vienen obligadas a mantener en el empleo a las personas trabajadoras afectadas “durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del expediente de regulación temporal de empleo”.

Importa señalar que el compromiso de mantenimiento del empleo durante seis meses (consecutivos) se activa, para todas las personas trabajadoras afectadas, el día siguiente a aquel en hubiera finalizado íntegramente la vigencia del ERTE (incluidas las posibles prórrogas), no con la reincorporación al trabajo de las concretas personas afectadas por el expediente.

Por otro lado, el RD-L 32/2021 ha venido a determinar las consecuencias del incumplimiento de esta cláusula de salvaguarda del empleo, en términos que difieren sustancialmente de lo establecido en la legislación social anti-pandemia³⁷. Desmarcándose de

1 de la DA 44ª LGSS, que incumplan las obligaciones de formación a las que se refieren estas letras, deberán ingresar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas respecto de cada trabajador en el que se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias de la Seguridad Social, previa determinación por la ITSS del incumplimiento de estas obligaciones y de los importes a reintegrar.

³⁷ Sobre el alcance y efectos del compromiso de mantenimiento de empleo previsto en la legislación social extraordinaria aprobada durante la pandemia, cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F. “Las limitaciones a la extinción de contratos de trabajo y la cláusula

lo previsto en la disposición adicional sexta del RD-L 8/2020 –mantenida en los decretos leyes posteriores que han establecido exoneraciones de cuotas para los ERTEs por COVID–, donde se dispone que las empresas que incumplan el compromiso “deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes”, la disposición adicional 44ª de la LGSS establece que las empresas que incumplan el compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, pero solo “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 Inspección de Trabajo y Seguridad Social”. Esta solución casa mejor con el principio de proporcionalidad que debe informar las actuaciones en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

Muchas empresas no se han acogido durante la pandemia a los beneficios de cotización asociados a los ERTEs-Covid, por temor a tener que abonar una elevada factura en devolución de cuotas caso de verse abocadas a rescindir contratos de trabajo después del ERTE, vía despidos objetivos o colectivos. Es cierto que no contamos todavía con interpretaciones judiciales (del orden contencioso-administrativo) que precisen el alcance de la referida devolución en caso de incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo en referencia a los ERTEs-Covid, pero no cabe duda que al limitarse expresamente en la DA 44ª LGSS la responsabilidad empresarial a la obligación de regularizar las cotizaciones de la concre-

de salvaguarda de empleo en la legislación social anti-covid”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 240, marzo 2021, pp. 29-65. Asimismo, CABEZA PEREIRO, J. “ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas”, *Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 456, 2021, pp. 11-34.

ta persona trabajadora despedida, el efecto disuasorio de una interpretación /aplicación expansiva como la que sugieren los decretos leyes de la emergencia sanitaria se reduce significativamente.

No se considerará incumplido el compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. Tampoco se considera incumplido el compromiso por falta de llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino la interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales, no se entenderá incumplido este requisito cuando el contrato se haya formalizado de acuerdo con lo previsto en el art. 15 ET y se extinga por finalización de la causa, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

Aplicando el aforismo “*inclusio unius, exclusio alterius*”, la relación específica de supuestos no determinantes de infracción de la cláusula de salvaguarda del empleo se presenta como una lista cerrada o *numerus clausus*, de modo que se entenderá incumplido el compromiso cuando el contrato de las personas trabajadoras afectadas por el ERTE se extinga por motivos diferentes, previstos en el art. 49 y preceptos concordantes del ET: mutuo acuerdo; cumplimiento de la causa pactada en el contrato de trabajo (condición resolutoria); jubilación, muerte o incapacidad del empresario o disolución de la persona jurídica, sin mediar subrogación; extinciones por causas objetivas –de todo tipo– y despidos colectivos; rescisión del contrato por voluntad de la trabajadora víctima de violencia de género; rescisión del contrato de trabajo por voluntad de la persona trabajadora en los supuestos de los arts. 40, 41 y 50 ET; desistimiento empresarial (en período de prueba, de alto cargo); despido (disciplinario) declarado o reconocido como improcedente.

En relación con estas causas de extinción del contrato, conviene emitir las siguientes precisiones:

- Al no incluirse ninguna especificación, es irrelevante a efectos de determinar el incumplimiento del compromiso de mantenimiento de empleo la calificación de los despidos objetivos y colectivos como ajustados o no a derecho, si bien en los supuestos de improcedencia o nulidad, la obligación de mantener el empleo no padece si la empresa opta por la reconstitución del vínculo laboral, con pago de salarios de trámite y cotizaciones a la Seguridad Social.
- Pese a no figurar expresamente en la lista de exclusiones, parece razonable concluir que la empresa no tendrá que afrontar las consecuencias del incumplimiento cuando los contratos se extingan por fuerza mayor. Esta interpretación contaría con el aval del art. 1105 CC, donde se establece que “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.
- Además de la fuerza mayor, otras causas de extinción no incluidas en la lista de excepciones tampoco dependen de la decisión de la empresa, individual o compartida con la persona trabajadora, directa o refleja, por lo que se antoja poco razonable que su activación determine incumplimiento (que se presume ha de ser voluntario) del compromiso de mantenimiento de empleo (caso, p. ej., de la extinción instada por trabajadora víctima de violencia de género).
- En caso de subrogación empresarial, el nuevo titular que ocupe la posición de empresario asumirá las obligaciones

inherentes al compromiso de mantenimiento del empleo, por el tiempo que reste del mismo, como efecto derivado del art. 44 del ET, con independencia de que la empresa subrogante se hubiera beneficiado o no de las exoneraciones de cuotas. En todo caso, el potencial incumplimiento del señalado compromiso de empleo habrá de conjugarse con las reglas generales previstas en el art. 44 ET, en relación con la transmisión de responsabilidades entre empresa cedente y cesionaria.

En consideración al importante sacrificio financiero que representa para el erario público la puesta en práctica de este sistema de incentivos, la implicación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en la tarea de comprobación y supervisión de su correcta aplicación resulta fundamental para la detección de comportamientos fraudulentos. De ahí que se hayan reforzado sus funciones y competencias en una nueva disposición de la LGSS, la cuadragésima quinta³⁸, donde se atribuye a este órgano, en el ejercicio de sus competencias, la vigilancia del cumplimiento de los requisitos y de las obligaciones establecidas en relación a las exenciones en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, pudiendo iniciarse en caso de incumplimiento de la normativa los correspondientes expedientes sancionadores y liquidatorios de cuotas³⁹. Una actividad inspectora, a la postre, tendente a evitar y combatir el fraude empresarial en estas materias⁴⁰.

³⁸ Añadida al TR de la LGSS por el artículo tercero. Nueve del RD-L 32/2021, según la corrección de errores publicada en el BOE de 19 de enero de 2022.

³⁹ Insiste la disposición en la necesidad de "vigilar la veracidad, inexactitud u omisión de datos o declaraciones responsables proporcionadas por las empresas o por cualquier otra información que haya sido utilizada para el cálculo de las correspondientes liquidaciones de cuotas, y sobre la indebida existencia de actividad laboral durante los periodos comunicados por la empresa de suspensión de la relación laboral o reducción de jornada de trabajo, en los que se hayan aplicado exenciones en la cotización".

⁴⁰ GARCÍA BLASCO, J. "Reforma laboral, infracciones en el orden social y reforzamiento del papel de la Inspección

7. POTENCIACIÓN DE LA DIMENSIÓN FORMATIVA EN LOS ERTES

Una de las claves de bóveda en la nueva ordenación de los ERTes y del Mecanismo RED es la importancia que la norma dedica a la formación continua de las personas trabajadoras afectadas, al objeto de que su paso por un ERTE no provoque su descualificación e, incluso, represente una oportunidad de reciclaje profesional que mejore su empleabilidad actual y futura.

A este respecto, el artículo primero. Trece del RD-L 32/2021 introduce en el ET una nueva disposición adicional 25^a, que establece lo siguiente:

- Durante las reducciones de jornada de trabajo o suspensiones de contratos de trabajo a las que se refieren los arts. 47 y 47 bis ET, las empresas podrán desarrollar acciones formativas para cada una de las personas afectadas, que tendrán como objetivo la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras.
- A través de estas acciones se priorizará el desarrollo de acciones formativas dirigidas a atender las necesidades formativas reales de las empresas y los trabajadores incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, así como aquellas que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa.
- Las acciones formativas se desarrollarán a través de cualquiera de los tipos de formación previstos en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de

de Trabajo", *briefs de la aedtss*, publicado el 31 de enero de 2022, p. 4, <https://www.aedtss.com/reforma-laboral-infracciones-en-el-orden-social-y-reforzamiento-del-papel-de-la-inspeccion-de-trabajo/>

las Cualificaciones y de la Formación Profesional y en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, de acuerdo con los requisitos y procedimientos establecidos en dichas normas, o a través de cualquier otro sistema de formación acreditada.

- Las acciones formativas deberán desarrollarse durante la aplicación de la reducción de la jornada o suspensión del contrato, en el ámbito de un expediente de regulación temporal de empleo, o en tiempo de trabajo. En cualquier caso, deberán respetarse los descansos legalmente establecidos y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

Además de supeditar la aplicación de las exenciones en la cotización al desarrollo por las empresas de acciones formativas en determinados supuestos (ERTEs-ETOP, modalidad sectorial del Mecanismo RED), la reforma ha previsto estímulos económicos directos para las empresas que formen a personas afectadas por ERTEs del art. 47 ET o por una de las modalidades del Mecanismo RED a las que hace referencia el art. 47 bis ET.

A tal efecto, el artículo cuarto del RD-L 32/2021 ha incorporado un nuevo apartado 7 en el art. 9 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, donde se reconoce a dichas empresas el derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada, con un importe que depende del tamaño laboral de la empresa:

- a) De 1 a 9 personas trabajadoras: 425 euros por persona.
- b) De 10 a 49 personas trabajadoras: 400 euros por persona.
- c) De 50 o más personas trabajadoras: 320 euros por persona.

Este incremento de crédito será financiado a través de una aportación extraordinaria al presupuesto del SEPE.

Las cuantías señaladas anteriormente podrán, en su caso, ser actualizadas reglamentariamente.

Asimismo, para el seguimiento de esta formación, el Servicio Público de Empleo Estatal será reformado en sus unidades provinciales de gestión.

8. RÉGIMEN SANCIONADOR

En el art. 5 del RD-L 32/2021 se introducen modificaciones muy relevantes en el texto refundido de la LISOS, para reforzar la eficacia de las novedades sustantivas operadas en materia de contratación laboral, ETTs, ERTEs y nuevo Mecanismo RED.

En relación con los ERTEs y el Mecanismo RED, cabe destacar la importancia de la adición de un nuevo apartado 14 al art. 7, la modificación del art. 8.3 y la adición de un nuevo apartado 20 al art. 8.

Con la adición de un nuevo apartado 14 en el art. 7 LISOS, se viene a tipificar como infracción “grave” la formalización de nuevas contrataciones laborales incumpliendo la prohibición establecida en el art. 47.7.d) ET, en la redacción dada al mismo por el RD-L 32/2021, considerándose cometida una infracción por cada persona trabajadora contratada.

El nuevo art. 8.3 LISOS califica como infracción “muy grave” en materia de relaciones laborales “proceder [...] 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 [...] 47 y 47 bis del Estatuto de los Trabajadores”; mientras que el nuevo apartado 20 del

art. 8 LISOS considera infracción muy grave “establecer nuevas externalizaciones de actividad” incumpliendo la prohibición establecida en el art. 47.7.d) ET.

Además, se produce un incremento en la cuantía de las sanciones administrativas correspondientes a las nuevas infracciones graves que introduce el RD-L 32/2021, las cuales se sancionarán, en su grado mínimo, de 1.000 a 2.000 euros; en su grado medio, de 2.001 a 5.000 euros, y en su grado máximo, de 5.001 a 10.000 euros⁴¹.

9. VALORACIÓN FINAL

En nuestro país, muchas empresas recurren a la temporalidad como mecanismo de ajuste cuando su actividad se resiente, pues resulta menos costoso no renovar un contrato de duración determinada que extinguir un contrato indefinido. En un marco institucional de relaciones laborales como el propiciado por la reforma de 2021, que se ha fijado como principal objetivo estabilizar las plantillas, resulta coherente la adopción de medidas dirigidas a diseñar e intensificar instrumentos que permitan a las empresas adaptar sus recursos humanos a las vicisitudes e incidencias que registre la normalidad del proceso productivo. La estabilidad del empleo no es incompatible con la flexibilidad en la gestión de la mano de obra, tradicionalmente demandada por las empresas, siempre que esa flexibilidad se revista de las necesarias garantías y contrapesos para no perjudicar a las personas trabajadoras afectadas.

Es lo que ha pretendido la reforma laboral de 2021 con el reforzamiento de los ERTEs ordinarios y, sobre todo, con la creación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización de Empleo, complementario del ERTE clásico: convertir al ERTE en el instrumento de rees-

tructuración empresarial por antonomasia para afrontar los escenarios individualizados o generalizados de crisis empresariales futuras, como alternativa a los despidos objetivos y a los EREs, dotando de la conveniente protección social a los trabajadores. De este modo, las personas trabajadoras conservan el empleo y sus expectativas, las empresas pueden sortear las crisis sin perder a sus trabajadores cualificados y el Estado ahorra dinero en costes de desempleo estructural y de larga duración. Así se explica que la reforma, inspirada en el modelo alemán de jornada reducida (*kurzarbeit*), haya contado con el respaldo de todas las partes intervinientes en la mesa de diálogo social. Y ello sin desconocer, por un lado, que el despido, fácil y barato tras la reforma de 2012, continuará siendo un atractivo señuelo para las empresas, que la nueva regulación en materia de ERTEs aspira a desactivar; y, por otro lado, que en aras del consenso, la reforma no ha entrado a revisar otros mecanismos de flexibilidad interna que salieron muy fortalecidos con la reforma de 2012 y a los que igualmente pueden acogerse las empresas (traslados, distribución irregular de jornada, movilidad funcional, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, des-cuelgues convencionales)⁴².

Interesa destacar lo que aparenta ser una contradicción en la reforma, pues por un lado el RD-L 32/2021 deroga la disposición adicional decimosexta del ET que contenía especificidades sobre la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público, medida esta que parece orientada a impedir que las Administraciones y entidades públicas prescindan de trabajadores permanentes acudiendo a EREs y despidos objetivos; pero, al mismo tiempo, mantiene la vigencia de la disposición adicional 17ª del ET, que impide a las Admi-

⁴¹ Nuevo art. 40.1.c.bis de la LISOS, añadido por el RD-L 3/2021.

⁴² ÁLVAREZ CORTÉS, J.A. “Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma del RD-L 32/2021 (I): Las modificaciones del art. 47 ET”, 11 enero 2022, <https://grupo.us.es/iwpr/2022/01/11/los-expedientes-de-regulacion-temporal-de-empleo-tras-la-reforma-del-rd-ley-32-2021-i-las-modificaciones-del-art-47-et/>

nistraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos (salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado) acogerse a medidas de suspensión de contratos y reducción de jornadas (y parece lógico que tampoco al Mecanismo RED).

Como rasgos definitorios de los renovados ERTEs cabe destacar, entre otros, los siguientes:

(i) Se priorizan las reducciones temporales de jornadas frente a las suspensiones de contratos, siempre que ello sea viable.

(ii) Se otorga carta de naturaleza legal al “*factum principis*” como supuesto de fuerza mayor habilitante de medidas de regulación temporal de empleo, con especial atención a las situaciones de impedimento o limitación de la actividad empresarial por razones de salud pública.

(iii) Se simplifica y agiliza la tramitación de los ERTEs ordinarios, al tiempo que el nuevo Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo se “politiza” y es sometido a una estrecha supervisión oficial, aunque sin descartar la participación de los agentes sociales en su fase de activación, y de la representación legal de las personas trabajadoras en la negociación del ERTE subsiguiente.

(iv) Se presta especial atención al desarrollo de acciones formativas en favor de las personas trabajadoras afectadas, de especial trascendencia cuando se pone en marcha el mecanismo RED por circunstancias específicas en un sector que generen necesidades de recualificación y de transición profesional. Y es que la seguridad en el empleo no pasa solo por esta acogido a una modalidad contractual, preferentemente estable, sino también, y cada vez más, por una permanente puesta al día de la capacidad formativa de la persona trabajadora como mejor garantía de empleabilidad.

(v) Se establece un régimen especialmente incentivador para las empresas en materia

de cotizaciones, con reglas comunes tanto para los ERTEs ordinarios como los del Mecanismo RED, que implican importantes exenciones en la cotización a cargo de la empresa, las cuales tienen como contrapartida, en algunos casos (ERTEs-EOP y Mecanismo RED sectorial), el desarrollo de acciones formativas y, en todos ellos, un deber de mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados por los ERTEs durante un período de seis meses contados desde la finalización del período de vigencia del ERTE.

(vi) La protección social de las personas trabajadoras afectadas por medidas de regulación temporal de empleo se garantiza por mecanismos diversos en función del tipo de ERTE: las afectadas por el ERTE ordinario siguen sometidas al régimen de la prestación contributiva por desempleo, mientras que para las afectadas por el Mecanismo RED se diseña una prestación específica de Seguridad Social que comparte numerosos rasgos con la prestación por desempleo que se contempla en la legislación de la emergencia pandémica para las personas trabajadora afectadas por un ERTE-COVID.

(vii) El procedimiento de regulación temporal de empleo no excluye que, incluso tras las posibles prórrogas previstas legalmente, la situación de crisis empresarial se enquiste y no haya más remedio que acudir a medidas extintivas. La transición de un ERTE ordinario, o vinculado al Mecanismo RED, al ERE, conforma un escenario no descartable. A este respecto, conserva plena vigencia la jurisprudencia que considera que es posible acudir a un despido colectivo u objetivo, en base a la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada para el ERTE, o bien, tratándose de la misma causa, ante un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron dicho ERTE⁴³.

* * *

⁴³ SSTS/Soc. de 18 marzo 2014, Rec. 125/2013; 16 abril 2014, Rec. 57/2013; 17 julio 2014, Rec. 32/2014; 16 diciembre 2021, Rec. 210/2021.

Como conclusión, la reforma laboral ha optado por incentivar las reducciones temporales de jornada y las suspensiones de contratos, reforzando los tradicionales ERTEs y poniendo al alcance de las empresas nuevas soluciones, menos traumáticas en términos de empleo que los despidos, a las que pueden acogerse para ajustar sus plantillas en situaciones macroeconómicas adversas y de reestructuración sectorial, al tiempo que se asiste a las personas trabajadoras afectadas con prestaciones sociales y se cubren sus necesidades de recualificación y transición profesional en un entorno productivo en permanente cambio⁴⁴.

Con este arsenal de medidas se vertebraba una regulación promocional, moderna y, cabe desearlo así, eficaz de las medidas temporales de regulación de empleo, a través de una adecuada combinación de flexibilidad interna y estabilidad de las relaciones laborales, que pone el acento en la viabilidad de las empresas y en la protección del empleo y del capital humano.

En todo caso, habrá que estar atentos en los próximos meses al imprescindible desarrollo reglamentario de estas medidas, a sus resultados (que nos darán la medida de su éxito) y a la interpretación judicial dimanante de su puesta en práctica.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CORTÉS, J.A. “Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma del RDL 32/2021 (I): Las modificaciones del art. 47 ET”, 11 enero 2022, <https://grupo.us.es/iwpr/2022/01/11/los-expedientes-de-regulacion-temporal-de-empleo-tras-la-reforma-del-rd-ley-32-2021-i-las-modificaciones-del-art-47-et/>

⁴⁴ MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R. “El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios”, *briefs de la aedtss*, 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

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)”, 3 enero 2022, <https://ignasibeltran.com/2022/01/03/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-el-nuevo-regimen-juridico-de-los-erte-ex-art-47-et-y-erte-mecanismo-red-art-47-bis-et/>

CABEZA PEREIRO, J., “ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas”, *Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 456, 2021, pp. 11-34.

CAVAS MARTÍNEZ, F. “Las limitaciones a la extinción de contratos de trabajo y la cláusula de salvaguarda de empleo en la legislación social anti-covid”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 240, marzo 2021, pp. 29-65.

CAVAS MARTÍNEZ, F. “El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad del empleo en la nueva Reforma Laboral de 2021”, Grupo NET21, 11 de enero de 2022, <https://www.net21.org/el-refuerzo-de-los-erte-como-garantia-de-estabilidad-del-empleo-en-la-nueva-reforma-laboral-2021/>

CRUZ VILLALÓN, J. “El Sistema RED de regulación temporal de empleo”, *briefs de la aedtss*, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/El-sistema-RED-de-regulacion-temporal-de-empleo.pdf>

DE LA PUEBLA PINILLA, A. “El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo”, *Labos*, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Enero 2022, Vol. 3, Número extraordinario, La reforma laboral de 2021, pp. 83-96.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, Civitas, 1993.

FERRANDO GARCÍA, F^a.M^a., “Los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada derivados del COVID-19. Estudio de las medidas de ajuste temporal orientadas al objetivo prioritario de mantenimiento del empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, “Estado de alarma, crisis económica y mantenimiento del empleo en la legislación laboral”, 149, Núm. Extraordinario, 2021, pp. 71-98.

GARCÍA BLASCO, J., “Reforma laboral, infracciones en el orden social y reforzamiento del papel de la Inspección de Trabajo”, *briefs de la aedtss*, publicado el 31 de enero de 2022, <https://www.aedtss.com/reforma-laboral-infracciones-en-el-orden-social-y-reforzamiento-del-papel-de-la-inspeccion-de-trabajo/>

- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. “La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo”, *Labos*, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Enero 2022, Vol. 3, Número extraordinario, La reforma laboral de 2021, pp. 97-110.
- MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R. “El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios”, *briefs de la aedtss*, 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
- RAMOS QUINTANA, M.I., “La flexibilidad interna en la reforma laboral: medidas temporales y permanentes para apoyar a las empresas y sostener el empleo ¿una opción prioritaria frente al despido?”, *Trabajo y Derecho*, 87/2022 (Marzo), pp. 1-7.
- 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”, lunes, 10 de enero de 2022, blog del autor *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, www.eduardorjotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_10.html
- ROQUETA BUJ, R. *Los expedientes de regulación temporal de empleo*, 2^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

El sistema legal de negociación colectiva tras EL RD-L 32/2021. Nuevas orientaciones en la estructura negocial, determinación del convenio colectivo aplicable y restitución de su vigencia ultraactiva

The legal system of collective bargaining after RD-L 32/2021. New guidelines in the structure of collective bargaining, determination of the applicable collective agreement and restitution of its ultraactivity

AMPARO MERINO SEGOVIA*

<https://doi.org/10.55617/revmites.05>

Resumen: La reforma laboral 2021 aboga por un sistema de negociación colectiva más equilibrado, justo y eficiente, que contribuya a una mejora de las condiciones de trabajo, reforzando la representatividad y la igualdad en la relación de partes. Para dar respuesta a estos objetivos, el RD-L 32/2021 rescata las cuantías salariales de la preferencia aplicativa que, sin paliativos, reconoció la reforma laboral 2012 al convenio de empresa, facilitando la devaluación retributiva. También introduce una norma de importancia que, identificando el convenio colectivo aplicable a cada contrata y subcontrata, busca evitar la competencia desleal de las empresas con convenios colectivos de baja calidad, poniendo algunos límites a una práctica que propició la sustitución de mano de obra directa por personal externalizado con condiciones laborales precarizadas. Las reglas de vigencia ultraactiva del convenio colectivo introducidas por el RD-L 32/2021 anuncian, asimismo, cambios en los procesos de negociación; y lo que es más importante: cesan las presiones sobre los procesos de renovación de los convenios colectivos, que debilitaron la posición de las organizaciones sindicales y coadyuvaron a la moderación y reducción de los salarios.

Palabras clave: Estructura negocial, concurrencia de convenios, preferencia aplicativa, coordinación negocial, ultraactividad

Abstract: Labour reform 2021 seeks a more balanced, fair and efficient collective bargaining system that contributes to an improvement in working conditions, strengthening representativeness and equality in the relationship of parties. In order to meet these objectives, RD-L 32/2021 recovers the salary amounts of the application preference that, without conditions,

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha. amparo.merino@uclm.es

recognized the labor reform 2012 to the company agreement, facilitating the devaluation of remuneration. It also introduces an important rule that, by identifying the collective agreement applicable to each contract and subcontract, seeks to avoid unfair competition from companies with low quality collective agreements, putting some limits on a practice that led to the replacement of direct labour by outsourced personnel with precarious working conditions. The rules of ultraactivity of the collective agreement introduced by RD-L 32/2021 also announce changes in the negotiation processes; and more importantly: pressure on the processes of renewal of collective agreements ceases, which weakened the position of the trade unions and contributed to the moderation and reduction of wages.

Keywords: Structure of collective bargaining, concurrence of collective agreements, application preference, coordination in collective bargaining, ultraactivity

1. INTRODUCCIÓN

Próximo a finalizar 2021, entró en vigor el RD-L 32/2021, que recoge el acuerdo logrado el 23 de diciembre de ese mismo año en el marco del diálogo social tripartito. La norma de urgencia, convalidada el 3 de febrero de 2022, condensa en un texto de complejidad, ideado para afrontar los principales problemas estructurales laborales del país, tres líneas centrales de intervención: contratación estable como norma, con restitución de la presunción de fijeza y desaparición del contrato por obra o servicio determinado; permanencia de los mecanismos de flexibilidad interna, con consolidación de los ERTE como alternativa al despido y formación del mecanismo RED, y; negociación colectiva, con modificaciones en el sistema legal preexistente y una orientación menos dirigista que las reformas precedentes¹.

Los cambios introducidos en el modelo legal de negociación colectiva buscan (r)establecer los equilibrios necesarios en la correlación de fuerzas de las partes, sindical y empresarial, bajo una adecuada coordinación entre las unidades de contratación que permita corregir los excesos de devaluación salarial ya de-

tectados en determinadas empresas, en virtud de la prioridad aplicativa que por ley se reconocía al convenio de empresa que concurre con uno sectorial². Estas medidas, que vienen a rescatar algunos elementos tradicionales del derecho del trabajo, orillados por la reforma 2012, podrán tener un impacto importante en el conjunto del sistema de relaciones laborales, lo que dependerá, en buena parte, de lo pactado en los convenios y acuerdos sectoriales, estatales y autonómicos.

Los procesos de negociación, la acción subjetiva de las partes, los acuerdos y convenios vigentes y las distintas relaciones que traban entre sí, permiten obtener una fotografía de la estructura de la negociación colectiva. Es la unidad de contratación la que explica cómo se distribuye el poder normativo en cada sistema de relaciones laborales y la que provee a la estructura negocial de sus rasgos definitorios³; una estructura que, en el caso de España, se ha desenvuelto en escenarios no exentos de complejidad, con pluralidad de unidades de contratación, no pocas veces, concurrentes entre sí, y solo con 'cierta' articulación de contenidos entre los convenios colectivos de distinto nivel,

¹ CABEZA PEREIRO, J. "Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias". *NET21*, N. 8 (2022), pp. 1-5 (<https://www.net21.org/prioridad-aplicativa-de-convenios-y-reglas-transitorias/>).

² LAHERA FORTEZA, J. Una reforma laboral equilibrada. Madrid: CincoDías, 2022 (https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/01/27/legal/1643301082_863632.html).

³ MUGNOLO, J.P. Estructura de la negociación colectiva, intervención estatal y su influencia en la configuración. Granada: Universidad de Granada, 2014, pp. 7 y 19.

por no abundar “las prácticas de coordinación entre los diferentes niveles territoriales y funcionales de negociación en los distintos sectores de actividad”⁴.

El T III ET ha destinado un precepto a las unidades de negociación –art. 83 ET–, que parte de la afirmación de que corresponde a la autonomía colectiva la libre elección del ámbito de aplicación del convenio. El precepto es clave porque niega al legislador la creación o supresión de ámbitos de negociación, lo que provocaría una afectación de signo restrictivo a la autonomía de los sujetos colectivos a través de la previa determinación de niveles. Algunos análisis han subrayado, con buen criterio, que la libertad para seleccionar las unidades de contratación y para decidir los contenidos a negociar en cada una de ellas, forma parte, junto con la capacidad de establecer reglas de concurrencia entre convenios colectivos de distinto ámbito, del “contenido esencial de la autonomía negociada”⁵.

Son las partes las que deciden el ámbito de aplicación del convenio y las materias que someten a trato negociado. Cualquier intervención estatal que imponga “que la negociación colectiva se haga efectiva en una sede previamente determinada”⁶ supondrá la predeterminación del sistema de negociación colectiva y de articulación de convenios, influyendo en la configuración de la estructura negociada. Solo en casos puntuales, debidamente fundados, la norma estatal puede asignar concretas materias a determinadas unidades⁷; en el resto de

los contenidos negociales las partes son libres para incorporarlos o no en los convenios de cualquier nivel⁸. Todo convenio puede, salvo en los supuestos de excepción legalmente taxados, regular cualquier contenido negociado, concurra conflictivamente o no con otro de ámbito distinto.

El principio de no intervención estatal –*laissez faire*– no excluye que el marco jurídico regulador pueda establecer, en régimen de subsidiariedad, un sistema de preferencias aplicativas, cuando la concurrencia de convenios colectivos deviene conflictiva. En estos términos se expresa el art. 84 ET, que, tradicionalmente enunciado en clave dispositiva, da prioridad a las reglas de concurrencia previstas en los acuerdos interprofesionales y/o acuerdos y convenios sectoriales estatales y de comunidad autónoma –art. 83.2 ET–.

La regla general *prior in tempore potior in iure* –art. 84.1 ET– es disponible por la autonomía colectiva *ex art. 83.2 ET*, como también lo es la del art. 84.3 ET, que permite la afectación de un acuerdo o convenio sectorial estatal por un acuerdo o convenio autonómico, “salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2”. No así la regla especial de afectación del convenio sectorial por un convenio de empresa –u otros asimilados⁹–, de

cuando las peculiaridades del sector así lo justifiquen, censo anual, periodo mínimo de llamamiento anual y cuantía por fin de llamamiento, y procedimiento para formular solicitudes cuando existan puestos vacantes fijos, en relación con el contrato fijo discontinuo. Hay atribución legal expresa a los convenios sectoriales, estatales o autonómicos, y, en su defecto, a los convenios sectoriales de ámbito inferior en: art. 11.3.c ET sobre duración del contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios; art. 11.4.e ET sobre determinación de los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio de contrato formativo, y; art. 15.2 ET sobre posibilidad de ampliar la duración del contrato por circunstancias de la producción hasta un año.

⁸ Las restricciones en este sentido han de ser expresas, “rigiendo en el resto de las remisiones legales una presunción de que se efectúa indistintamente para cualquier ámbito negociado”, CRUZ VILLALÓN, J. “Estructura de la negociación...”, *cit.*, p. 23.

⁹ “Convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o

⁴ CASAS BAAMONDE, M.E. “Eficacia temporal de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa y ultraactividad”. *Derecho de las Relaciones Laborales*, N. 5 (2017), p. 300.

⁵ CRUZ VILLALÓN, J. “Estructura de la negociación colectiva”. AA.VV. *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*. Madrid: Cinca, 2017, p. 20.

⁶ MUGNOLO, J.P. *Estructura de la negociación colectiva...*, *cit.*, p. 43.

⁷ Algunas de estas previsiones han sido incorporadas por el RD-L 32/2012 en materia de contratación, posiblemente porque se ha valorado la uniformidad y el equilibrio en la posición de partes. Hay atribución legal expresa a los convenios sectoriales en el art. 16 ET, en relación con el establecimiento de bolsas sectoriales de empresa, celebración a tiempo parcial

aplicación imperativa en las materias recogidas en el art. 84.2 ET, con posibilidad de ampliación a través de los instrumentos del art. 83.2 ET. Esta ‘limitación’ a la autonomía negocial, introducida por la L 3/2012, que fue avalada por el TC¹⁰, ha sido formulada en términos de imposición legal, indisponible para los sujetos colectivos, a quienes se niega toda posibilidad de establecer en la negociación colectiva fórmulas alternativas a la solución legal. Con ella se ha propiciado un incremento real y progresivo de los convenios colectivos de empresa, que, sin suponer “una transformación intensa en términos de trasvase masivo de personas trabajadoras regidas por convenio sectorial al ámbito empresarial”, ha tenido consecuencias negativas en los y las trabajadoras con menor capacidad negocial y contratos laborales precarizados¹¹. Que no haya habido un incremento significativo del número de convenios de empresa o del porcentaje de personas trabajadoras afectadas no determina que la prioridad aplicativa del art. 84.2 ET haya sido una medida sin coste. La posibilidad, además, de que las empresas se ‘descuelguen’ en parte de sus contenidos de su convenio de sector ha podido condicionar la negociación de los convenios de ámbito superior, con normas de mayor ajuste a los intereses de las empresas.

La reforma 2021 aboga por un modelo de negociación colectiva más equilibrado, justo y

productivas y nominativamente identificadas”, art. 84.2, párrafo segundo ET.

¹⁰ SSTC 119/2014 y 8/2015, fundando su decisión en que el art. 84.2 ET “no impone una determinada unidad de negociación, y, por tanto, no impide seguir negociando convenios colectivos sectoriales. [...] Esta libertad de elección de la unidad de negociación ampara tanto a la de convenios colectivos sectoriales como a la de convenios colectivos de empresa. Negociado un convenio de empresa, la norma [...] prevé que será de aplicación prioritaria, aunque solo en relación con una serie de materias, respecto de los convenios de ámbito superior; lo que supone el establecimiento de una regla de concurrencia entre convenios colectivos de distinto ámbito que no vulnera el derecho a la negociación colectiva, pues no deriva del art. 37.1 CE que la ordenación de los frutos de la negociación colectiva deba proceder necesariamente de la propia negociación colectiva”.

¹¹ CABEZA PEREIRO, J. “Prioridad aplicativa de convenios...”, cit.

eficiente, que contribuya a una mejora de las condiciones de trabajo. Así debe ser leído el RD-L 32/2021; como una reforma de reequilibrios, que quiere reforzar la representatividad y la igualdad en la relación de partes¹²; una exigencia de eficacia real, que induce a rebatir la reforma laboral 2012, uno de cuyos efectos más nocivos fue la erosión del modelo de representación de intereses entre las organizaciones sindicales y empresariales¹³. Es preciso, pues, una lectura transversal del conjunto normativo y reflexionar sobre cada uno de los elementos que dan soporte a la reforma 2021, prestando especial atención a su fundamentación jurídica y a los objetivos que con ella se pretenden conseguir¹⁴.

La EEMM RDL-L 32/2021 se expresa en términos de ‘modernización’ de una institución tradicionalmente señalada por algunas fragilidades y distorsiones, en buena parte arrastradas de la L 3/2012, que catalogó al convenio colectivo como instrumento de flexibilidad interna, muy alejada esta, en su concepción anterior, de la idea de que los mecanismos para su realización deben ser “concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes”, y no para gestar nuevas unidades de contratación nacidas para dotarse de permanencia “como convenios empresariales de descuelgue”. No en vano, esta ha sido la ten-

¹² Como ya advirtió la STC 105/1992, únicamente la unión de las y los trabajadores a través de los sindicatos de los que obtienen representación posibilita una “negociación equilibrada de las condiciones de trabajo que persiguen los convenios colectivos”, traducida en la fuerza vinculante de la que están provistos.

¹³ LUQUE BALBONA, D. “Huelgas e intercambio político en España”. *Revista Internacional de Sociología*, N. 3. Vol. 70 (2012), pp. 561-585. Sobre los efectos de las reformas de la crisis sobre la negociación colectiva, véanse, CASAS BAAMONDE, M.E. “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de relaciones laborales”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, N. 2. Vol. 32 (2014), pp. 275, y CRUZ VILLALÓN, J. “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva”. *Relaciones Laborales*, N. 12 (2013), pp. 199-214.

¹⁴ RAMOS QUINTANA, M.I. “Salarios y negociación colectiva sectorial: el impacto de la reforma laboral de 2021”. *NET21*, N. 8 (2022) (<https://www.net21.org/salarios-y-negociacion-colectiva-sectorial-el-impacto-de-la-reforma-laboral-de-2021/>).

dencia en algunas empresas –multiservicios, principalmente–, que, para sortear y preservarse del convenio sectorial, se han provisto de convenios colectivos propios con duraciones tan prolongadas como inusuales, que contrastan muchas veces con procesos de negociación excesivamente breves en el tiempo –incluso, inferiores a un mes¹⁵–. Bien es cierto que el principio de correspondencia entre el ámbito de constitución de la mesa de negociación formada por las representaciones electivas de empresa y el espacio de afectación del convenio ha supuesto un freno para algunas empresas con pluralidad de centros de trabajo que han tratado de crear convenios propios¹⁶, sin posibilidad, por otra parte, de constituir comisiones *ad hoc* más allá de los supuestos legalmente tasados, cuando no existen representaciones unitarias formalmente constituidas¹⁷.

Se han generado, asimismo, incertidumbres en relación con la determinación del con-

venio o convenios colectivos aplicables en cada concreta relación jurídica, con afectaciones directas en la transparencia competitiva, y disfunciones nacidas de una descentralización negocial carente de coordinación con las unidades de contratación de nivel superior. El sistema de concurrencia de convenios colectivos se ha saldado con desequilibrios en la fuerza vinculante de los convenios sectoriales, sin garantizar procesos lo suficientemente flexibles y articulados para no devaluar las condiciones laborales de las personas trabajadoras y favorecer que los elementos organizativos se trasladen a los niveles de negociación más adecuados. Menciona la EEMM los horarios o la adaptación de los sistemas de clasificación profesional como materias que aconsejan ser tratadas en el ámbito de la empresa, entendiéndose “los aspectos salariales, retribuciones y jornadas” como contenidos cuya ordenación en la negociación colectiva sectorial resulta más adecuada.

La reforma 2021 también ha modificado el art. 42 ET, con referencia ahora, en su apartado 6, al convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas. La recuperación, por otra parte, de la vigencia ultraactiva de las normas convencionales es otro elemento definitorio del vigente sistema legal de negociación colectiva, que pone coto a un modelo que ha generado severas distorsiones en la concreción del convenio colectivo de ámbito superior de aplicación en casos de pérdida de vigencia del convenio del nivel inferior, con consecuencias relevantes en la estructura de la negociación colectiva y en las condiciones laborales de las personas trabajadoras.

Una visión de conjunto permite anticipar que el RD-L 32/2021 coloca a la negociación colectiva en un escenario más equilibrado, a partir de un proyecto de confrontación y contrarreforma diseñado para revertir las aciagas consecuencias que en las condiciones de trabajo tuvo la L 3/2012, a la sazón excusada con base en la crisis económica y financiera de 2008, que –rezaba su EEMM– “ha puesto de relieve las debilidades del modelo laboral español”.

¹⁵ Véanse los estudios realizados por el Observatorio de la Negociación Colectiva CCOO, que han evidenciado esta situación, AA.VV. Observatorio de la Negociación Colectiva. Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012. Madrid: Lefebvre El Derecho, 2016, y AA.VV. Observatorio de la Negociación Colectiva. La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico. Madrid: Lefebvre El Derecho, 2018.

¹⁶ Exigido reiteradamente por el TS. Por todas, SSTS 17-03-2020 (Rec. 136/2018), 30-10-2019 (Rec. 191/2017), 03-05-2017 (Rec. 123/2016), 23/02/2017 (Rec. 146/2016), 20-05-2015 (Rec. 6/2014), 10-06-2015 (rec.175/2014), 09-06-2015 (rec.149/2014) y 07-03-2012 (Rec. 37/2011). Véase, CASTRO ARGÜELLES, M.A. “Límites a la negociación colectiva en el ámbito de la empresa: la aplicación jurisprudencial del principio de correspondencia representativa”. *Derecho de las Relaciones Laborales*, N. 2 (2019), pp. 374 ss.

¹⁷ MERINO SEGOVIA, A. “La problemática legitimación de las representaciones sociales para negociar y suscribir convenios colectivos en las empresas multiservicios”. AA.VV. La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio. Madrid: Cinca, 2017, p. 134-140. Con esta orientación, entre otras, STS 25-05-2021 (Rec. 186/2019), que, en atención a la naturaleza de normas de orden público laboral de las disposiciones sobre legitimación negocial, declara que los planes de igualdad deben negociarse colectivamente por las representaciones, unitaria o sindical, legitimadas para negociar convenios de eficacia general, sin que pueda atribuirse esta facultad a una comisión *ad hoc*, aunque se haya bloqueado la negociación del convenio de empresa.

Las posiciones hasta la fecha manifestadas, sin ser unánimes, expresan que las perspectivas difieren entre sí. Como acertadamente se ha dicho, los cambios impulsados por el poder político obligan a indagar acerca del modelo de estructura negocial que sugiere el RD-L 32/2021¹⁸ y sus “finalidades implícitas”¹⁹. Avanzan, por lo demás, hacia un sistema que busca mayor coordinación entre las unidades de contratación, a partir de una lógica distributiva de competencias materiales, que, sin ser exclusivas de un ámbito específico de negociación, deben ser mayoritariamente reflexionadas en términos de preferencia aplicativa.

2. EL IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL 2021 EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EN EL SISTEMA DE PREFERENCIAS APLICATIVAS

La concurrencia conflictiva de convenios colectivos de eficacia general nos traslada al art. 84 ET. El precepto, con cambios sustanciales desde su introducción en 1980, posiblemente sea, a los efectos hermenéuticos, uno de los que aportan menor claridad del T III ET: no solo por su confusa y no siempre acertada redacción en los supuestos de hecho que contempla; también por las decisiones judiciales que ha concitado.

Los arts. 84 y 83.2 ET son clave en la estructura de la negociación colectiva. El primero

¹⁸ La reforma laboral 2021 debe ser leída en un escenario de mayor amplitud, como un proyecto global de cambio, que inició su andadura en febrero 2020 –derogación del despido por absentismo– y que ha progresado hacia un proceso reformista sostenido en el diálogo social: legislación laboral de excepción, regulación del trabajo a distancia, laboralización de las personas trabajadoras en plataformas de reparto, derechos de información de las representaciones de las personas trabajadoras sobre sistema de IA y algoritmos que incidan en el mundo del trabajo, transparencia retributiva y los planes de igualdad, así como “otras actuaciones no menos importantes como la ratificación de instrumentos internacionales muy significativos, la nueva configuración de la política de empleo y el plan de acción de la Inspección de Trabajo, entre otras”, BAYLOS GRAU, A. “La reforma laboral del año 2021”. *NET21*, N. 7 (2021), p. 1-5 (<https://www.net21.org/la-reforma-laboral-del-ano-2021/>).

¹⁹ CABEZA PEREIRO, J. “Prioridad aplicativa...”, *cit*.

se desenvuelve en escenarios de conflicto, con reglas que deben ser leídas –aun cuando en ocasiones la disposición legal parece sugerir la prohibición– en términos de prioridad aplicativa²⁰. Esta solución, mantenida por la doctrina judicial, no conduce a la nulidad de uno de los convenios en conflicto²¹, sino a su inaplicación, en todo o en parte, en la zona de intersección.

El art. 83.2 ET ha previsto que sean los acuerdos y/o convenios sectoriales y/o interprofesionales los que definan la estructura de la negociación colectiva y las relaciones entre las distintas unidades de contratación. En esa labor, las partes pueden establecer reglas de aplicación a los convenios concurrentes, que, en todo caso, prevalecen sobre el principio general *prior in tempore, potior in iure* –art. 84.1 ET–; también sobre la regla de afectación *ex art. 84.3 ET* y su correlativo apartado 4. El límite está en el convenio de empresa y solo en relación con materias muy concretas, cuya aplicación preferente es imperativa para los acuerdos y convenios *ex art. 83.2 ET*, que deben, además, respetar las competencias materiales que, en supuestos de excepción, asigna la ley a determinados ámbitos, no siempre perfectamente acotados²², pudiendo, en estos casos, desencadenarse conflictos de concurrencia con aplica-

²⁰ CRUZ VILLALÓN, J. “Estructura de la negociación...”, *cit*, p. 22, con referencia al art. 84.4 ET, cuando enumera determinadas materias que son calificadas “no negociables” por el convenio de comunidad autónoma.

²¹ Lo que el art. 84 ET recoge “no es una previsión de nulidad del convenio que nace a la luz cuando se hallan vigentes otros convenios, sino que, partiendo de su validez inicial, lo que realmente dispone el legislador es que no podrá ser aplicado en aquellos lugares o ámbitos en los que ya estuviera aplicando otro que se halle en vigor en ese momento; es lo que se conoce como ineficacia aplicativa frente a nulidad”, STS 05-10-2021 (Rec. 4815/2108), con referencia, entre otras, a SSTS 28-10-1999 (Rec. 3441/98); 27-03-2000, (Rec. 2497/99); 16-07-2001 (Rec. 3953/00); 17-07-2002 (Rec. 171/01); 20-05-2003 (Rec. 41/02), y; 21-12-2005, (Rec. 452/2005). También SSTS 23-10-2012 (Rec. 228/2011), y 01-04-2016 (Rec. 147/2015).

²² No sería viable “que las reglas de concurrencia fuesen todas ellas de carácter imperativo, sin dejar espacio alguno de actuación a la negociación colectiva en la complementaria facultad de estructuración de la negociación colectiva; algún margen hay que dejarle a la negociación colectiva en esta materia, pues de lo contrario se atentaría contra su autonomía

ción de las reglas del art. 84 ET, o las previstas por los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET, cuando el reenvío legal sea genéricamente a los convenios sectoriales; o a los convenios sectoriales, estatales o autonómicos, y, en su defecto, a los convenios sectoriales de ámbito inferior.

No existe en la actualidad un criterio delimitador de estructuras negociales decididamente centralizadas o descentralizadas²³, que permita obtener una radiografía, lo suficientemente nítida, del modelo estructural vigente. La tradicional dialéctica centralización/descentralización debería ser desplazada por un discurso en el que la distribución del poder normativo sea compartida, dando uniformidad a las condiciones de trabajo que pudieran ser el germen de distorsiones a la competencia y del *dumping* social. Es la independencia entre sí de las unidades de negociación la que puede propiciar situaciones de solapamiento o colisión, complejizando la estructura negocial. La falta de articulación de las unidades de contratación da paso a la tantas veces denostada ‘atomización’ de la negociación colectiva, con presencia de convenios sin apenas relación entre sí²⁴; una suerte de reino de taifas, de unidades estancas sin coordinación, donde las mismas materias son simultáneamente reguladas por convenios de distinto ámbito, generando entre ellos escenarios de conflicto.

2.1. La afectación de los convenios colectivos sectoriales por los convenios de empresa y su lectura tras la reforma 2021

Ya se advirtió que la reforma del sistema legal de negociación colectiva, gestada en 2012 en un contexto de crisis económica, quiso impulsar su función como instrumento de gestión

flexible de las condiciones de trabajo, quedando “comprometido el papel tradicionalmente asumido por el legislador en el logro de los equilibrios inmanentes a la propia existencia del orden social”²⁵. La estructura de la negociación colectiva quedó entonces señalada²⁶ por un debilitamiento en “la correlación de fuerzas [...], inclinándose la balanza de forma contundente a favor” del empresariado²⁷. No sorprende por ello que la EEMM RD-L 32/2021 se exprese en términos de equilibrio, en alusión a la fuerza vinculante de los convenios colectivos de sector, y a la necesaria flexibilidad de los de ámbito menor, recordando la esencialidad de la negociación colectiva como pieza clave de los sistemas democráticos, y su función de “adaptación de las condiciones de trabajo a las características del sector o de la empresa”. La negociación colectiva es central –prosigue la EEMM– en su contribución a la seguridad jurídica y a la no reducción de los costes laborales, y su configuración como instrumento de garantía que proporciona eficiencia al sistema en el cumplimiento de sus fines. La vertebración se torna imprescindible en el logro de un modelo de relaciones laborales equilibrado, que se desenvuelve hoy en escenarios de cambios continuados. Sin duda, contribuye a este fin, una “correcta relación entre convenios sectoriales y de empresa”, porque en aquellos ámbitos donde el equilibrio contractual de los negociadores es menor, los efectos del art. 84.2 ET han sido más notables, provocando en no pocas ocasiones una negociación colectiva de empresa poco real²⁸. Pero no solo; la preferencia aplicativa del

negocial”, CRUZ VILLALÓN, J. “Estructura de la negociación...”, *cit.*, p. 25.

²³ GOLDIN, A. “La estructura de la negociación colectiva”. *Revista de Derecho del Trabajo*, B (1994), p. 1359.

²⁴ LÓPEZ ANIORTE, M.C. *Concurrencia de convenios y atomización de la negociación colectiva*. Murcia: Laborum, 2015, p. 17.

²⁵ CORREA CARRASCO, M. “La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales”. *Revista de Derecho Social*, N. 59 (2012), p. 35.

²⁶ No tanto en términos de tasa de cobertura convencional, según el análisis realizado por CRUZ VILLALÓN, J. “Estructura de la negociación...”, *cit.*, pp. 26-28.

²⁷ LÓPEZ ANIORTE, M.C. *Concurrencia de convenios...*, *cit.*, p. 16.

²⁸ Tal como han confirmado algunos estudios sobre la materia, AA.VV. *Observatorio de la Negociación Colectiva*. Los convenios de empresa..., *cit.* y AA.VV. *Observatorio de la Negociación Colectiva*. La negociación colectiva..., *cit.* En el mismo sentido, RAMOS QUINTANA, M.I., “Salarios y negociación colectiva sectorial...”, *cit.*

convenio de empresa²⁹ parece haber inducido, a su vez, a cierta contención en los negociadores de los convenios sectoriales, ante la ‘amenaza’ de una negociación empresarial a la baja, independizada del sector³⁰. De ahí, que los cambios anunciados en la EEMM RD-L 32/2021 quieran reforzar la “representatividad de las partes negociadoras” y fortalecer la “seguridad jurídica” de los contenidos convencionales “en su aplicación y en sus efectos”. Con este fin, se han incorporado modificaciones en el art. 84.2 ET³¹, liberando la cuantía del salario base y de los complementos salariales de la preferencia aplicativa que la reforma 2012 reconoció sin paliativos al convenio de empresa, manteniéndose la citada prioridad para el resto de las materias, que han permanecido en el art. 84.2 ET. No corresponde aquí analizar el conjunto de estas condiciones de trabajo, sin duda la mayoría de ellas con capacidad adaptativa y más próximas a la realidad de las empresas³². Conviene recordar, no obstante, su interpretación restrictiva, que limita la regla imperativa de prioridad aplicativa a los aspectos estrictamente mencionados en el texto legal³³. Baste

enunciar también algunos desajustes en materia de contratación laboral³⁴, que convierten la preferencia aplicativa del convenio de empresa en meramente anecdótica o residual³⁵, reconducida, tras la reforma 2021, a aspectos muy concretos del contrato de sustitución y del fijo discontinuo³⁶.

La reforma 2021 “reúne algunos de los presupuestos necesarios para provocar una eventual reversión en sentido inverso” a una reforma –la de 2012– que facilitó la devaluación salarial³⁷. Que se produzcan transformaciones significadas en este marco dependerá, en buena medida, de la postura de los negociadores en cada sector, teniendo en cuenta que la ordenación salarial queda en manos de sus preferencias en el diseño de la estructura negocial. En materia salarial, las partes negociadoras disponen ahora de mayor margen de maniobra para diseñar reglas de concurrencia que den preferencia en su aplicación a los convenios sectoriales, sin exclusión de los convenios de empresa con mejores niveles retributivos. Sin duda, uno de los elementos más notables del

²⁹ Preferencia que no se extiende a los convenios colectivos de centro de trabajo ni a los convenios de franja, STS 22-09-2016 (Rec. 248/2015).

³⁰ CRUZ VILLALÓN, J. “Estructura de la negociación...”, *cit.*, p. 30.

³¹ Las modificaciones del precepto afectan a las cuantías salariales –supresión–, y a las medidas para favorecer la conciliación –incorporación del término ‘corresponsabilidad’–. También inicialmente a las modalidades de contratación, con supresión de la referencia a los convenios de empresa; en efecto, el art. 84.2.d) ET, según redacción dada por el RD-L 32/2021, hacia referencia a la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios colectivos”, frente a la redacción anterior “[...] que se atribuyen por la presente ley a los convenios de empresa”-. El RD-L 1/2022 ha modificado el apartado 9 del art. 1 RD-L 32/2021, por el que se daba una nueva redacción al art. 84.2.d) ET, estableciendo ahora “las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa”.

³² EEMM RD-L 32/2021, en referencia a los horarios y a los sistemas de clasificación profesional.

³³ STS 1-4-2016 (Rec. 147/2015). Sobre esa interpretación restrictiva CRUZ VILLALÓN, J. La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva. Madrid: MESS, 2015, p. 124-125, y MELIÁN CHINEA, L.M. El sistema de negociación colectiva y sus reglas de articulación. La estructura

negocial en los diversos escenarios de producción. Pamplona: Thomson Reuters/Aranzadi, 2020, p. 202. Sobre cada uno de estos contenidos y su interpretación en clave de preferencia aplicativa, puede consultarse GÓMEZ GORDILLO, R. “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales de aplicación de uno de los pilares de la reforma de 2012”. AA.VV. La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio. Madrid: Cinca, 2017, pp. 67 ss.

³⁴ MERINO SEGOVIA, A. “Empleo, temporalidad y subcontratación: retos y espacios de intervención de la negociación colectiva”. *Revista de Derecho Social*, N. 93 (2020), pp. 175 ss.

³⁵ VILA TIERNÓ, F. “Modalidades de contratación y empleo”. *Temas Laborales*, N.140 (2017), p. 212.

³⁶ En modalidades de contratación, los llamamientos expresos del ET al convenio colectivo que pudieran estar sujetos a la técnica del art. 84.2 ET serían: art. 15.3 ET, sobre duración inferior a tres meses del contrato de sustitución para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción, y art. 16.1 ET relativo al establecimiento de los criterios objetivos y formales por los que se regirá el llamamiento de las personas con contrato fijo discontinuo.

³⁷ “Teniendo en cuenta la elevada participación de pymes en el tejido empresarial de nuestro país, puede deducirse con facilidad quiénes y en qué contextos” se pudieron desarrollar a partir de 2012 tales negociaciones “sobre los salarios, sus incrementos o congelaciones”, RAMOS QUINTANA, M.I. “Salarios y negociación colectiva sectorial...”, *cit.*

RD-L 32/2021 es la restitución del poder contractual de los sindicatos en un tema de importancia capital. Con ello se “rompe la espiral de devaluación salarial como instrumento para obtener una ventaja competitiva”³⁸.

Bien entendido que la supresión por el RD-L 32/2021 del art. 84.2.a ET no produce cambios en los convenios de empresa que se están aplicando como consecuencia de la existencia de una unidad de negociación constituida antes de la vigencia del convenio sectorial, en virtud de la regla general de no afectación *ex art. 84.1 ET*, que no ha experimentado modificación alguna. Estos convenios de empresa serán de aplicación preferente en su totalidad, también en materia salarial, frente a un convenio sectorial posterior; y lo serán durante su vigencia, aunque exceda del año previsto en el régimen transitorio establecido en la disposición transitoria sexta RD-L 32/2021. La reforma del art. 84.2 ET tampoco tendrá consecuencias sobre los convenios colectivos de empresa que se negocien *ad futurum*, cuando no exista un convenio sectorial cronológicamente anterior; aquellos se aplicarán *in integrum*, sin que un ulterior convenio sectorial pueda afectarlos, salvo que, por acuerdo o convenio del art. 83.2 ET, se establezca otro régimen de preferencias en las materias no tasadas en el art. 84.2 ET.

2.2. Algunos desajustes derivados de la (in)aplicación de las reglas de concurrencia conflictiva en periodos de ultraactividad convencional

El art. 84.2 ET contiene “una regla de preferencia aplicativa entre dos convenios colectivos estatutarios” y “no una regla de distribu-

ción competencial de materias”. De ahí que los contenidos enunciados en el texto legal sean “negociables e incluíbles en el clausulado de un convenio sectorial”³⁹.

No es objeto de este estudio hacer un recorrido por los convenios sectoriales, que han regulado las materias sobre las que la reforma 2012 reconoció prioridad aplicativa al convenio de empresa –art. 84.2 ET–; materias de aplicación en las empresas sin convenio propio y en aquellas otras cuyos convenios están articulados con el sectorial. Los convenios sectoriales que definen la estructura de la negociación colectiva, al amparo del art. 83.2 ET, se han reservado la ordenación de determinadas condiciones de trabajo, reenviando a los acuerdos y/o convenios de ámbito inferior un conjunto de materias que, por razones de ajuste y adaptación, aconsejan ser tratadas en estos otros ámbitos. Las modalidades de contratación, los periodos de prueba, la clasificación profesional, la estructura salarial, el salario base sectorial y los complementos salariales, además de la jornada máxima de trabajo, la formación profesional y el régimen disciplinario, son materias comúnmente reservadas al convenio estatal de sector⁴⁰. Bien es cierto que, desde la L 3/2012, con las debidas cautelas, y con referencia expresa al art. 84.2 ET⁴¹, en ocasiones, incluyendo el compromiso de los firmantes de no nego-

³⁹ CRUZ VILLALÓN, J. “Estructura de la negociación...”, *cit.*, p. 31.

⁴⁰ Véanse, entre otros, CC estatal del comercio minorista de droguerías y perfumerías (2019-2021); CC nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición y servicios de marketing operacional (2020-2023), y; CC nacional del ciclo de comercio del papel y artes gráficas (2019-2021). Algunas de estas cláusulas, con anterioridad a la reforma 2012, pueden consultarse en Merino (2000).

⁴¹ La fórmula habitualmente utilizada es: “sin perjuicio de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa establecida en el vigente artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, se consideran materias propias y exclusivas del ámbito estatal para el sector y, en consecuencia, reservadas a esta unidad de negociación, las siguientes [...]”, CC estatal del comercio minorista de droguerías y perfumerías (2019-2021). En sentido similar, CC nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales (2019-2025), CC nacional del ciclo de comercio del papel y artes gráficas (2019-2021) y CC nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para

ciar durante el periodo de vigencia del convenio sectorial otros convenios de empresa o de ámbito inferior, o de exhortar a las representaciones sindicales de empresa a que respeten los contenidos del convenio sectorial.

La reforma 2012 predispuso a las empresas que aplicaban convenios sectoriales a negociar sus propios convenios. Estos convenios de nueva creación, además de las materias sobre las que tienen preferencia aplicativa *ex art.* 84.2 ET, han incorporado otros contenidos, que, afectando a los de ámbito superior, quedaban sometidos a la regla general del art. 84.1 ET, o, en su caso, a las de concurrencia establecidas por un acuerdo o convenio negociado de conformidad con el art. 83.2 ET, sin garantizar, por tanto, sus preferencias para el conjunto de lo negociado.

Debe tenerse en cuenta, en este orden de consideraciones, que el ámbito temporal del convenio colectivo se ha tornado clave en los cambios de unidad de negociación y en la extensión de la regla general de no afectación *ex art.* 84.1 ET, en virtud de una línea jurisprudencial, de atrás mantenida y no siempre pacífica, que sostuvo que los convenios colectivos quedaban vinculados por la citada regla solo durante su vigencia ordinaria, pues –se afirmaba– la ultraactividad del art. 86 ET no es confundible con la vigencia del art. 84 ET, “referida al ámbito temporal pactado”⁴². Según esta doctrina, concluida su vigencia ordinaria, el convenio concurrido dejaba de ser aplicable en la zona de intersección, pasando a ocupar su lugar el convenio concurrente⁴³; otra conclusión –diría el TS– sería “contraria a un sistema de libre negociación, en tanto quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes”⁴⁴. Esta solución ha alentado escenarios de inestabilidad normativa, al perder preferencia el convenio renovado –o en fase de renovación–, que pasaría a ser sustituido por el

temporalmente posterior, aplicándose uno y otro de manera sucesiva, pudiendo dilatarse indefinidamente esta situación, con “un extraño turno de convenios prioritarios” que “daría lugar a un trasiego constante” de las relaciones de trabajo, que transitarían de uno a otro convenio⁴⁵.

En alguna ocasión, el TS matizando su doctrina⁴⁶, declarará que, denunciado un convenio de ámbito superior, podrá registrarse una iniciativa de negociación en un nivel inferior, que quedará entonces impermeabilizado, sin posibilidad de afectación por un convenio del nivel superior. La empresa aplicará entonces el convenio recién creado, en tanto las partes no confirmen expresamente el cierre de las negociaciones y se sometan a la norma convencional del nivel superior⁴⁷. Se trataba, como puede advertirse, de un régimen asimétrico, que, dando continuidad a la unidad de empresa, privilegiaba esta última frente al convenio sectorial⁴⁸.

Más adelante, el TS extenderá la teoría de la impermeabilización a todas las unidades de contratación, infranqueables mientras la voluntad de las partes sea continuar negociando convenios colectivos en ese ámbito específico, “no pudiendo apropiarse un convenio posterior de una parcela del ámbito aplicativo del primero, cuya unidad de negociación quedó cristalizada *ab initio*, cuando se negoció el primero de los convenios en el tiempo”. A tenor de esta doctrina, la prohibición de afectación *ex art.* 84.1 ET permanecía mientras existiera una expectativa de negociación⁴⁹.

⁴⁵ MARTÍN VALVERDE, A. “Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo”. AA.VV. Comentarios a las leyes laborales. T. II, Vol. 2. Madrid: Edersa, 1985, pp. 58-59. Problema señalado por LÓPEZ ANIORTE, M.C. Concurrencia de convenios..., *cit*.

⁴⁶ Véase, en este sentido, STS 19-05-2004 (Rec. 101/2003).

⁴⁷ CABEZA PEREIRO, J. “Vigencia y aplicación del convenio colectivo”. AA.VV. La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio. Madrid: Cinca, 2017, p. 149.

⁴⁸ GÓMEZ GORDILLO, R. “La preferencia del convenio colectivo...”, *cit*, p. 62.

⁴⁹ SSTS 18-09-2013 (Rec. 33/2013) y 30-12-2015 (Rec. 255/2014). La STS 12-12-2018 (Rec. 166/2017) declarará la inaplicación del convenio posterior mientras mantenga su vigencia el anterior y durante el periodo de ultraactividad.

actividades de reposición y servicios de marketing operacional (2020-2023).

⁴² SSTS 02-02-2004 (Rec. 3069/2002); 17-05-2004 (Rec. 101/2003) y; 05-10-2021 (Rec. 4815/2018).

⁴³ STS 21-12-2005 (Rec. 45/2005).

⁴⁴ STS 19-05-2004 (Rec. 101/2003).

Recientemente, dos meses antes de entrar en vigor la reforma 2021, el TS⁵⁰, con base en su primera doctrina —“la prohibición de concurrencia finaliza ante la pérdida de vigencia del convenio y a pesar de su mantenimiento en situación de ultraactividad”⁵¹—, ha declarado la aplicación de un convenio de empresa con una jornada de trabajo superior a la del convenio sectorial, que fue firmado cuando aquel se encontraba en vigencia ultraactiva, permitiendo al convenio de empresa penetrar en una parcela del ámbito aplicativo de la norma sectorial temporalmente anterior⁵². No dice la sentencia si el convenio de empresa mantiene su aplicación *in integrum* mientras que las partes no hagan constar expresamente el cierre de la unidad de negociación.

Ante esta trayectoria, que, con buen criterio, se ha calificado “anticíclica”⁵³, y a la luz de las reglas actualmente vigentes sobre prioridad aplicativa, “convendría modificar esta doctrina relativa a los periodos hábiles para realizar los cambios de unidad de negociación”⁵⁴ y reflexionar sobre las consecuencias de dar prioridad a

los convenios de empresa “al margen de las materias sobre las que tienen preferencia aplicativa por imperativo legal”⁵⁵. Convenios, muchos de ellos, que amparándose en la reforma 2012, fueron negociados como convenios de ‘descuelgue’ del sectorial que habían venido aplicando, con tendencias a dotarse de duraciones excesivamente prolongadas —de hasta 8 años—, posiblemente para evitar retornos al convenio sectorial⁵⁶. Sin duda, la línea jurisprudencial recién descrita, contradice los fines perseguidos por la reforma 2021, que expresamente señala que las reglas de aplicación preferente del convenio de empresa han de ser matizadas a los efectos de reforzar el convenio sectorial. Si el sistema de concurrencia de convenios “debe equilibrar la fuerza vinculante de los convenios de sector con la necesaria flexibilidad de los convenios colectivos en ámbitos inferiores” —EEMM RD-L 32/2021—, este propósito no se logra si los convenios de empresa pueden devaluar condiciones laborales, sin comportarse como herramientas de ordenación de aquellas materias que, por su naturaleza, aconsejan su tratamiento normativo en la empresa.

La búsqueda de una solución para los convenios hoy vigentes no debe hacerse en términos descentralizantes, que, además, niegan estabilidad a la estructura negocial; no es apropiado en los ámbitos concurrentes, en los que es común que se sucedan en el tiempo convenios de distinta cadencia temporal, que el convenio de empresa prime en todas las materias cuando el sectorial entra en ultraactividad. La prohibición de afectación debe mantenerse mientras permanezca sin solución de conti-

⁵⁰ STS 05-10-2021 (Rec. 4815/2018).

⁵¹ Insiste la sentencia en que “la prohibición de concurrencia no resulta aplicable cuando el convenio colectivo ha perdido su vigencia ordinaria y se encuentra en esa situación, pues la ultraactividad que este precepto genera [-art. 86 ET-] no es confundible con la vigencia a que se refiere el artículo 84 del mismo cuerpo legal, referida al ámbito temporal pactado. Conclusión distinta supondría la ‘petrificación’ de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes”.

⁵² STS 05-10-2021 (Rec. 4815/2018). El TS avala que el convenio de empresa establezca una jornada superior a la del convenio sectorial, materia que ni antes ni después de la reforma 2021 ha estado incluida en el art. 84.2 ET, ya que la entrada en vigor del convenio de empresa tuvo lugar una vez que la vigencia pactada del convenio sectorial había finalizado, tras haber sido denunciado.

⁵³ “La situación sería parcialmente distinta y algo más razonable y ordenada si la jurisprudencia del TS guardara un mínimo de consecuencia consigo misma y extrajera las consecuencias razonables de su propia doctrina referida a la concurrencia de convenios”, CABEZA PEREIRO, J. “Empresas multiservicios y negociación colectiva: balance en tiempos de cambio”. *Revista de Derecho Social*, N. 90 (2020), p. 228.

⁵⁴ GÓMEZ GORDILLO, R. “La preferencia del convenio colectivo...”, *cit.*, p. 62, en referencia a la reforma laboral 2012.

⁵⁵ CABEZA PEREIRO, J. “Empresas multiservicios y negociación colectiva...”, *cit.*, p. 229.

⁵⁶ Véanse CC de la empresa Avis Alquiler un Coche, SA, con vigencia de 7 años. CC de la empresa Construcciones Felipe Castellano SAU, Cádiz, con vigencia desde el 20-10-2012 a 31-12-2000 (más de 8 años). CC de la empresa Uno Plus Restauración de Alicante, con vigencia de 5 años; CC de la empresa Top Clean Baleares, S.L., también con vigencia de 5 años. CC de la empresa Adecco Outsourcing, S.A., CC de la empresa Gestión Integral de Mantenimiento s y Servicios Auxiliares S.L.U. y CC de la empresa Aventura Outsourcing, S.L., todos con vigencia de 6 años.

nidad la unidad sectorial, porque la finalidad que persigue la regla del art. 84.1 ET –que no distingue entre diferentes tipos de vigencia– es evitar que “un ámbito de negociación vigente sea vaciado de contenido por la vía de la negociación de un convenio de ámbito distinto”⁵⁷. En consecuencia, también durante los procesos de negociación de un nuevo convenio, la parte que haya sido regulada por otro de distinto ámbito habrá de respetar la vigencia de la unidad de negociación del anterior⁵⁸. Otra medida obligaría a indagar qué convenio es el concurrente y cuál el concurrido, cuando “los que colisionan llevan más de una edición a sus espaldas”⁵⁹.

La eliminación por la reforma 2021 del art. 84.2 ET de las cuantías salariales adquiere especial significación para los convenios sectoriales porque, a partir de ahora, habrá que acudir a cada concreto sector para definir el sistema de preferencias aplicativas y la voluntad de las partes negociadoras expresada en los acuerdos y convenios que han pactado⁶⁰. Ha incorporado

el RD-L 32/2021 un régimen transitorio –disposición transitoria sexta–, de aplicación a los convenios de empresa suscritos y registrados o publicados antes del 31 de diciembre de 2021. Estos convenios, cuando finalicen la vigencia pactada, y como máximo el 31 de diciembre de 2022, se someterán a las modificaciones operadas en el art. 84.2 ET. “En esa fecha las tablas salariales de los convenios de empresa dejan de estar amparadas por una preferencia aplicativa específica y pasan a regirse por las reglas ordinarias de concurrencia”⁶¹. Concluido, por tanto, el periodo transitorio descrito en el apartado 1, los convenios de empresa, que en materia salarial, hayan regulado por debajo del sectorial, dejan de ser aplicables en sus cuantías salariales, siempre que el convenio sectorial tenga preferencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 84.1 ET⁶². Los convenios de sector no adquieren, en consecuencia, prioridad aplicativa imperativa en materia salarial, sino que se someten a las reglas de concurrencia

⁵⁷ STSJ Madrid 08-09-2021 (Rec. 579/2021)

⁵⁸ De lo contrario, podrían darse situaciones forzadas que, como bien se ha dicho, nos llevarían al absurdo: negociación del nuevo convenio sin apertura formal del proceso de negociación, y sin denuncia o durante la vigencia ordinaria del anterior; y “solo cuando se tuviera el acuerdo cerrado, proceder a la denuncia e inmediata firma del nuevo”, VILA TIerno, F. “Unas mínimas reflexiones en materia de contratos y negociación colectiva en la reforma laboral 2021 (RDL 32/2021)”. Proyecto Reforma Laboral 2021. IUSLABLOG, 2022 (<http://grupo.us.es/iwpr/2022/01/14/unas-minimas-reflexiones-en-materia-de-contratos-y-negociacion-colectiva-en-la-reforma-laboral-2021-rdl-32-2021/>).

⁵⁹ CABEZA PEREIRO, J. “Empresas multiservicios y negociación colectiva...”, *cit.*, p. 229.

⁶⁰ Algunos convenios colectivos declaran que la negociación en la empresa no ha de cumplir “un papel desestabilizador, ni debe pretender utilizar dicho ámbito como elemento o fórmula para rebajar las condiciones laborales [...]. Siendo así, las organizaciones patronales y sociales firmantes del presente convenio colectivo, se comprometen a no fomentar ni admitir las prácticas citadas que tengan como único propósito rebajar las condiciones laborales sectoriales, en concreto, en las materias en las que el convenio de empresa tiene prioridad aplicativa”, art. 9 CC estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021. Véase, asimismo, el art. 7, estructura de la negociación del VIII CC estatal del corcho, con vigencia hasta el 31-12-2021, afirmando que los convenios de empresa donde los hubiere o cuando en un futuro los sujetos

legitimados acordarán dotarse de él, “tendrán por objeto desarrollar las materias propias de ese ámbito y/o adaptar o superar en los términos legalmente previstos los contenidos mínimos que, para determinadas materias regula el convenio colectivo estatal”.

⁶¹ CABEZA PEREIRO, J. “Prioridad aplicativa...”, *cit.*

⁶² En relación con el plazo de 6 meses que establece el apartado 3 de la disposición transitoria para la adaptación de los textos convencionales, en opinión de VVERO SERRANO, J.B. “La supresión de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en materia salarial”. *AEDTSS* (2022), “se trata de una norma poco común y dirigida exclusivamente a los negociadores del convenio empresarial, debiendo por tanto el empresario aplicar el marco salarial más favorable del convenio sectorial una vez concluido el régimen transitorio descrito en el párrafo anterior, sin poder esperar [...] a la acomodación o ajuste dentro del plazo máximo de seis meses, cuyo cumplimiento o incumplimiento sería así inocuo para las personas trabajadoras. Una interpretación distinta otorgaría al empleador un inexplicable plazo de gracia de seis meses para seguir aplicando el régimen salarial menos favorable del convenio empresarial, bastando a este respecto con demorar el acuerdo con la representación de las personas trabajadoras en la empresa”. CABEZA PEREIRO, J. “Prioridad aplicativa...”, *cit.* entiende que la referencia de la disposición transitoria a “los textos convencionales” sugiere que la citada adaptación habrá de producirse no “necesariamente en el propio convenio postergado, sino en cualquier ámbito de negociación [...] que resulte de aplicación, ya sea por prioridad temporal o por mandato de un acuerdo o convenio regulado al amparo del art. 83.2”.

vigentes en la actualidad⁶³, rigiendo la norma general de no afectación *ex art.* 84.1 ET si nada regulan en este sentido los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET.

Los convenios de empresa que no gocen de preferencia *ex arts.* 84.1 y 83.2 ET se aplicarán, en su caso, en materia salarial, cuando contengan al respecto condiciones más beneficiosas para las personas trabajadoras, tal y como recuerda el apartado 2 de la precitada disposición, que ha previsto la no compensación, absorción o desaparición de “cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras”⁶⁴. Una norma, de confusa redacción, que invita a considerar el mantenimiento en su conjunto de las condiciones más beneficiosas adquiridas por las personas trabajadoras

3. CLAVES PARA DETERMINAR EL CONVENIO DE APLICACIÓN A LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS: LA PRIORIDAD APLICATIVA DE LOS CONVENIOS SECTORIALES Y DE EMPRESA

Fuera del T III ET la reforma laboral 2021 ha introducido una norma de importancia que pretende evitar la competencia desleal de las empresas con convenios colectivos de baja calidad, poniendo lindes a una práctica que, incentivada por la reforma laboral 2012, propició “la sustitución paulatina del personal contra-

tado de forma directa por otro contratado de forma indirecta, particularmente a través de las llamadas empresas de multiservicios”⁶⁵. Las prestaciones que ofertan estas empresas, cuyas prácticas se han extendido a variedad de sectores y actividades, acostumbran a no requerir para su ejecución infraestructuras o elementos patrimoniales, materiales y logísticos de entidad, siendo lo relevante la aportación de mano de obra. Este fenómeno al alza, que ha venido acompañado de empleos a tiempo parcial y contratos de muy corta duración, anudados a condiciones de trabajo y salarios devaluados, ha precarizado las condiciones laborales del personal indirecto, principalmente en los sectores de actividad productiva con normas convencionales más ventajosas, predisponiendo a las empresas a reducir sus plantillas a lo indispensable, con el fin de desplazar sus costes fijos hacia costes variables⁶⁶.

El art. 42.6 ET declara la aplicación a las empresas contratistas y subcontratistas del convenio sectorial que se corresponde con la actividad desarrollada en la contrata, si no existiera otro sectorial de aplicación en los términos previstos en el T III ET, debiendo estarse a lo establecido en el art. 84 ET cuando aquellas empresas tengan convenios colectivos propios. Se trata de un precepto que, lejos de ser exclusivo para los supuestos de subcontratación de obras y servicios que se corresponden con la propia actividad de la empresa principal⁶⁷, se extiende, asimismo, por mor de

⁶³ “En esta negociación deben ser decisivos los criterios que se aprueben en el largamente esperado V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. Sin duda que las organizaciones más representativas de ámbito estatal tienen vocación de hacerlo, y precisamente en el ámbito estatal. Pero está por ver cuáles son los acuerdos y las soluciones que alcanzan”, CABEZA PEREIRO, J. “Prioridad aplicativa...”, *cit.*

⁶⁴ Considerando que se trata de “una regla de gran valor pedagógico y de evitación de cierta conflictividad innecesaria: por más que desaparezca la prioridad aplicativa de las cuantías retributivas del convenio de empresa y goce de preferencia un convenio de sector, no se compensarían, ni se absorberían o desaparecerían los derechos o condiciones más beneficiosas que viniesen disfrutando las personas trabajadoras”, CABEZA PEREIRO, J. “Prioridad aplicativa...”, *cit.*

⁶⁵ POYATOS I MATAS, G. “Externalización en el sector de hostelería e impacto de género: ‘Las Kellys’ versus empresas multiservicios”. *RTSS. CEF*, N. 409 (2017), p. 141.

⁶⁶ MERINO SEGOVIA, A. y GRAU PINEDA, C. “Límites a 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”. *Revista de Derecho Social*. N. 95 (2022).

⁶⁷ La STS 18-01-1995 (Rec. 150/1994), en la delimitación del concepto ‘propia actividad’, ha recogido la opinión de la doctrina mayoritaria, señalando que “son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo” de la empresa; esto es, las que forman parte de sus actividades principales; “más que la inherencia al fin de la empresa, es la indispensabilidad para conseguirlo lo que debe definir el concepto de propia actividad”. Esta interpretación *in extenso* permite concluir “que todo o casi todo de lo que sea objeto de contrata estará normal-

su ubicación –a continuación de los derechos de información, no privativos de este tipo de contrataciones⁶⁸–, a la subcontratación de tareas periféricas o accesorias⁶⁹.

Con esta fórmula, el RD-L 32/2021 aporta algunas soluciones a un fenómeno que, en constante expansión, ha debilitado la posición de los y las trabajadoras externalizadas, que, con asiduidad, ejecutan su prestación laboral en el centro de trabajo de la empresa cliente de manera sincrónica y concurrente con otras personas trabajadoras. Unas veces, estas ta-

mente relacionado con el desarrollo de la actividad a que se dedique la empresa. No obstante, una interpretación absoluta y radicalmente amplia del concepto" nos llevaría a no entender la exigencia del supuesto de hecho que recoge el art. 42 ET: "si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial. En consecuencia [...], la solución a la problemática apuntada solo puede venir dada por el examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto". La STS 29-10-1998, (rec. 1213/1998), tras mencionar las dos teorías que se han manejado para delimitar el alcance de este concepto jurídico indeterminado –la del ciclo productivo y de las actividades indispensables–, se decanta a favor de la primera, excluyendo del ámbito de la propia actividad de la empresa principal las actividades complementarias inespecíficas: "el fundamento de esta interpretación estriba en que las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata".

⁶⁸ Se ha mantenido, en lo esencial, la redacción del art. 43.1 y 2 ET, que regula una concreta modalidad de actuar en el mercado a través de la descentralización productiva, cuando una empresa contrata o subcontrata con otra la realización de tareas o servicios correspondientes a su propia actividad. Los cambios habidos, por obra del RD-L 32/2021, incorporan un lenguaje inclusivo en cuanto al género.

⁶⁹ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. "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)". Una mirada crítica a las relaciones laborales, 2021 (<https://ignisabeltran.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/>).

reas coinciden con la actividad productiva de la empresa principal; otras, son de carácter auxiliar.

La definición de la naturaleza de las tareas subcontratadas es clave, no solo para garantizar una gestión eficaz de la coordinación de actividades empresariales, sino para delimitar el régimen de responsabilidades empresariales; también, como se dirá seguidamente, para definir el convenio de aplicación a cada concreta relación jurídica. El casuismo judicial en relación con las obras y servicios que se identifican con la propia actividad de la empresa principal anticipa esta complejidad, sin que sean dables soluciones apriorísticas que predeterminen con vocación de generalidad qué tareas son de carácter auxiliar o periférico, y cuáles esenciales. Habrá que revisar, por tanto, las obras o servicios que se han externalizado, en relación con la concreta actividad productiva que desarrolla la empresa contratante⁷⁰.

⁷⁰ La inspección ha considerado propia actividad los supuestos siguientes: empresa de actividades topográficas/empresa constructora; empresa de instalación de tendido aéreo de líneas telefónicas/empresa de telecomunicaciones; empresa de colocación de señalización horizontal de obra/empresa constructora; empresa de mantenimiento industrial/empresa siderúrgica. Tienen carácter auxiliar, por no existir propia actividad, las tareas realizadas por empresas de vigilancia de edificios/centros de trabajo de cualquier empresa; empresa de conservación de jardines/ empresa de industria química; empresa suministradora de agua embotellada/centro de trabajo de cualquier empresa. Algunos ejemplos en los que la doctrina judicial ha considerado que la contratación o subcontratación de obras o servicios forman parte de la propia actividad de la empresa cliente son: ayuntamiento que contrata la prestación de servicios en las instalaciones de un polideportivo municipal, STSJ Murcia, 18-12-2000; ayuntamiento que subcontrata el servicio de retirada de vehículos con camión-grúa, TSJ Castilla-La Mancha, 27-03-2001; empresa ferroviaria que contrata el servicio de conservación y mejora de líneas, STSJ Castilla-La Mancha, 18-10-2001; empresa concesionaria de la prestación de un servicio público de telefonía móvil que contrata la comercialización y promoción de sus móviles, STSJ País Vasco, 09-04-2002; empresa de distribución y producción de energía eléctrica que contrata la actividad de lectura de los contadores, STSJ Asturias, 25-01-2002; departamento de sanidad de una comunidad autónoma que contrata el servicio de transporte sanitario de urgencia, STSJ País Vasco, 29-10-2002; establecimiento hotelero que subcontrata la limpieza y puesta a punto de habita-

La doctrina científica ya había reparado en las dificultades que, en el territorio de la negociación colectiva, subyacen en la selección del convenio sectorial aplicable, por mor de la pluralidad y diversificación de los servicios que ofertan las multiservicios, con variedad de sectores imbricados y sin especialización en uno concreto⁷¹. En estas empresas la situación no es homogénea, aun cuando no ha sido infrecuente la opción en favor del convenio económicamente más rentable o competitivo, desde la perspectiva empresarial, con salarios y condiciones laborales sensiblemente inferiores a las de otros convenios; o su percepción de no estar vinculadas a convenio sectorial alguno, bajo la argumentación de que sus respectivos ámbitos funcionales “no les dan cabida, o no han estado representadas en la negociación por las organizaciones firmantes”; en otras ocasiones, se han limitado a declarar, sin más, que “algunas de las actividades que realizan no cuentan con convenio específico”⁷².

De esta problemática se ha hecho eco el RD-L 32/2021, que, con referencia a la “modernización de la contratación y subcontratación de las empresas”, expresa la necesidad de afrontar una reforma que impida que el recurso a la subcontratación sea un instrumento de “reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas”. Práctica esta, cada vez más extendida, que demanda una

ordenación que garantice “un uso adecuado en los supuestos que mejoran la actividad productiva al tiempo que lo desincentive en aquellos en que es un mero instrumento de reducción de costes”. Avanzar por la senda de la equiparación de las condiciones de los y las trabajadoras externalizadas y las que aplican a su plantilla propia la empresa principal requiere normas que garanticen “el equilibrio entre agilidad y flexibilidad [...] y un nivel adecuado de protección” de las personas provenientes de las contratadas y subcontratadas. No olvida la norma jurídica otras razones de fondo vinculadas al principio de igualdad y no discriminación, con expresa referencia a determinados puestos y sectores altamente feminizados –las camareras de piso– en los que no es sostenible “que dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones laborales diferentes, o, incluso, carezcan de marco sectorial de referencia”. Concluye la EEMM que la igualdad y la no discriminación se garantizan con un convenio colectivo sectorial que sea de aplicación a los y las trabajadoras externalizadas, sin perjuicio de los derechos de negociación colectiva y libertad de empresa.

Con este fin, el vigente art. 42.6 ET declara aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas el convenio “del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III”. Apostilla la norma que “cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84 ET”. El inciso final no anticipa una aplicación *in integrum* del convenio de empresa, quedando sometido, cuando concurra conflictivamente con otro sectorial, a las reglas del art. 84.1 y 2 ET o, en su caso, a lo que regulen los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET. Esta previsión, que sugiere una interpretación sistemática de los arts. 42.6, 83 y 84 ET, anticipa una pluralidad de situaciones jurídicas, con cambios de entidad en “los procesos de negociación colectiva y

ciones y zonas comunes, STS 11-11-2021 (Rec. 3330/2019). Se han considerado de carácter auxiliar: empresa de investigación, desarrollo, fabricación y comercialización de explosivos que contrata servicio de vigilancia y transporte de seguridad, STSJ Andalucía, 10-07-2002; contratación por RENFE del servicio de limpieza ferroviaria, STSJ Castilla-La Mancha, 18-07-2005; empresa promotora inmobiliaria que contrata los servicios de una empresa de construcción, STS 20-07-2005. Estas y otras sentencias en AGUILERA IZQUIERDO, R. y GARCÍA-NUÑEZ SERRANO, F. “Contratas y subcontratas (artículo 42 ET)”. *Actualidad Laboral*, N. 8 (2006).

⁷¹ CABEZA PEREIRO, J. “Empresas multiservicios y negociación colectiva...”, *cit.*, pp. 201 ss.

⁷² CAVAS MARTÍNEZ, F. “El convenio colectivo aplicable a las empresas multiservicios”. *Lefebvre El Derecho/Social*. 2018 (<https://elderecho.com/el-convenio-colectivo-aplicable-en-las-empresas-multiservicios>).

en los contenidos de los convenios colectivos, sectorial y de empresa”⁷³.

3.1. El convenio colectivo aplicable a las personas trabajadoras externalizadas que realizan obras o servicios que se corresponden con la propia actividad de la empresa principal

Es irrelevante, para determinar el convenio sectorial de aplicación, que la empresa contratista o subcontratista haya definido dentro de su objeto social unas u otras actividades, ya sea de manera genérica o específica; como también lo es la denominación que adopte la empresa y su forma jurídica –sociedad anónima, sociedad limitada, sociedad cooperativa, sociedad laboral, u otra⁷⁴–. Es la referencia al “sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata” la que conduce a estimar que en cada específica tarea subcontratada habrá de definirse el convenio de aplicación. Huelga decir que, a tenor del precepto legal, las empresas contratistas que oferten pluralidad de servicios –empresas multiservicios– no quedan vinculadas a un solo convenio sectorial, debiendo aplicar tantos como sectores se ven concernidos en las actividades que desarrollan.

No son aducibles, en consecuencia, en la determinación del convenio aplicable, algunos criterios que con anterioridad habían manejado nuestros tribunales⁷⁵, tales como el de unidad de empresa o actividad preponderante. Es verdad, por otra parte, que determinados pronunciamientos judiciales fundaron su argumentación en la ausencia de una intervención

legislativa que identificara el convenio aplicable a las contratas y subcontratas –principalmente, cuando la obra o servicio contratados se corresponden con la actividad estratégica de la comitente⁷⁶–, prescindiendo de abordar esta problemática desde un enfoque constitucional, con base en el principio de igualdad y no discriminación en las condiciones de trabajo. De ahí que no se hayan tenido en cuenta las situaciones de discriminación retributiva indirecta provocadas por la no selección del convenio que aplica la empresa principal, ni tampoco los elevados índices de feminización de algunas de las actividades afectadas.

Esta intervención estatal, cuya ausencia fue enfatizada por el TS, hoy cobra vida en el nuevo art. 42.6 ET, que, sin mención expresa al convenio sectorial que aplica la empresa principal, cuando la obra o el servicio contratados son estratégicos, penetrando de lleno en su núcleo esencial de actividad, sí es deducible del tenor legal al nombrar la actividad desarrollada en la contrata. Son, a fin de cuentas, la tarea o tareas ejecutadas en la concreta contrata o subcontrata las que han de definir el convenio sectorial aplicable en cada específica relación jurídica; o si se prefiere, las obras o los servicios efectivamente prestados, cuando forman parte del núcleo esencial de actividad de la comitente, conducen al convenio sectorial que aplica o aplicaría esta, de no haber negociado un convenio propio⁷⁷. Esta solución

⁷³ MERINO SEGOVIA, A. y GRAU PINEDA, C. “Límites a la subcontratación...”, *cit*.

⁷⁴ MERINO SEGOVIA, A. y GRAU PINEDA, C. “Límites a la subcontratación...”, *cit*.

⁷⁵ Un amplio recorrido por esta jurisprudencia en CABEZA PEREIRO, J. “Empresas multiservicios y negociación colectiva...”, *cit*, pp. 208 ss; y CAVAS MARTÍNEZ, F. “El convenio colectivo aplicable...”, *cit*; en relación con las camareras de piso, MERINO SEGOVIA, A. y GRAU PINEDA, C. “Límites a la subcontratación...”, *cit*.

⁷⁶ Lo que “permite concluir que las contratas o subcontratas no están obligadas legalmente a la aplicación mecánica del convenio de la empresa principal, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal”, ni a que las personas externalizadas tengan las mismas condiciones –incluidas las salariales– que las que tendrían si hubieran sido directamente contratadas por la empresa cliente, STS 12-02-2021 (Rec. 2839/2019), con voto particular en el que se considera que la no aplicación del convenio sectorial de hostelería a las camareras de piso externalizadas, además de vulnerar el principio de igualdad efectiva, precariza sus condiciones laborales. Con posterioridad, STS 11-11-2021 (Rec. 3330/2019).

⁷⁷ Con anterioridad a la reforma 2021, CAVAS MARTÍNEZ, F. “El convenio colectivo aplicable...”, *cit*: cuando la actividad ejecutada por las personas trabajadoras de una empresa multiservicios en el marco de una determinada contrata se corresponde con la propia actividad de la empresa cliente, “la norma

garantiza la igualdad en las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras externalizadas, en relación con los y las trabajadoras en plantilla de la empresa matriz cuando las tareas subcontratadas se ejecutan en el mismo lugar y con idéntico contenido⁷⁸.

Ha introducido en art. 42.6 ET una salvedad, con referencia a la existencia de otro convenio sectorial aplicable, de conformidad con lo establecido en el T III ET. Ni esta ni aquella otra referencia a la negociación colectiva sectorial impiden toda opción de aplicación del convenio de empresa de la cliente –si existiera– a las personas trabajadoras externalizadas, que podrán beneficiarse de determinadas mejoras cuando se hayan introducido en él condiciones de subcontratación e igualación de condiciones de trabajo que vinculan a la comitente⁷⁹.

Volviendo a lo enunciado en segundo lugar en el art. 42.6 ET, la referencia al T. III –que no introduce reglas propias sobre convenios aplicables– desplaza, a nuestro juicio, la determinación del convenio aplicable a lo establecido en los arts. 83.1 ET –sobre libre selección por las partes legitimadas de la unidad de negociación–, 83.2 y 84.1, 3 y 4 ET; esto es, a los acuerdos y convenios *ex art. 83.2 ET*, que podrán definir el convenio o los convenios sectoriales con prioridad en su aplicación, y, en su caso, a las reglas previstas en el art. 84.1, 3 y 4 ET. Es factible, naturalmente, una armonización de convenios sectoriales de distinto ámbito, su coordinación con un acuerdo o convenios sectoriales estatales o autonómicos, que al definir en el sector la estructura de la negociación colectiva, introduzcan reglas de concurrencia, que prevalecen sobre la general de no afectación, en los

paccionada por la que se regulan las condiciones laborales de ese personal coincidirá con la aplicable" a los y las trabajadoras "de la empresa principal, al caer en el ámbito de aplicación del mismo convenio".

⁷⁸ MERINO SEGOVIA, A. y GRAU PINEDA, C. "Límites a la subcontratación...", *cit.*

⁷⁹ MERINO SEGOVIA, A. y GRAU PINEDA, C. "Límites a la subcontratación...", *cit.*

términos ya indicados en páginas anteriores⁸⁰. Con todo, la fórmula legal deja abiertas a la negociación colectiva distintas opciones, siempre que se dé cumplimiento a las reglas de legitimación negocial, lo que supondrá, entre otras cuestiones, que quienes participen en las mesas de negociación habrán de estar legitimadas para representar a las empresas contratistas y subcontratistas.

Las empresas contratistas y subcontratistas aplicarán a sus plantillas su convenio, de haberlo negociado, pero siempre en los términos establecidos en el art. 84 ET, tal y como ha previsto el art. 42.6 ET. La regulación legal adquiere especial relevancia, a propósito de la supresión del art. 84.2.a ET, con derivaciones de entidad para las contratistas y subcontratistas que han negociado sus propios convenios, descolgándose del sectorial que venían aplicando⁸¹. Ahora, en materia salarial, las partes negociadoras de los convenios sectoriales disponen de mayor capacidad de intervención para establecer reglas de concurrencia, con "aplicación prevalente del convenio sectorial que garantice mejores niveles retributivos"⁸².

En determinados casos podrían plantearse algunas dificultades cuando se trata de

⁸⁰ MERINO SEGOVIA, A. y GRAU PINEDA, C. "Límites a la subcontratación...", *cit.*

⁸¹ Algunos convenios de empresas multiservicios hacen referencia a los convenios sectoriales que pudieran ser de aplicación. Véase, por todos, CC de Acciona Multiservicios, S.A., art. 3: quedan excluidas del ámbito de aplicación del convenio "aquellas actividades que estén reguladas por un convenio sectorial específico. [...] Del mismo modo, las partes pactan que en caso de que entrara en vigor un convenio colectivo sectorial de ámbito superior al de esta empresa que regule el mismo ámbito personal y funcional, y bien sea en parte o en todo el territorio del Estado español, produciéndose de esta manera una concurrencia entre ambas normas, el presente texto se adecuará al nuevo convenio sectorial en el territorio afectado, manteniendo los trabajadores afectados todas las condiciones que mediante este convenio de empresa hubieran sido mejoradas respecto al nuevo en calidad *ad personam* fijando de esta manera una concurrencia no conflictiva". En sentido similar, CC de ISS Facility Services Multiservicios Integrales, S.L.

⁸² RAMOS QUINTANA, M.I. "Salarios y negociación colectiva sectorial...", *cit.*

apreciar si, a los efectos del art. 84 ET, existe una relación de concurrencia conflictiva entre el convenio sectorial y el convenio de la empresa contratista; es decir, si se produce una ‘afectación’ entre ambos convenios, y si se da una identidad, siquiera parcial, de ámbitos funcionales, o un solapamiento aplicativo en atención a que las actividades singulares de la contrata se incluyen en el espacio funcional del convenio sectorial. No parece que exista una solución unívoca que dé respuesta a estas situaciones, que quedarían en buena medida solventadas si los convenios sectoriales definieran sus ámbitos funcionales, en referencia, no tanto a la identificación subjetiva de las empresas o a su objeto social, como a las actividades desarrolladas⁸³.

3.2. El convenio colectivo aplicable a las personas trabajadoras externalizadas que realizan obras o servicios de carácter auxiliar

El convenio de aplicación –dice el art. 42.6 ET– es el del sector “de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”. Un actividad, ahora, accesoria, periférica o auxiliar, que no conduce, necesariamente, al convenio sectorial de aplicación a la empresa principal, sino al que se corresponda con las tareas ejecutadas en la concreta contrata. Si son funciones de vigilancia y protección de las personas, bienes o establecimientos de la empresa cliente, el convenio sectorial de aplicación será el de empresas de seguridad; o el sectorial de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, si los servicios prestados son, por ejemplo, de control de tránsito en zonas reservadas o de circulación

restringida en el interior de las instalaciones de la comitente⁸⁴.

Determinados convenios sectoriales han incorporado en sus ámbitos funcionales a las empresas contratistas y subcontratistas que prestan servicios auxiliares⁸⁵, lo que podría plantear algunos problemas de eficacia jurídica, por razones de representatividad y de legitimación empresarial, cuando se impongan condiciones a empresas externas al ámbito de legitimación del convenio⁸⁶. Las que no parecen ofrecer dudas, en cuanto a su eficacia y validez, son las cláusulas convencionales que, en el territorio de la subcontratación, comprometen a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio⁸⁷.

⁸⁴ Se han negociado distintos convenios sectoriales de empresas de servicios auxiliares; entre otros, CC estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones y CC de montajes y empresas auxiliares de Asturias. Otros convenios sectoriales, sin ser exclusivos de este tipo de empresas, regulan actividades que con frecuencia son objeto de subcontratación; entre otros, CC estatal de las empresas de seguridad para 2022; CC estatal de sector de desinfección, desinsectación y desratización. XVII CC estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública; CC estatal del sector de jardinería. CCs estatal, autonómicas y provinciales de limpieza de edificios y locales, con referencia expresa, en sus ámbitos funcionales, a todas las empresas ya sean individuales, ya sean sociedades, que desarrollen la actividad de limpieza de edificios y locales, aun no siendo esta su actividad principal.

⁸⁵ Algunos convenios colectivos han incluido en sus ámbitos funcionales a las personas trabajadoras de servicios auxiliares, que se regirán por la totalidad de las normas del convenio, CC del sector de hostelería de Santa Cruz de Tenerife, 2018-2022.

⁸⁶ CABEZA PEREIRO, J. “Empresas multiservicios y negociación colectiva...”, *cit.*, p. 216.

⁸⁷ En ocasiones se han establecido límites a la subcontratación: el art. 18 CC del sector de hostelería de Santa Cruz de Tenerife, 2018-2002, señala que “las empresas incluidas en el presente convenio no contratarán o subcontratarán con otras empresas personal para los servicios de restaurantes, bares, cocinas, recepción y pisos”. Sí permite el convenio subcontratar actividades profesionales “de carácter accesorio, tales como seguridad, jardinería, animación, tareas específicas de mantenimiento técnico, servicios de socorrismo y especializadas de limpieza [...]”. Sobre este tipo de prohibiciones, CABEZA PEREIRO, J. “Empresas multiservicios y negociación colectiva...”, *cit.*, p. 218: “no hay [...] una ilegalidad clara [...], y, en cuanto a su lesividad, resulta evidente que el TS no ha elaborado una doctrina mini-

⁸³ Se han ensayado otras fórmulas, tales como, la posibilidad de ensanchar los ámbitos funcionales de los convenios sectoriales con referencia expresa a las empresas contratistas y subcontratistas; solución que plantea algunos problemas, si las multiservicios no han estado representadas en la negociación por las organizaciones empresariales firmantes, CAVAS MARTÍNEZ, F. “El convenio colectivo aplicable...”, *cit.*

El convenio sectorial de aplicación a quienes presten servicios de carácter auxiliar vendrá determinado por lo establecido en los arts. 83.1, 83.2 y 84.1, 3 y 4 ET, con posibilidad de armonización entre las distintas unidades sectoriales de negociación. Por último, la aplicación del convenio de la empresa contratista se producirá en los términos previstos en el art. 84 ET, teniendo en cuenta que, tratándose de los multiservicios, las reglas de concurrencia deben establecerse sector por sector, es decir, en referencia a cada convenio sectorial aplicable⁸⁸. En materia salarial rige la regla general de no afectación –art. 84.1 ET–, salvo que por acuerdo o convenio *ex art.* 83.2 ET se haya establecido otro tipo de prioridades.

4. LA RESTITUCIÓN DE LA VIGENCIA ULTRAATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO

La dimensión temporal de las normas paccionadas guarda estrecha conexión con la estructura de la negociación colectiva, con las reglas de concurrencia y la posición de las partes en las mesas de negociación⁸⁹. Como se ha visto en páginas anteriores, el paso a situación de ultraactividad del convenio colectivo denunciado ha tenido consecuencias relevantes en el funcionamiento del sistema de negociación colectiva en su conjunto y en las condiciones laborales de las personas trabajadoras.

Es sabido que la reforma laboral 2012 estipuló la pérdida de vigencia del convenio colectivo en proceso de renovación “transcurrido un año desde la denuncia [...] sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, salvo pacto en contrario” –

mamente elaborada en torno a ella después de la muy clásica STS de 15 de marzo 1993”,

⁸⁸ Con reglas sobre estructura negocial y concurrencia de convenios, y con mención al art. 84.2 ET, CC de empresas de seguridad para 2022; CC estatal del sector de jardinería; CC estatal de sector de desinfección, desinsectación y desratización.

⁸⁹ CABEZA PEREIRO, J. “Vigencia y aplicación del convenio...”, *cit.*, p. 142.

art. 86.3 párrafo cuarto ET, en redacción dada por la L 3/2012–. Declaraba entonces la norma la sustitución del convenio decaído por el de ámbito superior aplicable a la unidad de negociación cuyo convenio ha perdido vigencia, si lo hubiere.

El precepto, enunciado en régimen de subsidiariedad, de naturaleza dispositiva⁹⁰, por tanto, para la autonomía negocial, facultaba a las partes del convenio y a los negociadores de los acuerdos y convenios de nivel superior a establecer reglas que contrarrestaran la pérdida de vigencia ultraactiva de la norma paccionada a los efectos expresados en el texto legal, con posibilidad, a la postre, de extender su duración más allá del año o hasta que fuera reemplazado con el convenio en fase de negociación⁹¹. Los llamamientos a la negociación colectiva, frecuentes en el art. 86 ET, se han reiterado en el párrafo primero del art. 86.3 ET, con referencia expresa a que la vigencia del convenio colectivo denunciado, una vez finalizada la duración pactada, “se producirá en los términos que se hubieran establecido en el propio convenio”⁹².

⁹⁰ Con expresa referencia a que “la regla de la ultraactividad limitada no es absoluta ni imperativa”, SAN 31-01-2014 (Rec. 440/2013).

⁹¹ CASAS BAAMONDE, M.E. “Eficacia temporal de la prioridad aplicativa...”, *cit.* En relación con el momento en el que se puede producir “el pacto en contrario”, las posiciones doctrinales divergen entre sí. Se ha estimado, de una parte, que el único pacto que sustituye el régimen legal de ultraactividad es el previamente acordado en el propio convenio denunciado (Mercader 2012: 454). En sentido opuesto, se entiende que el pacto en contrario es el logrado después de que el convenio haya sido denunciado (Sempere y Martín, 2012: 141). También se ha considerado que el pacto puede ser previo o alcanzado tras la denuncia (Guamán e Illueca, 2012: 123). Entiende que el pacto en contrario puede, asimismo, celebrarse en el momento de la denuncia del convenio e inicio del proceso de negociación, en el transcurso de las negociaciones o al finalizar el plazo legal de ultraactividad, CASAS BAAMONDE, M.E. “Eficacia temporal de la prioridad aplicativa...”, *cit.* Sobre esta doctrina, GOERLICH PESET, J.M. La ultraactividad de los convenios colectivos. Madrid: CC-NCC-MESS, 2013.

⁹² Esta norma, que se ha mantenido en el vigente art. 86.3 ET, invita a considerar “que hay que estar en exclusiva al convenio que se denuncia”, CABEZA PEREIRO, J. “Vigencia y aplicación del convenio...”, *cit.*, p. 151.

La ordenación legal, por obra de la L 3/2012, alteró la orientación del pacto en contrario, que, sin adjetivación alguna, “tampoco en función del momento de su conclusión”, y sin poder “ser interpretado con mayor restricción que la que el propio legislador proponga expresamente”⁹³, provocó ciertos movimientos en los procesos de negociación, con inclusión en los convenios colectivos de cláusulas, unas, que extendieron la vigencia ultraactiva temporal o indefinidamente; otras, que la impidieron o la acortaron; con tendencias, asimismo, a omitir previsiones en este sentido, o a dejar en un año el periodo de ultraactividad, a contar desde la denuncia o finalización de la duración pactada.

La pérdida de ultraactividad del convenio denunciado no sometió a plazo los procesos de negociación, permaneciendo las mesas de negociación por decisión de ambas partes o de una de ellas, sin desaparición de la unidad de contratación⁹⁴. Privaba, eso sí, salvo que existiera convenio aplicable en el nivel superior o laudo arbitral que lo sustituyera, de cobertura negocial al ámbito afectado⁹⁵. La teoría judicial de la contractualización *ab origine* de las condiciones de trabajo del convenio desaparecido⁹⁶ y su no aplicación a quienes celebraron sus contratos de trabajo finalizada la vigencia del convenio vencido⁹⁷ abrieron nuevas problemáticas⁹⁸ y variedad de líneas interpretativas,

con algunas contradicciones cuando existía un convenio de ámbito superior aplicable. En efecto, tras declarar, en un primer momento, que en las materias no reguladas en el convenio de ámbito superior permanecía la contractualización⁹⁹, el TS optará finalmente por una *sustitutio in integrum* del convenio de nivel inferior por el de ámbito superior¹⁰⁰, haciendo de la contractualización *ab origine* una técnica “de carácter selectivo”, con base “en un factor externo absolutamente ajeno a las condiciones de trabajo del convenio vencido: la existencia de otro convenio colectivo de ámbito superior aplicable”¹⁰¹.

La norma legal, lejos de garantizar una cobertura convencional eficaz, mostró las disfunciones derivadas de un modelo que, gestado —se decía— para salvar los obstáculos venidos de una supuesta falta de dinamización de la negociación colectiva¹⁰², ha aportado más problemas que soluciones. La escasa claridad del art. 86.3 ET, un precepto, técnicamente deficiente en redacción dada por la L 3/2012, ha tenido consecuencias en la estructura de la negociación colectiva y en las condiciones laborales de las personas trabajadoras afectadas, que se suman a otras problemáticas preexistentes, como las vinculadas al principio de no afectación *ex art.* 84.1 ET. Algunas de las dificultades señaladas han quedado solventa-

⁹³ SAN 31-01-2014 (Rec. 440/2013).

⁹⁴ CASAS BAAMONDE, M.E. “Eficacia temporal de la prioridad aplicativa...”, *cit.*

⁹⁵ CASAS BAAMONDE, M.E. “Eficacia temporal de la prioridad aplicativa...”, *cit.*

⁹⁶ Declarando el TS que “cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad [...] estaban ya contractualizadas”, y permanecen aunque “el convenio pierda su vigencia”, SSTs 22-12-2014 (Rec. 264/2014), 14-02-2019 (Rec. 3253/2017) y 25-07-2018 (Rec. 3584/2016).

⁹⁷ STS 13-05-2019 (Rec. 55/2018).

⁹⁸ Con riesgos de dobles escalas y, a la postre, de discriminación entre la plantilla afectada por el convenio y la de nuevo ingreso, al quedar privada esta última de “esa malla de protección que brindada el convenio colectivo, STS 22-12-2014 (Rec. 264/2014). La STS 13-05-2019 (Rec. 55/2018) declarará, no obstante, que, en estos casos, no se produce una vulne-

ración del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, porque no se están comparando fechas distintas de ingreso en la empresa rigiendo un mismo convenio, sino fechas distintas de ingreso cuando el convenio ha dejado de ser aplicable. Tratándose de las personas que fueron receptoras de mejoras complementarias de la Seguridad Social reconocidas en el convenio extinto, la STS 07-07-2021 (rec.137/2019), sostendrá que donde no existe un contrato paralelo a la vigencia del convenio no es dable la contractualización de las condiciones laborales.

⁹⁹ SSTs 23-09-2015 (Rec. 209/2014); 05, 06 y 21-06-2018, 03, 10 y 25-07-2018 (Rec. 364/2017; Rec. 427/2017; Rec. 523/2017; Rec. 663/2017; Rec. 2602/2017; Rec. 1300/2017; Rec. 2730/2016; Rec. 664/2017); 06 y 20-11-2018 (Rec. 584/2017; Rec. 2148/2017); y 13-03-2019 (Rec. 3797/2016).

¹⁰⁰ STS 19-01-2021 (Rec. 47/2018). Doctrina, ya recogida en la STS 28-01-2020 (Rec. 1294/2020).

¹⁰¹ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “Dos comentarios sobre ultraactividad...”, *cit.*

¹⁰² STS 19-01-2021 (Rec. 47/2018).

das con la reforma laboral 2021, que, suprimiendo toda mención al convenio de ámbito superior, cierra, en principio, la posibilidad de vacíos de regulación por decaimiento del convenio vencido.

El RD-L 32/2021 pone fin a una técnica legal que ha generado importantes alteraciones en la correlación de fuerzas, reequilibrando la posición de las partes en las mesas de negociación, claramente descompensada con la reforma 2012. La norma de urgencia, invirtiendo las reglas del juego jurídico plasmadas en la L 3/2012, ha recuperado la vigencia ultraactiva indefinida del convenio colectivo. La regla actual, que mantiene su carácter dispositivo frente a la autonomía negocial¹⁰³, reconociendo “el poder de autorregulación de las partes negociadoras sobre la vigencia del convenio colectivo”¹⁰⁴, conserva las cláusulas del convenio –su contenido normativo y obligacional– hasta que sea sustituido por uno nuevo, superando las lagunas normativas que pudieran surgir de la inaplicación del convenio cuya vigencia ordinaria ha finalizado. Solo las disposiciones convencionales de paz sindical –dice la norma– decaen a partir de la denuncia del convenio, pudiendo las partes –como ya expresaba el precepto en su versión anterior– celebrar acuerdos parciales con la vigencia que determinen, en relación con la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados, “con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa”.

El decaimiento, a partir de la denuncia del convenio, de las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado al ejercicio del derecho huelga durante la vigencia del convenio, con la finalidad de posibilitar durante los procesos de negociación dicho ejercicio, y que se formula,

¹⁰³ El pacto colectivo de ultraactividad “puede contenerse en el propio convenio denunciado o en convenios interprofesionales o de ámbito superior”, CASAS BAAMONDE, M.E. “Eficacia temporal de la prioridad aplicativa...”, *cit.*

¹⁰⁴ CASAS BAAMONDE, M.E. “Eficacia temporal de la prioridad aplicativa...”, *cit.*

como ya se hacía antes, en términos de aparente imperatividad no permite soluciones unívocas. Podría tener lugar, salvo que el convenio determine lo contrario, lo que “puede hacerse sin vulnerar con ello el art. 28.2 CE”¹⁰⁵. Con todo, no es pacífico que al pacto en contrario, que puede exceptuar el mantenimiento de la vigencia del convenio durante las negociaciones para su renovación, se le permita también la subsistencia de las cláusulas de paz sindical, de conformidad con lo establecido con el art. 8.1 DLRT¹⁰⁶.

A contar desde la denuncia, dice ahora el art. 86.4 ET que, transcurrido un año sin nuevo convenio, las partes han de intentar solventar los bloqueos, debiendo someterse a los procedimientos de mediación previstos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, para poner fin a las concretas situaciones de *impasse* negocial que les impide suscribir el nuevo convenio. La mediación, claramente resaltada en el texto legal, se contempla como un mecanismo necesario para las partes, acudiendo a la negociación ayudada tras un año de negociación sin resultados. La mediación solo podrá ser desplazada por el arbitraje, cuando exista un acuerdo de las partes en tal sentido, lo que viene a recalcar el carácter voluntario de este último; acuerdo expreso, que, según sostiene el precepto legal, podrá ser previo –no necesariamente incorporado al convenio– o coetáneo; término este último que da paso a distintas opciones y que permiten deducir su celebración en cualquier momento dentro del plazo del año.

No hay que esperar al vencimiento del año para que las partes recurran a los pro-

¹⁰⁵ CASAS BAAMONDE, M.E. “Eficacia temporal de la prioridad aplicativa...”, *cit.*

¹⁰⁶ El art. 8.1 DLRT permite a los convenios establecer normas complementarias relativas a la renuncia, “durante su vigencia”, al ejercicio del derecho de huelga. Nuevamente, aparece el término ‘vigencia’, cuyo carácter polisémico permitiría también interpretar que, a los efectos del ejercicio del derecho de huelga durante la vigencia ultraactiva del convenio colectivo, lo dispuesto en el art. 86 ET adquiere tintes imperativos. Sobre la validez de este tipo de cláusulas, véanse SSTC 11/1981 y 189/1993.

cedimientos de solución extrajudicial de conflictos. Ahora bien, transcurrido dicho periodo, sin que se haya acordado el nuevo convenio, el art. 86.4 ET obliga a acudir a la mediación, o, en su caso, al arbitraje si existe acuerdo interpartes, con el objeto de lograr un acuerdo en avenencia o compromiso arbitral del que emane el laudo. Sin acuerdo en mediación o laudo arbitral, el convenio mantiene su vigencia ultraactiva hasta que se logre un nuevo convenio, si no hay pacto en contrario. Si, finalizado el proceso de negociación, no se alcanza un convenio, también permanece aquel en régimen de ultraactividad –art. 86.4, apartado 3 ET–, en tanto subsista la unidad de negociación.

Algunos desajustes en la literalidad del vigente art. 86 ET abogan por una interpretación que haga prevalecer que la denuncia del convenio colectivo surte efectos solo cuando haya concluido la vigencia pactada, porque existe la posibilidad de que la precitada denuncia se produzca al día siguiente de la entrada en vigor de aquel¹⁰⁷. Es, por tanto, esta solución la que debería mantenerse, en relación con las cláusulas de paz sindical, que según reza el art. 86.4 ET, decaen a partir de la denuncia; o en referencia a los procedimientos de mediación y arbitraje, a los que deberán someterse las partes “transcurrido un año desde la denuncia del convenio”, sin haberse acordado otro nuevo. De lo contrario, podrían darse algunas situaciones indeseadas: el decaimiento de las cláusulas de paz sindical o el sometimiento a los procedimien-

tos de mediación y arbitraje, antes, incluso, de que finalice la vigencia pactada.

La disposición transitoria séptima RD-L 32/2021 recoge el régimen aplicable a los convenios colectivos denunciados a la fecha de la entrada en vigor de la norma de urgencia. Estos convenios, y en tanto no se adopte otro nuevo, permanecerán en activo en los términos previstos en el art. 86.3 ET –sin mención, empero al art. 86.4 ET–, que expresamente declara que, durante las negociaciones para la renovación del convenio colectivo, “en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia”. De entre los denunciados a fecha de 31 de diciembre de 2021, habrá convenios en vigencia inicial, a cuyo término pasarán a situación ultraactividad, salvo pacto en contrario, durante las negociaciones y hasta que se alcance el nuevo convenio. Otros se encontrarán ya en esa fecha en vigencia ultraactiva, que la mantendrán durante el proceso de renovación del convenio, también salvo pacto en contrario.

En el momento de la denuncia del convenio e iniciado el proceso de negociación o durante su transcurso pueden las partes negociar reglas de vigencia prorrogada. Si fueron pactadas con anterioridad, podrán, en virtud del art. 86.1 ET –revisión del convenio colectivo durante su vigencia–, incorporar modificaciones en las cláusulas de ultraactividad, inclusive en el lapso que media entre la denuncia y el término de la vigencia pactada¹⁰⁸, con posibilidad, asimismo, de adoptar durante las negociaciones para la renovación del convenio un acuerdo parcial para su modificación, a fin de adaptar el contenido de la cita cláusula a las condiciones actuales –art. 86.3 ET–.

Parece claro, por último, que los convenios que a fecha de 31 de diciembre de 2021 habían perdido su vigencia ultraactiva, y pasaron a ser sustituidos por otro de ámbi-

¹⁰⁷ 17 En la actualidad, la mayoría de los convenios colectivos prevén su denuncia en fechas próximas a la pérdida de su vigencia ordinaria; automáticamente, en la fecha en que finalice la vigencia ordinaria, art. 4 IX CC Ilunion outsourcing, SA, art. 5. IV CC estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal, y art. 5 I CC estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones; con un mínimo de 1 mes, art. 4 CC nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales 2019-2025; con tres meses de antelación al vencimiento del convenio, art. 4 CC nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición y servicios de marketing operacional, y art. 1.4 CC estatal de pastas, papel y cartón.

¹⁰⁸ CABEZA PEREIRO, J. “Vigencia y aplicación del convenio...”, *cit.*, p. 151.

to superior o con sus condiciones laborales contractualizadas, no recuperan ultraactividad, aun cuando no haya decaído la unidad de contratación y las partes estén en proceso de negociación del nuevo convenio. El término “mantendrán” que utiliza la disposición transitoria séptima RD-L 32/2021 no parece ofrecer dudas al respecto.

Las reglas de vigencia ultraactiva del convenio colectivo introducidas por el RD-L 32/2021 parecen augurar un cambio de orientación en los procesos de negociación. Es doble pensar que, ya en los próximos meses, comenzará a invertirse esta tendencia, y que serán mayoritarios los convenios colectivos que, *ad futurum*, doten de seguridad y estabilidad a las condiciones de trabajo que incorporan, con cláusulas que, al definir su ámbito temporal, introduzcan previsiones sobre vigencia ultraactiva indefinida. Y lo que es más importante: con la norma vigente cesan las presiones sobre los procesos de renovación de los convenios colectivos, que debilitaron la posición de las organizaciones sindicales y coadyuvaron a la moderación y reducción salarial, afectando sensiblemente a las personas trabajadoras de nueva contratación¹⁰⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. Observatorio de la Negociación Colectiva. Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012. Madrid: Lefebvre El Derecho, 2016.
- AA.VV. Observatorio de la Negociación Colectiva. La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico. Madrid: Lefebvre El Derecho, 2018.
- AGUILERA IZQUIERDO, R. y GARCÍA-NUÑEZ SERRANO, F. “Contratas y subcontratas (artículo 42 ET)”. *Actualidad Laboral*, N. 8 (2006).
- BAYLOS GRAU, A. “La reforma laboral del año 2021”. *NET21*, N. 7 (2021), p. 1-5 (<https://www.net21.org/la-reforma-laboral-del-ano-2021/>).
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “Dos comentarios sobre ultraactividad: delimitación de ‘convenio superior aplicable’ (TS 27/11/15) y del concepto ‘pacto en contrario’ ex art. 86.3 ET (TS 17/11/15)”. Una mirada crítica a las relaciones laborales, 2016. (<https://ignasibeltran.com/2016/01/19/dos-comentarios-sobre-ultraactividad-delimitacion-de-convenio-superior-aplicable-ts-271115-y-delimitacion-del-concepto-pacto-en-contrario-ex-art-86-3-et-ts-171115/>).
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 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)”. Una mirada crítica a las relaciones laborales, 2021 (<https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primera-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/>).
- CABEZA PEREIRO, J. “Vigencia y aplicación del convenio colectivo”. AA.VV. La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio. Madrid: Cinca, 2017.
- CABEZA PEREIRO, J. “Empresas multiservicios y negociación colectiva: balance en tiempos de cambio”. *Revista de Derecho Social*, N. 90 (2020).
- CABEZA PEREIRO, J. “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”. *NET21*, N. 8 (2022), p. 1-5 (<https://www.net21.org/prioridad-aplicativa-de-convenios-y-reglas-transitorias/>).
- CASAS BAAMONDE, M.E. “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de relaciones laborales”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, N. 2. Vol. 32 (2014).
- CASAS BAAMONDE, M.E. “Eficacia temporal de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa y ultraactividad”. *Derecho de las Relaciones Laborales*, N. 5 (2017).
- CASTRO ARGÜELLES, M.A. “Límites a la negociación colectiva en el ámbito de la empresa: la aplicación jurisprudencial del principio de correspondencia representativa”. *Derecho de las Relaciones Laborales*, N. 2 (2019).
- CAVAS MARTÍNEZ, F. “El convenio colectivo aplicable a las empresas multiservicios”. *Lefebvre El Derecho/Social*. 2018 (<https://elderecho.com/el-convenio-colectivo-aplicable-en-las-empresas-multiservicios/>).
- CORREA CARRASCO, M. “La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales”. *Revista de Derecho Social*, N. 59 (2012).
- CRUZ VILLALÓN, J. “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva”. *Relaciones Laborales*, N. 12 (2013).

¹⁰⁹ CASAS BAAMONDE, M.E. “Eficacia temporal de la prioridad aplicativa...”, *cit.*, p. 301.

- CRUZ VILLALÓN, J. La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva. Madrid: MESS, 2015.
- CRUZ VILLALÓN, J. “Estructura de la negociación colectiva”. AA.VV. La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio. Madrid: Cinca, 2017.
- GOERLICH PESET, J.M. La ultraactividad de los convenios colectivos. Madrid: CCNCC-MESS, 2013.
- GOLDIN, A. “La estructura de la negociación colectiva”. *Revista de Derecho del Trabajo*, B (1994).
- GÓMEZ GORDILLO, R. “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales de aplicación de uno de los pilares de la reforma de 2012”. AA.VV. La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio. Madrid: Cinca, 2017.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. e ILLUECA BALLESTER, H. El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el trabajo. Madrid: Sequitur, 2012.
- LAHERA FORTEZA, J. Una reforma laboral equilibrada. Madrid: CincoDías, 2022 (https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/01/27/le-gal/1643301082_863632.html).
- LÓPEZ ANIORTE, M.C. Concurrencia de convenios y atomización de la negociación colectiva. Murcia: Laborum, 2015.
- LUQUE BALBONA, D. “Huelgas e intercambio político en España”. *Revista Internacional de Sociología*, N. 3. Vol. 70 (2012).
- MARTÍN VALVERDE, A. “Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo”. AA.VV. Comentarios a las leyes laborales. T. II, Vol. 2. Madrid: Edersa, 1985.
- MELIÁN CHINEA, L.M. El sistema de negociación colectiva y sus reglas de articulación. La estructura negocial en los diversos escenarios de producción. Pamplona: Thomson Reuters/Aranzadi, 2020.
- MERCADER UGUINA, J.R. “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012”, AA.VV. La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RDL 20/2012. Valladolid: Lex Nova, 2012.
- MERINO SEGOVIA, A. La estructuración legal y convencional de la negociación colectiva. Madrid: Civitas, 2000.
- MERINO SEGOVIA, A. “La problemática legitimación de las representaciones sociales para negociar y suscribir convenios colectivos en las empresas multiservicios”. AA.VV. La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio. Madrid: Cinca, 2017.
- MERINO SEGOVIA, A. “Empleo, temporalidad y subcontratación: retos y espacios de intervención de la negociación colectiva”. *Revista de Derecho Social*, N. 93 (2020).
- MERINO SEGOVIA, A. y GRAU PINEDA, C. “Límites a 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”. *Revista de Derecho Social*. N. 95 (2022).
- MUGNOLO, J.P. Estructura de la negociación colectiva, intervención estatal y su influencia en la configuración. Granada: Universidad de Granada, 2014.
- POYATOS I MATAS, G. “Externalización en el sector de hostelería e impacto de género: ‘Las Kellys’ versus empresas multiservicios”. *RTSS. CEF*, N. 409 (2017).
- RAMOS QUINTANA, M.I. “Salarios y negociación colectiva sectorial: el impacto de la reforma laboral de 2021”. *NET21*, N. 8 (2022) (<https://www.net21.org/salarios-y-negociacion-colectiva-sectorial-el-impacto-de-la-reforma-laboral-de-2021/>).
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R. Claves de la reforma laboral de 2012 (estudio del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma laboral. Pamplona: Aranzadi, 2012).
- VILA TIERNO, F. “Modalidades de contratación y empleo”. *Temas Laborales*, N.140 (2017).
- VILA TIERNO, F. “Unas mínimas reflexiones en materia de contratos y negociación colectiva en la reforma laboral 2021 (RDL 32/2021)”. Proyecto Reforma Laboral 2021. IUSLABLOG, 2022 (<http://grupo.us.es/iwpr/2022/01/14/unas-minimas-reflexiones-en-materia-de-contratos-y-negociacion-colectiva-en-la-reforma-laboral-2021-rdl-32-2021/>).
- VIVERO SERRANO, J.B. “La supresión de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en materia salarial”. *AEDTSS* (2022).

La temporalidad en el empleo público laboral y las últimas reformas legislativas

Fixed-term labor contracts in public employment and the latest legislative reforms

ELENA DESDENTADO DAROCA*

<https://doi.org/10.55617/revmites.06>

Resumen:

Este artículo examina los problemas que plantea el abuso de la temporalidad en el empleo público laboral y las medidas que, frente a dicho abuso, ha adoptado el legislador en las últimas reformas (Real Decreto-Ley 14/2021, Ley 20/2021 y Real Decreto-Ley 32/2021). El análisis se ha construido fundamentalmente a partir del estudio de la legislación nacional, el Derecho de la Unión Europea, la doctrina judicial nacional y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y se aborda desde una perspectiva sistemática y crítica.

El trabajo comienza con una breve introducción, en la que se explica cómo ha ido evolucionando la temporalidad en el empleo público y cuáles han sido las causas de su crecimiento. A continuación, se examina el Derecho de la Unión Europea en relación con esta materia, en especial la cláusula 5ª del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que aprueba la Directiva 1999/70, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su ajuste a la regulación española anterior a las reformas de 2021. Se pasa después a analizar estas reformas, prestando especial atención a la nueva disposición adicional 17ª del EBEP introducida por la Ley 20/2021 y los interrogantes que plantea en su aplicación al personal laboral del sector público. El trabajo se cierra con unas reflexiones críticas finales en las que se destacan los avances de las reformas, pero también sus insuficiencias, presentando algunas propuestas de *lege ferenda*.

Palabras clave: Contratos temporales; abuso de la temporalidad; empleo público; interinos; igualdad; mérito; capacidad; indefinido no fijo; procesos de selección; consolidación empleo temporal.

Abstract:

This article examines the problems arising from the abuse of fixed-term employment contracts in the public sector, as well as the measures that legislators have adopted against said abuse in the latest reforms (Decree-Law 14/2021, Act 20/2021 y Decree-Law 32/2021). The analysis is mostly built from a study of national legislation, European Union law, national judicial doctrine and the doctrine of the Court of Justice of the European Union. Said analysis is approached from a systematic and critical perspective.

The paper begins with a brief introduction that explains how fixed-term contracts have evolved in public employment and which have been the main causes of its growth. Next, the

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UNED).

article examines European Union law in relation to this issue, specifically the 5th clause of the Framework Agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP, approved by the Council Directive 1999/70, how it was interpreted by the Court of Justice of the European Union and how it adjusted to Spanish regulations before the 2021 reforms. The paper then goes on to analyze said reforms, paying special attention to the new additional provision 17 of the Basic Statute of the Employee, introduced by Act 20/2021, which poses several challenges in its application to contracted workers in the public sector. The study closes with some critical reflections highlighting the progress these reforms imply, but also noticing their insufficiency, and introducing some proposals *de lege ferenda*.

Keywords: Fixed-term contracts; abuse of fixed-term contracts; public employment; interim; equality; indefinite contract; selection process; consolidation of fixed-term employment.

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA EXISTENCIA DE UNA DUALIDAD DE REGÍMENES EN EL EMPLEO PÚBLICO ESPAÑOL Y LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN AMBOS REGÍMENES

Para poder entender los problemas actuales del empleo público español hay que tener en cuenta que nuestro modelo de empleo público, al igual que sucede en otros países de nuestro entorno, está basado en una dualidad de regímenes jurídicos: el del personal funcionario y el del personal laboral. En la Sentencia 99/1987, el Tribunal Constitucional admitió la constitucionalidad de ese modelo dual de empleo público, aunque reconoce la preferencia de la Constitución por el vínculo funcional y el consiguiente carácter excepcional de la contratación laboral, que tan solo es admisible en los supuestos previstos por la ley.

La Administración Pública puede, por tanto, acudir a la contratación laboral. Ahora bien, la Administración, como empleadora, no puede actuar igual que una empresa privada. La Administración está sometida a una serie de principios constitucionales y normas imperativas de Derecho Público (principio de legalidad, principio de igualdad, principio de imparcialidad, principio de mérito y capacidad, defensa de los

intereses generales ...) que limitan y condicionan su actuación como empresario laboral, de ahí que haya sido necesario introducir para el personal laboral de las Administraciones Públicas ciertas particularidades al régimen laboral común, que se recogen principalmente en el Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en adelante EBEP).

Entre estas particularidades nos interesa ahora destacar los condicionamientos que tiene la Administración a la hora de contratar al personal laboral. Cualquiera que sea el vínculo jurídico formal que una al empleado público con la Administración, se imponen una serie de requisitos previos a la contratación o al nombramiento. En primer lugar, la plaza o puesto deben tener dotación presupuestaria y estar incluidos en la relación de puestos de trabajo correspondiente¹. En segundo lugar, la selección del personal debe realizarse conforme a los procedimientos legales establecidos, respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

¹ Requisito que, sin embargo, no es preciso cuando se trata de realizar tareas de carácter no permanente mediante contratos de trabajo de duración determinada y con cargo a créditos correspondientes a personal laboral eventual o al capítulo de inversiones (art. 15.1, último inciso, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública).

Es importante insistir en este último requisito. La Constitución exige que el sistema de selección del personal, tanto funcionario como laboral, se base en el mérito y la capacidad. Se ha dicho, en contra de esta conclusión, que los principios constitucionales de mérito y capacidad no son aplicables al personal laboral, pues derivan de los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución, preceptos que solo se refieren a los funcionarios². Esta afirmación no puede aceptarse. Es cierto que la aplicación de estos preceptos al personal laboral es discutible (STC 281/1993). Pero, aunque los arts. 23.2 y 103.3 CE no fueran aplicables al personal laboral, se llegaría al mismo resultado a través del art. 14 CE³, que obliga a la Administración a garantizar un trato igual en el acceso al empleo público, lo que nos lleva de nuevo a los principios de mérito y capacidad. Y es razonable que sea así, pues la Administración debe servir los intereses generales con objetividad, para lo cual se requiere un empleo público profesional e imparcial, sea funcionario o laboral. Así lo ha entendido el legislador, que impone, con carácter general, los criterios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público tanto laboral como funcionario (art. 19 Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública y arts. 11.3, 55.1 y disposición adicional 1ª del EBEP).

2. UN PROBLEMA DE GRAVES CONSECUENCIAS: LA TEMPORALIDAD COMO MAL ENDÉMICO EN EL EMPLEO PÚBLICO

Terminamos el apartado anterior afirmando que el modelo constitucional del empleo

público se basa en la garantía de profesionalidad, sistema de mérito e imparcialidad de los empleados.

Este modelo constitucional, sin embargo, está en crisis. El empleo público español lleva ya tiempo sufriendo un grave proceso de deterioro, que tiene su manifestación más grave en su alta tasa de temporalidad.

La Administración, en su condición de empleadora, debería actuar de forma ejemplar. Y, sin embargo, ocurre todo lo contrario. El sector público tradicionalmente ha tenido unas tasas de temporalidad altas, solo ligeramente inferiores a las del sector privado, lo cual carece de justificación si se tiene en cuenta que en el empleo público la incidencia de actividades temporales típicas es reducida. Este desajuste no solo no se ha corregido en los últimos años, sino que, por el contrario, se ha intensificado. Ya en el tercer trimestre de 2019, según el INE, la temporalidad en el sector público superó a la del sector privado, con un 27,8% frente a un 25,16%; en 2020 la temporalidad en el sector público subió aún más hasta situarse en 29,9%, para llegar al 31% en el último trimestre de 2021.

La temporalidad del empleo público es un problema que afecta tanto al personal laboral, como al personal sometido a régimen administrativo. Según las estimaciones de diversos informes y estudios⁴, la temporalidad se produce principalmente en las Comunidades Autónomas. No obstante, se trata de estimaciones imprecisas. Existen, en efecto, importantes disfunciones en los datos estadísticos oficiales en esta materia. El Boletín

² ATSJ 21.12.2021, r. 753/2021, que plantea cuestión prejudicial al Tribunal Justicia de la Unión Europea. En su razonamiento, el auto afirma que los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público no son aplicables al personal laboral, por lo que, ante un abuso en la contratación temporal, la Constitución no impide por sí misma la conversión del contrato en indefinido. Volveremos después sobre este auto.

³ Del que el art. 23.2 no es sino una especificación. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional (SSTC 281/1993 y 86/2004).

⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*, 2003; CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Informe 3/2004, *La temporalidad en el empleo en el sector público. Informe 3/2004*; COMISIÓN PARA EL ESTUDIO Y PREPARACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO, Informe, INAP, Madrid, 2005; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Las Administraciones españolas*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 168 y ss; del mismo autor, "Reflexiones sobre las vinculaciones constitucionales en materia de empleo público", *Autonomías*, nº 24, 1999, pp. 11 a 36; J.A. FUENTETAJA PASTOR, *Pasado, presente y futuro de la función pública*, Civitas, 2013.

Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (BEPSAP) no incluye los datos de las Comunidades Autónomas ni de la Administración Local y la información que ofrece en el ámbito de la Administración del Estado se limita a los departamentos ministeriales y sus organismos autónomos. El INE, por su parte, no distribuye los datos por Administraciones. Se trata de un grave defecto, pues sin una información clara de la situación es difícil diagnosticar los problemas y darles solución, por lo que resulta urgente abordar una reforma de las estadísticas sobre empleo público basada, como señala Luxán Meléndez, en un modelo de información estadístico integral⁵.

En todo caso, estamos ante un problema que no es nuevo. El Defensor del Pueblo en 2003 y un año después el Consejo Económico y Social, publicaron sendos informes en los que ya se advertía de las altas tasas de temporalidad en el empleo público y de su larga duración, destacando, además, que el problema afectaba principalmente a las mujeres. En estos informes, cuya lectura resulta de extraordinario interés, se hace un estudio en profundidad de las causas de la temporalidad y de sus posibles soluciones, con observaciones que todavía hoy, casi veinte años después, siguen vigentes.

Vale la pena, por tanto, detenerse brevemente en ellos. Ambos organismos coinciden en afirmar que el empleo temporal es necesario, pero la Administración abusa de él. En los primeros años de la democracia esta situación pudo tener su explicación en el proceso de descentralización autonómica y en la expansión acelerada del sector público, que exigió de forma urgente e inmediata un elevado número de personal. Pero el problema se enquistó y se agravó como consecuencia de otros factores.

⁵ J.M. DE LUXÁN MELÉNDEZ, "Las fuentes de información sobre el empleo público en España: revisión, diagnóstico y propuestas de cambio", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 23, 2020, pp. 20 a 44.

En el informe del CES se distingue entre factores de naturaleza presupuestaria y factores de naturaleza organizativa. Entre los primeros se destaca la insuficiencia de los recursos destinados a dotar las plantillas. La restricción de la oferta de empleo público en el conjunto de las Administraciones se ha aplicado de forma homogénea, sin discriminar entre organismos "excedentarios" y "deficitarios", obligando a estos últimos a acudir a mecanismos de provisión temporal de los puestos de trabajo. Por otra parte, la inadecuada o insuficiente capacidad de financiación para la prestación de determinados servicios ha dado lugar al recurso a financiaciones extraordinarias y no permanentes, procedentes de programas y fondos finalistas, distintos a las vías ordinarias y estables de financiación, lo que, de nuevo, favorece el recurso a la contratación temporal que, formalmente, se limita al período que dura la financiación de estos programas, aunque en realidad la necesidad es permanente.

En cuanto a los factores de naturaleza organizativa, tanto el Defensor del Pueblo como el CES denuncian el mal uso que hacen las Administraciones de los instrumentos y mecanismos que tienen para estructurar y planificar sus necesidades de recursos humanos y para proveer los puestos: 1) frecuentemente, la Administración no convoca de forma periódica y sistemática las plazas vacantes dotadas presupuestariamente; 2) los procesos de selección, una vez convocados, suelen prolongarse de forma excesiva; 3) los mecanismos de provisión de puestos distintos de la selección de personal externo no se aplican de manera eficiente; 4) tampoco se acude a los mecanismos de movilidad de los empleados públicos, debido a la insuficiencia de vías de coordinación y colaboración entre las distintas Administraciones; 5) en algunos organismos no hay relaciones de puestos de trabajo, ni planes de empleo o mecanismos similares, lo que dificulta una organización racional de los recursos.

En los informes, se proponen soluciones sobre las que todavía hoy se debería reflexionar. En primer lugar, se considera necesario poner

fin a las restricciones de la oferta de empleo público, suprimiendo el límite a la tasa de reposición. En segundo lugar, los responsables de personal deberían perfeccionar las relaciones de puestos de trabajo y desarrollar planes de empleo o mecanismos similares, para garantizar una gestión racional de los recursos. En tercer lugar, cada Administración debería incorporar en la oferta de empleo público las vacantes desempeñadas por personal interino y temporal que no estén sujetas a reserva de puesto y realizar la convocatoria periódica y sistemática de los procesos para la cobertura definitiva de los puestos vacantes, agilizando los procedimientos. Finalmente, los informes recomiendan la puesta en marcha de medidas de estabilización, especialmente en educación y sanidad, para reducir de forma inmediata la temporalidad.

En la misma línea se mostró, poco después, el Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del EBEP, publicado en el año 2005. Este informe proponía medidas drásticas para evitar el abuso en la temporalidad, aplicables tanto al personal funcionario como al personal laboral. Sin embargo, el EBEP de 2007 solo incluyó, de forma muy matizada, algunas de estas medidas. En primer lugar, se intentó atajar el problema de las interinidades por vacante de larga duración estableciendo, en el art. 10, que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberían incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produjera su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decidiera su amortización. La medida era un avance, aunque, como después se pudo comprobar, resultó insuficiente; además, se limitaba al personal funcionario, pues el EBEP no incorporó una previsión similar para el interino en régimen laboral. Por otra parte, la disposición transitoria 4ª abrió la posibilidad de realizar procesos de consolidación para regularizar los puestos o plazas de carácter estructural que estuvieran dotados presupuestariamente y se encontraran desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005⁶.

⁶ La disposición señalaba que en los procesos selectivos se garantizaría el cumplimiento de los principios de igualdad,

El ajuste legislativo fue, pues, escaso y de esta forma el avance de la temporalidad en el empleo público continuó, agravado además por un período amplio de crisis económica en el que de nuevo se impusieron restricciones a la oferta de empleo público en las leyes de presupuestos⁷. Tras la crisis, la tasa de temporalidad era ya insostenible, a pesar de lo cual el legislador continuó sin reaccionar hasta que, a través de una serie de sentencias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aplicando la Directiva 1999/70, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, puso en cuestión algunos aspectos de la regulación española, mostrando la necesidad urgente de una reforma.

3. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE INCLUIR MEDIDAS PREVENTIVAS CONTRA LOS ABUSOS DE LA TEMPORALIDAD Y SU ALCANCE

El Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que adopta la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, tiene entre sus objetivos “establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”.

El problema es que el Acuerdo Marco no define qué entiende por abuso, ni tampoco establece de forma precisa sus consecuen-

mérilo, capacidad y publicidad y que en la fase de concurso podría valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

⁷ Lo que, de nuevo, supuso que las Administraciones acudieran a la contratación temporal, que estaba admitida “en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables” (vid., por ejemplo, el art. 23 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 o de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 y el art. 21 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 o de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015).

cias jurídicas. Su cláusula 5ª se limita a señalar que “a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada”, los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales” introducirán, “cuando no existan medidas legales equivalentes”, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; y c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

En su apartado segundo, la cláusula 5ª exige, además, a los Estados miembros que determinen en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) se considerarán “sucesivos”, b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.

El Acuerdo Marco, por tanto, deja un amplio margen de apreciación a los Estados para adoptar medidas preventivas contra los abusos de la temporalidad y sus consecuencias. Esta forma de proceder tiene sus ventajas, pues permite que cada ordenamiento nacional opte por aquellas medidas que mejor se adapten a sus peculiaridades, pero también tiene el inconveniente de generar dudas e inseguridad sobre la suficiencia y adecuación de la regulación nacional a los objetivos de la normativa europea.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha fijado algunos criterios interpretativos, aunque lo cierto es que su doctrina no siempre ha aportado la claridad necesaria. Nos limitaremos ahora a resumir brevemente las líneas generales de esta doctrina⁸. Después volveremos sobre ella.

⁸ Para un estudio de esta doctrina remito a E. DESDENTADO DAROCA y A. DESDENTADO BONETE, “Derecho de la Unión Europea y régimen español de empleo público. Una relación conflictiva”,

A la hora de determinar si existe o no abuso de la temporalidad, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el término “utilización sucesiva” o “relaciones sucesivas” no debe interpretarse de forma restrictiva, incluyendo solo lo supuestos en que se suceden varios contratos, sino que también deben considerarse incluidos los casos en los que hay una relación constante o continuada, aunque derive de un mismo contrato⁹. Partiendo de esta premisa, corresponde a los tribunales nacionales valorar las circunstancias concurrentes para determinar si existe o no abuso. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha aclarado que la larga duración de la relación o la reiteración de contratos temporales no son, en sí mismos, constitutivos de abuso, pues pueden responder a necesidades realmente temporales, pero sí constituyen indicios de una actividad abusiva por parte del empleador, que habrá que tomar en consideración valorando el resto de las circunstancias concurrentes.

Respecto a la prevención del abuso y sus consecuencias, el Tribunal de Justicia reconoce que los Estados miembros disponen de un margen de apreciación en esta materia para adoptar las medidas que consideren más convenientes, pero insiste en que se encuentran obligados a garantizar el resultado exigido por el Derecho comunitario¹⁰. Estas medidas deben ser proporcionadas, efectivas y disuasorias¹¹; además, no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia),

European Inklings, nº 20, 2019; EVA DESDENTADO DAROCA Y ELENA DESDENTADO DAROCA, “Los problemas del abuso de la temporalidad en el empleo público”, en AA.VV. (A.V. SEMPERE NAVARRO dir.), *La obra jurídica de Aurelio DESDENTADO BONETE*, BOE, Madrid, 2021, pp. 95 a 114; J.A. FUENTETAJA PASTOR, *Función pública y Derecho europeo*, Civitas, 2018; J. PÉREZ REY, “La contratación de duración determinada (Directiva 1999/70 CE del Consejo, de 28 de junio)”, en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

⁹ SSTJUE 19.3.2020, C-103/18 y C-429/18 (Sánchez Ruiz y otros) y 11.2.2021, C-760/18 (Topikis Aftodioikisis).

¹⁰ STJUE 11.2.2021, C-760/18 (Topikis Aftodioikisis).

¹¹ STJUE 25.10.2018, C-331/17 (Sciotto), apartado 64 y sentencias ahí citadas.

ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)¹².

En relación con esta cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que una normativa nacional que, en los casos de abuso, impone la conversión del contrato indefinido cuando el empresario es privado, pero no admite tal consecuencia cuando el empresario es público, no se opone, en principio, a la Directiva¹³. Ahora bien, en estos casos el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contener, en relación con el sector público, otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada¹⁴.

Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recordado que la cláusula 5 del Acuerdo Marco no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional. Esta cláusula no exime al juez o tribunal nacional de aplicar una norma de Derecho interno que le sea contraria. No obstante, hay que tener en cuenta que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288.3 TFUE, principio de interpretación que, sin embargo, tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional¹⁵.

4. LOS EFECTOS DEL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL ANTES DE LA REFORMA DE 2021

4.1. Una figura polémica: el indefinido no fijo

La Administración, como empleadora, puede acudir a las modalidades comunes de contratación temporal previstas en la legislación laboral.

Para evitar los abusos en el uso de estos contratos, el legislador laboral establece causas tasadas de temporalidad, duraciones máximas de los contratos y límites a su encadenamiento; además, se fija, con carácter general, una indemnización por cese. Pero, sin duda, la medida más importante contra los abusos es aquella en virtud de la cual los contratos temporales en fraude de ley determinan su conversión en indefinidos.

El problema es que esta última medida plantea un conflicto entre la norma laboral que la dispone (el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores) y las normas constitucionales y administrativas sobre el acceso al empleo público de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad. Como se sabe, este conflicto, tras ciertos vaivenes, se resolvió por la jurisprudencia con la figura del indefinido no fijo: el trabajador se califica como “indefinido”, pero no adquiere la “fijeza”, aunque tiene derecho a mantener la relación laboral hasta que se cubra la plaza por los procedimientos reglamentarios.

Esta figura, sin duda polémica¹⁶, ha ido evolucionando con los años, a veces de forma

¹² STJUE 7.3.2018, C-494/16 (Santoro) y sentencias citadas.

¹³ SSTJUE 7.3.2018, C-494/16 (Santoro); 7.9.2006, C 53/04 (Marrosu y Sardino).

¹⁴ STJUE 7.9.2006, C-53/04 (Marrosu y Sardino), apartado 49.

¹⁵ STJUE 19.3.2020, C-103/18 y C-429/18 (Sánchez Ruiz y otros) y sentencias citadas.

¹⁶ Para un estudio de esta figura, *vid.* A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos. ¿Una historia interminable o una historia terminada?”, *Información Laboral*, nº 10, 2018; I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Indefinido no fijo. Una figura en la encrucijada*, Bomarzo, Albacete, 2021; M. LÓPEZ BALAGUER y F. RAMOS MORAGUES, *El personal indefinido no fijo. Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; y F. CAVAS MARTÍNEZ, *Régimen jurídico*

contradictoria. En un principio, se calificó como relación sometida a condición resolutoria, lo que llevó a entender que el cese por cobertura o amortización de la plaza se podía acordar directamente y sin indemnización¹⁷. Este criterio fue corregido, con acierto, a partir de la STS⁴ 24.6.2014¹⁸, dictada en el caso Universidad Politécnica de Madrid, que califica la relación del indefinido no fijo como relación temporal sometida a término. Esta última doctrina coincidía con el criterio mantenido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁹ y ofrecía la siguiente solución: en caso de cese por cobertura de la plaza la extinción se produce por cumplimiento del término con derecho a la indemnización propia de los contratos temporales; para la extinción sobrevenida por amortización de la plaza debe aplicarse el régimen del despido objetivo o, en su caso, colectivo.

El panorama parecía, por fin, claro. Pero la STS 28.3.2017²⁰, dictada en el caso CSIC, volvió a introducir cambios y confusión. La sentencia parte de una premisa cuestionable al afirmar que la relación del indefinido no fijo no es una relación temporal sino una relación “indefinida”, figura esta que, según la sentencia, está reconocida expresamente en los arts. 8 y 11 del EBEP. La premisa es cuestionable porque, como el propio Tribunal Supremo había aclarado en su sentencia 22.7.2013²¹ y volvió a afirmar después en la sentencia del caso Amaya²², la mención legal al “indefinido” se hace exclusivamente en referencia a los profesores de religión. Esta premisa se utiliza por la sentencia para descartar, en el supuesto de cese por cobertura de la plaza, la

indemnización prevista en el art. 49.1.c) del ET y aplicar, por analogía, la indemnización propia del despido objetivo. En definitiva, se quiere excluir la indemnización de 12 días para aplicar la de 20 días, porque, como apunta la sentencia, “no debemos olvidar que el origen de la figura del indefinido no fijo es precisamente un uso abusivo de la contratación temporal”, por lo que “resulta necesario reforzar la indemnización” y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales lícitos. Este último razonamiento tiene mayor interés, especialmente al hilo de las últimas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que insisten en la necesidad de adoptar medidas que eviten los abusos en la contratación temporal. Pero la vía adecuada no puede ser la de negar el carácter temporal de la relación laboral del indefinido no fijo, adjudicándole un estatus intermedio entre el personal temporal y el fijo que no existe y que no debe existir.

En esta línea, sin embargo, se mantiene poco después la sentencia del caso Amaya²³, que, aunque rectifica, en cierto modo, reconociendo que la relación del indefinido no fijo es temporal, mantiene la tesis de la sentencia del CSIC en lo fundamental: debido al origen abusivo de la relación, el indefinido no fijo no puede equipararse por completo al temporal. Hay algunas afirmaciones especialmente expresivas en esta sentencia. Se dice que el indefinido no fijo “tiende a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del trabajador fijo” y que solo se diferencia del personal fijo en que la pervivencia de su contrato está condicionada a la cobertura de la plaza; en todo lo demás debe ser tratado de forma igual. Partiendo de estas afirmaciones, la sentencia admite con carácter general que el indefinido no fijo concurra a procesos de promoción profesional que impliquen cambio de puesto, aunque dicho cambio “no lo convertirá en fijo”. Esta solución resulta difícil de mantener en la práctica. El indefinido no fijo debe estar vinculado a la plaza²⁴, que ha de cubrirse conforme al

del trabajador indefinido no fijo en el sector público, Laborum, Murcia, 2018. Respecto a su influencia en el ámbito administrativo, *vid.* M. SÁNCHEZ-MORÓN, “La consagración del funcionario interino indefinido”, *Revista de Administración Pública*, 208, 2019, pp. 223 a 238; del mismo autor, *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 121 a 134.

¹⁷ STS 22.7.2013, r. 1380/2012.

¹⁸ R. 217/2013.

¹⁹ ATJUE 11.12.2014, C-86/14 (caso Ayuntamiento de Huétor Vega) y STJUE 25.7.2018, C. 96/17 (caso Vernaza Ayovi).

²⁰ R. 1664/2015.

²¹ STS 2.4.2018, r. 1380/2012.

²² STS 22.7.2013, r. 1380/2012.

²³ STS 22.7.2013, r. 1380/2012.

²⁴ Puede ser que, por una irregularidad en la gestión de personal de la Administración, quien posee la condición de indefinido

procedimiento reglamentario, momento en que la relación del indefinido no fijo se extinguirá. El indefinido no fijo debe tener los mismos derechos que el personal fijo, pero siempre y cuando estos derechos sean compatibles con su especial naturaleza y en este caso no existe compatibilidad: si se reconoce al indefinido no fijo el derecho a una "carrera" vertical²⁵ que implique cambio de puesto se habrá desnaturalizado esta figura, que, en su propia definición lleva implícita la relación entre el mantenimiento provisional del vínculo y la cobertura reglamentaria de la plaza que ha de considerarse vacante. Si esa conexión se rompe, el indefinido no fijo deja de serlo o "se convierte en portador "errante" de una especie de interinidad perpetua que "contamina" cualquier puesto de trabajo que desempeñe"²⁶.

En fin, parece que, tras la sentencia Amaxya, el indefinido no fijo vuelve a considerarse trabajador temporal²⁷, pero "especial" por su origen (la irregularidad en la contratación), con las siguientes consecuencias: 1. En caso de cese por cobertura de la vacante²⁸, se aplica, por analogía, la indemnización del despido objetivo (20 días/tope 12 meses)²⁹. 2. Si el cese

no fijo no esté cubriendo formalmente una determinada plaza vacante. Pero, como señala DESDENTADO BONETE, "la plaza existe materialmente, porque hay un puesto de trabajo que se desempeña y se retribuye", existiendo además una sentencia firme que impone a la Administración la obligación de reconocer formalmente este puesto, dotarlo, ofertarlo e incluirlo en las convocatorias de provisión ("Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?", cit). Si la Administración no lo hace debe amortizar el puesto con la indemnización correspondiente. Lo que no se debe admitir es que la situación irregular se mantenga en el tiempo, permitiendo, incluso, que el indefinido, a través de procesos de promoción interna, cambie de puesto.

²⁵ Sí la carrera horizontal. *Vid.* STS 15.12.2021, r. 3791/2018, sobre derecho al complemento de antigüedad, y las sentencias en ella citadas.

²⁶ A. DESDENTADO BONETE, "Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?", *cit.*

²⁷ Se acepta también la posibilidad del "indefinido no fijo discontinuo" (SSTS 2.7.2021, r. 73/2020 y 27.10.2021, r. 3658/2018, entre otras).

²⁸ Para que se produzca el cese por cobertura de la vacante que ocupa el indefinido no fijo, es necesario que la convocatoria haya identificado correctamente la plaza. *Vid.* STS 2.2.2017, r. 53/2015.

²⁹ Un supuesto especial es aquel en el que el indefinido no fijo ocupa una plaza funcional, que se termina cubrien-

se produce por amortización de la plaza, procede la aplicación completa del régimen del despido objetivo o, en su caso, colectivo. Esta doctrina se aplica también a las entidades del sector público en las que el acceso se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 1ª del EBEP³⁰.

En los últimos años, se han abierto varios frentes contra la doctrina del indefinido no fijo. En primer lugar, algunas sentencias de instancia y de suplicación han entendido que en los supuestos en los que el trabajador superó un proceso de selección en el empleo público temporal no hay obstáculo para aplicar la norma laboral de la conversión del contrato temporal fraudulento en contrato indefinido³¹. Esta posibilidad se ha rechazado, sin embargo, por el Tribunal Supremo³², que tan solo ha admitido la conversión en casos muy

do con un funcionario. En tal caso, el cese "por cobertura de la plaza" no equivale al cumplimiento del término. Para poder extinguir los contratos sin previamente haber cubierto reglamentariamente las plazas, la Administración Pública deberá acudir a la vía de extinción prevista en los arts. 51 y 52 ET. *Vid.* SSTS 7.7.2015 (r. 2598/2014), 9.6.2016 (r. 25/2015), 13.12.2016 (r. 2059/2015) y 16.7.2010 (r. 361/2018).

³⁰ La STS del Pleno 18.6.2020, r. 1911/2018 (caso AENA), con voto particular, fijó esta doctrina, que fue consolidada por numerosas sentencias posteriores (SSTS 2.7.2021, r. 1906/2018 y 6.7.2021, r. 2746/2019, entre otras).

³¹ SSTSJ de Galicia 28.6.2018, Rec. 1102/2018; 30.4.2019, Rec. 4813/2018; 13.5.2019 Rec. 280/2019; 7.11.2019, Rec. 2079/2019, y 10.9.2020, Rec. 502/2020.

³² La STS 24.11.2021, r. 4280/2020, dispone, en este sentido, que "la superación de reiterados concursos-oposición convocados para la cobertura de plazas temporales no colma las exigencias de igualdad, mérito, capacidad y publicidad exigidos para ocupar una plaza indefinida (fija), por cuando "es patente que si se hubiera convocado una plaza fija los interesados potenciales en participar en el proceso selectivo serían muchos más que los que participaron en la cobertura de una plaza temporal, al ser impensable, por ejemplo, que trabajadores que ya ostentan la condición de fijos pretendan ocupar una plaza temporal, aunque podrían estar interesados en promocionar a otra plaza fija. Por lo demás, la superación de un proceso selectivo para acceder a un puesto de trabajo temporal asegura los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad para acceder a dicha plaza, pero no los garantiza para ocupar una plaza fija, que deberá sentar sus propias bases para acceder a la misma". Esta misma doctrina se aplica en la STS 25.11.2021, r. 3951/2019.

excepcionales, en los que el trabajador había superado pruebas selectivas para la contratación como personal fijo³³.

Se han planteado, además, dos cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el indefinido no fijo, que están pendientes de resolver: una presentada por el Juzgado de lo Social de Barcelona (auto de 27 de julio de 2021³⁴) y otra por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (auto de 21 de diciembre de 2021³⁵). En la primera (caso Universidad de Barcelona), se pregunta al Tribunal de Justicia si la figura del indefinido no fijo debe ser equiparada, a efectos de la aplicación del Acuerdo Marco, a los trabajadores temporales; de ser así, se cuestiona, a su vez, si el abuso de la temporalidad puede sancionarse con una medida de estas características. En la segunda (caso UNED), se plantea un supuesto más complejo y de extraordinario interés: un trabajador de una universidad pública que, tras ser declarado indefinido no fijo por sentencia firme, mantiene esta condición durante casi veinte años, sin que la universidad saque la plaza ni la amortice; el problema surge cuando, en 2019, se aprueba una oferta de empleo público de estabilización que incluye la plaza del trabajador, previéndose la convocatoria de dicha plaza para el segundo semestre de 2021. El trabajador alega que lleva 28 años trabajando en el mismo puesto, que el proceso de estabilización no le asegura que obtendrá la plaza y que para entonces él contará ya con 63 años. El caso muestra, sin duda, que, ante la inacción de la Administración, la figura del indefinido no fijo no soluciona el problema de

la temporalidad, sino que, por el contrario, lo cronifica. En este sentido, la cuestión prejudicial plantea si un régimen como el actual, satisface las exigencias del Acuerdo Marco y, en concreto, si la figura del indefinido no fijo es una medida efectiva frente a los abusos de la contratación temporal en el sector público.

Antes de cerrar este breve análisis sobre la figura del indefinido no fijo, hay que mencionar la disposición adicional 43ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, según la cual los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su sector público instrumental “velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo”. Las actuaciones irregulares en esta materia, dice la disposición, “darán lugar a la exigencia de responsabilidades” a los titulares de dichos órganos, “de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”. La disposición no concreta el régimen de responsabilidades. Se limita, por el contrario, a realizar una remisión genérica a normativas que no especifica. No es de extrañar que esta previsión no haya tenido repercusión práctica.

4.2. Un problema con características específicas: los interinos laborales

Los casos de abusos en la contratación temporal laboral más numerosos y problemáticos se han producido a través de los llamados, antes de la reforma laboral de 2021, “contratos de interinidad” (hoy “contratos de sustitución”).

Estos contratos pueden celebrarse para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo o para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. Se trata, en ambos casos, de contratos

³³ STS 16/11/2021, r. 3245/2019. Se trata del caso AENA. En el convenio aplicable se preveía la creación de una “bolsa de candidatos en reserva” formada por aquellos que, habiendo superado las pruebas selectivas para la contratación fija, no hubieran conseguido plaza. Las bolsas tendrían una vigencia de 5 años y durante este tiempo se podría acudir a ellas para “contrataciones de carácter fijo o temporal”. La bolsa de reserva para contrataciones de personal fijo estaba vigente y la actora se encontraba en el número 1 de esta bolsa.

³⁴ Proc. 308/2019.

³⁵ Proc. 753/2021.

a término, que se extinguen por la expiración del tiempo convenido: el retorno del trabajador sustituido o la cobertura de la vacante por el proceso reglamentario.

La interinidad por sustitución no era especialmente problemática, pues, dada su naturaleza, no resulta tan propicia a generar abusos³⁶. Cuestión distinta es que el art. 49.1.c) del ET excluya, para los casos de cese por reincorporación del sustituido, el derecho a una indemnización a favor del trabajador interino. Se podrá estar a favor o no de semejante opción legislativa (una opción que, por cierto, ha mantenido la última reforma), pero lo que está claro es que esa norma no es contraria al Acuerdo Marco, a pesar de la grave confusión que, en su momento, produjo la STJUE 14.9.2016³⁷ dictada en el caso Diego Porras 1 y que fue aclarada tras la STJUE 21.11.2018 –C 619/17³⁸– caso Diego Porras 2– y la STS⁴ 13.3.2019³⁹.

Los mayores problemas se plantearon en las interinidades por vacante. Esto es así porque, mientras que en el sector privado la duración de estos contratos tiene un límite de tres meses desde el comienzo del proceso de selección hasta la cobertura de la vacante, cuando se trata de “los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica” [art. 4.2.b) del Real decreto 2720/1998]. Esta flexibilidad de la que disfrutaban las Administraciones públicas ha permitido en muchas ocasiones la inactividad de la Administración a la hora de proveer las plazas vacantes, alargando de forma injustificada los contratos de interinidad. El problema se intensificó durante la crisis económica, cuando se “congelaron” las ofertas de

empleo público y los procesos de selección. Las Administraciones no podían cubrir las vacantes conforme al procedimiento reglamentario debido a los límites establecidos en las leyes de presupuestos, pero, en vez de amortizar esos puestos, lo que hubiera permitido cumplir con el objetivo de ahorro de la legislación presupuestaria, optaron por mantenerlos ocupados con el personal interino. Las interinidades de larga duración fueron cada vez más frecuentes.

Sobre este problema advirtió la STJUE 5.6.2018⁴⁰, dictada en el caso Montero Mateos, que provocó un nuevo cisma en la doctrina judicial nacional. La sentencia, tras aceptar que no es contraria a la normativa comunitaria la norma española que no prevé indemnización en caso de cese del interino por cobertura de la vacante, añade, en su apartado 64, la siguiente aclaración: “incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo” (indefinido no fijo, se entiende).

Este encargo del Tribunal de Justicia a los jueces y tribunales nacionales generó un amplio debate⁴¹. ¿Cuándo procede la conversión del contrato en indefinido no fijo? ¿Basta con que la duración de la interinidad sea “imprevisible” e “inusualmente larga”? ¿O es necesario que se haya producido un abuso? ¿Y cuándo hay que entender que se produce el abuso? En el centro de este debate ha estado el art. 70 del EBEP, que establece un plazo de 3 años para la ejecución de la oferta de empleo público. Para algunas sentencias de suplicación, la superación de este plazo debía llevar, de forma

⁴⁰ C-677/16.

⁴¹ Sobre este debate pueden consultarse los comentarios de A. ESTEVE SEGARRA, “La valoración jurisprudencial de contratos de interinidad por vacante con duraciones inusualmente largas: luces y sombras”, *Trabajo y Derecho*, nº 59, 2019, y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “A vueltas con el derecho a indemnización a la extinción de los contratos de interinidad de la Administración. Balance de la doctrina judicial nacional tras la sentencia Montero Mateos”, *Trabajo y Derecho*, nº 48, 2018.

³⁶ Aunque sean menos frecuentes, los abusos también pueden darse en la interinidad por sustitución. *Vid.*, por ejemplo, el caso planteado en la STS 19.10.2021, r. 2758/2020

³⁷ C-596/14.

³⁸ C-619/17.

³⁹ R. 3970/2016.

objetiva, a recalificar el contrato como indefinido no fijo, reconociendo, en caso de cese por cobertura de la vacante, la indemnización de 20 días correspondiente al despido objetivo. Otras sentencias rechazaban esa aplicación automática del plazo de los 3 años, considerando necesaria una valoración casuística de las circunstancias concurrentes. Este último criterio es el que terminó adoptando la Sala IV del Tribunal Supremo, que unificó doctrina en su STS 24.4.2019⁴², seguida por numerosas resoluciones posteriores⁴³. Para estas sentencias, a la hora de determinar si existe un uso abusivo del contrato de interinidad por vacante por parte del ente público empleador lo importante es valorar, en cada caso, las circunstancias concurrentes, pues es posible que la interinidad no sea de larga duración y, sin embargo, sea fraudulenta o abusiva, y también puede suceder que la interinidad tenga una duración inusualmente larga pero ello se deba a causas justificadas, lo que, a juicio de estas sentencias, sucede cuando la Administración no puede cubrir la plaza conforme al procedimiento reglamentario debido a las limitaciones cuantitativas de dicha oferta introducidas por la legislación presupuestaria. De forma significativa, estas sentencias se refieren a interinidades “injustificadamente” largas en vez de a interinidades “inusualmente largas”.

Sin embargo, esta doctrina tuvo que corregirse tras el impacto de la STJUE 3.6.2021⁴⁴, dictada en el caso IMIDRA. Esta sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que se pregunta al tribunal comunitario si la normativa españo-

la, “tal y como está siendo interpretada por la Sala IV del Tribunal Supremo” es contraria a las cláusulas 1 y 5 del Acuerdo Marco. El auto expone la jurisprudencia de la Sala IV de una forma cuestionable, pues se da a entender que dicha jurisprudencia permite que la Administración prorrogue “*sine die*” la duración de los contratos de interinidad, dejando en definitiva esa duración “al arbitrio del empleador”. Esto, como se ha visto, no es cierto. Pero, como ya se pudo constatar en el caso de Diego Porras, la forma en que se plantean las cuestiones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede confundir el debate y esto es lo que vuelve a suceder ahora. El Tribunal de Justicia entiende que una normativa que, en su aplicación, se interpreta de tal forma, se opone a la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco. Además, y esto es más importante, se afirma que dicha cláusula “debe interpretarse en el sentido de que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada”.

La recepción de esta doctrina se produce en la STS 28.6.2021, del Pleno⁴⁵, dictada en el caso Alhambra. La Sala IV, tras reprochar la forma errónea en que el tribunal comunitario ha entendido su doctrina –que, dice, no reconoce como propia–, y a pesar de considerar que sus criterios son plenamente conformes con la Directiva, señala que, a la vista de esta sentencia del TJUE y de otras anteriores –especialmente, la de 11.2.2021, caso Topikis Aftodioikisis⁴⁶– resulta conveniente “efectuar una nueva reflexión sobre nuestra doctrina”, principalmente “sobre las circunstancias de su aplicación”. Y, en este sentido, la Sala IV hace las siguientes precisiones. En primer lugar, se aclara que cuando una situación de interinidad se prolonga innecesariamente en el tiempo, ya no estamos ante un único contra-

⁴² R. 1001/2017.

⁴³ SSTs 22.5.2019 (r. 2469/2018, 1336/2018, 694/2018), 23.5.2019 (r. 2401/2018, 1756/2018), 11.6.2019 (r. 2610/2018) y sentencia del Pleno 4.7.2019 (r. 2537/2018). En estas sentencias se cita, en apoyo de esta interpretación, la STS^{3ª} 10.12.2018 (r. 129/2016), que confirma la anulación de ciertas órdenes que convocaban concursos para ejecutar ofertas públicas de empleo por la demora de esas convocatorias y porque esa ejecución había sido suspendida por normas presupuestarias que se basaron en motivos económicos.

⁴⁴ C-726/19.

⁴⁵ R. 3263/2019.

⁴⁶ C-760/18.

to, “porque la realidad es que el efecto útil del contrato suscrito inicialmente ha perdido todo su valor en atención al incumplimiento de las exigencias de provisión que toda vacante conlleva”. En segundo lugar, se corrige el criterio anterior que justificaba la larga duración de la interinidad por las restricciones presupuestarias, para pasar a adoptar un criterio más estricto de acuerdo con el cual “salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que, si así sucediera, estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga”. No es que el plazo del art. 70 del EBEP sea aplicable en todas las situaciones, que no lo es, sino que dicho plazo se aplica por analogía, a falta de regulación específica, y con carácter general, pues, según el Tribunal Supremo, “es el que mejor se adecúa al cumplimiento de los fines pretendidos por el Acuerdo Marco”. La sentencia termina enlazando con su anterior doctrina, que considera “corregida” pero no eliminada, señalando que el plazo de tres años no es “inamovible”, pues, en atención “a diversas causas”, podría apreciarse antes de su cumplimiento la existencia de una situación irregular y, a la inversa, podría entenderse que no existe tal irregularidad aun cuando se hubiera superado el plazo, aunque esta última posibilidad se matiza ahora, pues se restringe a supuestos “excepcionales” por “causas extraordinarias”.

La solución que ofrece la Sala IV en el caso Alhambra constituye ya doctrina consolidada⁴⁷ y parece razonable, teniendo en cuenta los límites de ajuste que tiene la jurisprudencia. Los problemas en realidad son mucho más profundos, pero no son los tribunales sino el legislador quien debe corregirlos.

Veremos después cómo ha intentado corregirlos el legislador y si, realmente, los ha

corregido. Ahora corresponde recapitular para resumir la situación del interino laboral antes de la reforma de 2021 y lo haremos destacando tres puntos: 1º) En la interinidad por sustitución, el cese por reincorporación del trabajador sustituido se produce conforme a lo dispuesto en el art. 49.1.c) del ET, sin que la extinción dé derecho a ninguna indemnización. 2º) En la interinidad por vacante, hay que distinguir dos supuestos: a) Si el contrato de interinidad se ha producido de forma regular, cumpliendo en su cobertura el plazo general de 3 años⁴⁸, el cese tras la cobertura de la vacante es correcto sin que proceda ninguna indemnización a favor del interino⁴⁹. b) Si en la interinidad, con o sin larga duración, se aprecia abuso o fraude, se reconocerá el carácter indefinido no fijo de la relación laboral y el cese por cumplimiento del término tendrá una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el tope de 12 mensualidades. A la hora de valorar la existencia o no de abuso en el uso de este tipo de contrato, se tendrá en cuenta que los procesos selectivos no deben durar más de tres años, salvo casos excepcionales en los que el retraso se deba a causas “extraordinarias”, entre las cuales no se han de incluir las restricciones presupuestarias. 3º) Cuando la interinidad por sustitución o por vacante finalice antes del término con-

⁴⁸ Vid. un supuesto de este tipo en la STS 3.11.2021, r. 281/2019, en la que no se reconoce derecho a indemnización.

⁴⁹ Esta conclusión es criticable. Hay que tener en cuenta que la falta de indemnización solo estaba prevista en el Estatuto de los Trabajadores para la interinidad por sustitución y, en este sentido, no parece razonable equiparar esta figura contractual a la interinidad por vacante. No son figuras equivalentes a estos efectos, pues no hay que olvidar que en la interinidad por sustitución lo que se está protegiendo es el interés del trabajador sustituido a volver a su puesto de trabajo, mientras que en la interinidad por vacante lo que se protege es el interés del empresario en gestionar sus procesos de selección manteniendo, mientras tanto, cubierta su necesidad de prestación de trabajo. En la interinidad por vacante, el cese por cobertura de la plaza debería conllevar el derecho a la indemnización prevista con carácter general para los contratos temporales [art. 49.1.c) ET]. Sin embargo, con la última reforma laboral parece que se confirma el criterio de la jurisprudencia: no hay indemnización en ninguno de los dos supuestos.

⁴⁷ Son muchas las sentencias posteriores que confirman el nuevo criterio. Se pueden citar, entre otras, las SSTS 1.7.2021, r. 2293/2019; 6.10.2021, r. 3075/2019; 19.10.2021, r. 3229/2020 y 3.11.2021, r. 1919/2019.

venido por amortización de la plaza, resultará aplicable el régimen de los arts. 51, 52 y 53 ET (con las especialidades previstas para las Administraciones públicas).

Este es el marco general en la temporalidad del empleo público laboral antes de la reforma de 2021. ¿Resultaba satisfactorio? Claramente no. La situación de abuso de la temporalidad en el empleo público laboral era muy grave y se facilitaba por una deficiente y permisiva legislación (especialmente, a través de las excepciones al régimen común previstas en la disposición adicional 15ª del ET y en algunas regulaciones especiales). La figura del indefinido no fijo no solo no ha conseguido frenar esta situación de abuso, sino que, por el contrario, como muestra el ATSJ de Madrid dictado en el caso UNED, ha ayudado a perpetuarla. En sus orígenes, como se ha visto, esta figura pretendía llegar a una solución de equilibrio, permitiendo el mantenimiento del trabajador en su puesto, pero solo hasta que se cubriera la plaza por el procedimiento regular, al que podía concurrir el trabajador. Sin embargo, esta solución quiebra desde el momento en que la Administración no procede en un tiempo razonable a proveer la plaza, sin que exista una regulación efectiva que se le imponga⁵⁰. El indefinido no fijo, en estas condiciones, se perpetúa y la irregularidad se enquistaba, más aún si, con la doctrina Amaya, desvinculamos al indefinido no fijo de la plaza.

Ante estas circunstancias, hay que aceptar que la solución del indefinido no fijo creada en su día por la jurisprudencia ha fracasado. Si queremos garantizar un modelo de empleo público profesional, que respete las exigencias del Derecho de la Unión Europea, necesitamos que el legislador ponga unos límites estrictos a la contratación y al nombramiento de personal temporal, señalando con claridad las consecuencias que debe tener el uso abusivo de la temporalidad. Veamos ahora cuál ha sido la respuesta del legislador en la reforma de 2021.

5. UNA RESPUESTA EXIGUA: EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL TEMPORAL EN LAS REFORMAS DE 2021

5.1. El Real Decreto-ley 14/2021, su complicada convalidación y la aprobación definitiva de la Ley 20/2021

El abuso de la temporalidad en el sector público no es, como se ha visto, un problema nuevo en España; hace ya tiempo que existe y son muchos los estudios que han insistido en la necesidad de abordar una reforma legislativa que ponga a fin esta grave disfunción⁵¹. Ahora bien, una reforma de estas características exige cambios profundos en el régimen jurídico del empleo público y, como ya señalamos más arriba, un conjunto de medidas preventivas que afecte por igual al personal funcionario y al personal laboral. La reforma de 2021, como veremos, no es la reforma esperada, pues tan solo adopta, como su propio nombre indica, “medidas urgentes”, en su mayoría además centradas en el personal funcionario interino.

La reforma se debe principalmente a presiones externas. Las recomendaciones de las instituciones de la Unión Europea y los compromisos asumidos por el Estado español en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de 2021 precipitaron, en efecto, la intervención del Gobierno, que, tras llegar a un acuerdo con los sindicatos más representativos en la función pública (CCOO, UGT y CSIF)⁵²,

⁵¹ CES, Informe 3/2004, *cit.*, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Funcionarios interinos...*, *cit.*, COMISIÓN PARA EL ESTUDIO Y PREPARACIÓN DEL EBEP, Informe, *cit.*, R. PARADA VÁZQUEZ, “La degeneración del modelo de función pública”, *Revista Española de Administración Pública*, nº 150/1999; SÁNCHEZ MORÓN, “La situación actual del empleo público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 10, 2010.

⁵² Acuerdo sobre el Plan de Choque para Reducir la Temporalidad en las Administraciones Públicas, de 5 de julio de 2021, en el que se fija como objetivo principal reducir la tasa de temporalidad en el sector público por debajo del 8%, un objetivo que viene reiterándose desde el Acuerdo para la modernización y mejora de la Administración pública, de 7 de noviembre de 2002, para el periodo 2003-2004, y que puede verse también en las recomendaciones del DEFENSOR DEL PUEBLO

⁵⁰ A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?”, *cit.*

aprobó el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Las medidas urgentes de este Real Decreto-ley son principalmente dos: la reforma del EBEP, centrada, como se ha adelantado, en el régimen del funcionario interino, y la previsión de un nuevo proceso de estabilización para los empleados temporales. La primera mira al futuro e intenta evitar que vuelvan a producirse abusos en el empleo público temporal. La segunda se dirige al presente, pretendiendo resolver la situación actual en la que un gran número de puestos permanentes en el sector público están cubiertos por personal temporal.

Esta última medida, el proceso de estabilización, generó desde el principio un intenso rechazo por parte del colectivo afectado. Para este colectivo, el proceso de estabilización previsto, primero en el acuerdo con los sindicatos y después en el Real Decreto-ley, no satisfacía las exigencias del Derecho de la Unión Europea, principalmente porque, al ser abierto, no garantizaba la adquisición del puesto por el empleado temporal⁵³.

Este rechazo se reflejó en el ámbito político, hasta el punto de hacer peligrar la convalidación del Real Decreto-ley⁵⁴. Finalmente, este fue convalidado (con tan solo 170 votos a favor, frente a 169 en contra), pero se acordó su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, con el objetivo claro de negociar condiciones de estabilización más beneficiosas.

Así se hizo y en la tramitación parlamentaria se presentaron numerosas enmiendas, incluida

una enmienda a la totalidad del grupo parlamentario mixto a iniciativa de los diputados de la CUP, que fue rechazada. Al final, el texto fue aprobado como ley con la incorporación de varias enmiendas transaccionales presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Común, el Grupo Parlamentario Republicano y el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), dando lugar a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, en la que ahora centraremos nuestra atención.

5.2. La modificación del Estatuto Básico del Empleado Público y sus insuficiencias. El personal laboral, en tierra de nadie

El art. 1 de la Ley 20/2021 no ha sufrido prácticamente modificaciones con respecto al texto originario del Real Decreto-Ley⁵⁵. El precepto introduce algunos cambios en el EBEP, dando nueva redacción a sus arts. 10 y 11 e incorporando a su texto una nueva disposición adicional, la decimoséptima. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que, conforme a la disposición transitoria 2ª de la ley, estos cambios “serán de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a 8 de julio de 2021 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley). Además, conforme a la disposición final 2ª del Real Decreto-Ley, que se mantiene en vigor, estos cambios no se aplican por el momento al personal docente, al personal estatutario y al personal equivalente de los servicios de salud⁵⁶.”

en su informe “Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público” publicada en 2003.

⁵³ Se *olvid*, a con ello que no se estabilizan personas sino puestos y que las pruebas restringidas no son constitucionalmente admisibles.

⁵⁴ Una exposición detallada del debate que surgió tras el acuerdo con los sindicatos y la aprobación del Real Decreto-ley puede verse en X. BOLTAINA BOSCH, “El Real Decreto-Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización: la compleja aplicación transitoria en la Administración local”, *Revista digital CEMCI*, n 51, 2021.

⁵⁵ La única modificación afecta a la redacción del art. 10.4 del EBEP. En su último apartado se incluye una precisión: pasado el plazo máximo de permanencia, el funcionario interino podrá permanecer en la plaza siempre que se haya publicado la convocatoria dentro del plazo de 3 años y, se añade, siempre que “sea resuelta conforme a los plazos establecidos en el artículo 70 del TREBEP”.

⁵⁶ Dada las particularidades del régimen jurídico propio de estos colectivos, se otorga el plazo de un año para su adaptación. Pasado este plazo, si no se ha realizado la adaptación, serán de plena aplicación a este personal las previsiones contenidas con carácter general en el EBEP.

5.2.1. La reforma del régimen de los funcionarios interinos

Veamos brevemente estos cambios, empezando por el art. 10 del EBEP. Este precepto regula, como se sabe, el régimen del funcionario interino. Los cambios introducidos en su redacción constituyen, a mi juicio, la aportación más importante de la reforma.

Se modifica, en primer lugar, el régimen jurídico del funcionario interino por vacante. Las modificaciones afectan a tres aspectos fundamentales, que pueden resumirse de la manera siguiente: 1) El nombramiento del funcionario interino por vacante tendrá un plazo máximo de 3 años. 2) Las plazas vacantes deberán ser objeto de cobertura inmediata. 3) En todo caso, transcurridos 3 años desde el nombramiento se producirá el fin de la relación de interinidad y la vacante solo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera. Esta regla tiene dos excepciones: a) si el proceso selectivo queda desierto, se podrá efectuar otro nombramiento de personal funcionario interino; b) si la convocatoria se ha publicado dentro del plazo de los 3 años y esta se ejecuta en plazo (art. 70 EBEP), el funcionario interino podrá permanecer en la plaza hasta la resolución de la convocatoria.

Además, el art. 10.3 del EBEP establece, con carácter general⁵⁷, nuevas previsiones en relación con la finalización de la relación de interinidad. En primer lugar, se enumeran cuatro causas específicas de finalización: a) por la cobertura reglada del puesto, b) por razones organizativas que den lugar a la supresión o a la amortización del puesto, c) por la finalización del plazo autorizado (expresamente recogido en el nombramiento), y d) por la finalización de la causa que dio lugar al nombramiento. En segundo lugar, se dispone que cuando se den alguna de estas causas, la Administración formalizará “de oficio” la finalización de la relación de interinidad, sin derecho a compensación alguna.

⁵⁷ Es decir, en relación con las cuatro modalidades de interinidad.

5.2.2. Los cambios introducidos en el art. 11 del EBEP. El personal laboral temporal, de nuevo, en el limbo

En su Exposición de Motivos, la ley señala que el propósito de las modificaciones introducidas en el art. 10 del EBEP es reforzar, conforme a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, el carácter temporal de la figura del personal interino. Este objetivo, sin duda, es loable, pero sorprende que se haya aplicado únicamente al funcionario interino, dejando al margen al personal laboral temporal. Quizás se esperaba que la reforma laboral abordara esa tarea, pero esto no ha ocurrido y tampoco era la solución adecuada. Lo razonable hubiera sido que el EBEP incluyera unas medidas comunes para el personal temporal, tanto funcionario como laboral, pues el problema es compartido por ambos y las soluciones al mismo deben también compartirse.

No ha sido así. Los cambios introducidos en el art. 11 del EBEP, relativo al personal laboral, son mínimos: la ley se limita a incorporar al precepto un tercer apartado en virtud del cual “los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad”; se añade que “en el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia”. No viene mal recordarlo, ciertamente, pero con ello el legislador no está aportando nada nuevo. Y resulta sorprendente, insisto, teniendo en cuenta la grave complejidad y los numerosos problemas que plantean en el sector público las irregularidades en la contratación laboral temporal.

5.2.3. La disposición adicional 17ª del EBEP. Más imprecisiones y nueva maraña en el ovillo

La nueva disposición adicional 17ª que se incorpora al EBEP lleva el siguiente título: “Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público”. Esta disposición sí

se refiere a ambos tipos de personal temporal: tanto funcionario como laboral.

Los dos primeros números de la disposición se refieren al régimen de responsabilidades que deriva del incumplimiento de las normas sobre empleo temporal. De acuerdo con la Exposición de Motivos, la finalidad del legislador es “implantar un régimen de responsabilidades que constituya un mecanismo proporcionado, eficaz y disuasorio de futuros incumplimientos”, conforme a las exigencias del Acuerdo Marco. Pero lo cierto es que las medidas que incorpora esta disposición adolecen de importantes imprecisiones. De hecho, estas medidas son, en algunos puntos, muy similares a las que incorpora la disposición adicional 43ª de la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, y la realidad ya ha mostrado su fracaso. Pasemos a analizarlas.

En su número 1, la disposición adicional 17ª establece que “las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino”. Se trata, de nuevo, de un simple recordatorio, pues es evidente que las Administraciones, en su condición de empleadoras, son responsables del cumplimiento de sus obligaciones legales. Lo que sería necesario es regular mecanismos preventivos del incumplimiento de la Administración. Quizás por esta razón, la disposición añade que “las Administraciones Públicas promoverán, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal”. Una encomienda razonable, pero, de nuevo, imprecisa.

El número 2 de la disposición, por su parte, señala que “las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”. No se concreta

quiénes responden, qué conductas son sancionables, ni qué responsabilidades son exigibles. Todo se remite a una “normativa vigente” que, en realidad, no sabemos si existe y que, de hecho, no parece que se haya aplicado hasta ahora. El legislador, claramente, tendrá que volver sobre esta materia si realmente pretende instaurar un régimen efectivo a través del cual se puedan exigir responsabilidades disciplinarias y patrimoniales a las autoridades o funcionarios que permitan, favorezcan o acuerden las irregularidades.

Los últimos tres números se refieren a los supuestos en los que se incumplen los “plazos de permanencia” del empleo temporal y constituyen, sin duda, la parte más confusa y problemática de la disposición adicional, especialmente en lo que se refiere a su aplicación al personal laboral.

El primero de ellos dispone que “todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho”.

A continuación, el número 4 señala que “el incumplimiento del plazo máximo de permanencia dará lugar a una compensación económica para el personal funcionario interino afectado, que será equivalente a 20 días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 12 mensualidades”. El derecho a esta compensación nace “a partir de la fecha del cese efectivo y la cuantía estará referida exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento”. El apartado se cierra con una precisión: no habrá derecho a compensación en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por causas disciplinarias o por renuncia voluntaria.

El número 5 adapta la regla anterior al personal laboral temporal, disponiendo que para

este colectivo “el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica”. Y, en este sentido, específica: dicha compensación “consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de 20 días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año”. Se añade que “el derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento”.

Son varios los interrogantes que plantean estos tres últimos números. En primer lugar, ¿cuáles son estos plazos máximos de permanencia? Para el funcionario interino, está claro que son los que establece el nuevo art. 10 del EBEP; para el personal laboral, los que dispone el art. 15 del ET, en la redacción dada por el art. 1.3 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, y, para la sustitución por vacante, el plazo máximo de 3 años en las condiciones que fija la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo.

La segunda pregunta no se hace esperar: ¿qué alcance tiene la nulidad prevista en el número 3? Está claro que los pactos individuales, las decisiones unilaterales de la Administración y las cláusulas de los convenios colectivos que infrinjan esos plazos máximos de permanencia serán nulos. Esto no resulta dudoso. Pero ¿y el contrato de trabajo? ¿Le afecta también la nulidad?

Ante el silencio de la ley, se pueden plantear varias hipótesis. Una posibilidad sería entender que, en efecto, la superación del plazo provoca la nulidad del contrato con efectos *ex nunc*. El trabajador podría, entonces, acceder a la “compensación” prevista y reclamar, además, la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados. Pero, si esto es así, ¿por qué el legislador se refiere después a una eventual

indemnización laboral? Otra posibilidad es entender que el incumplimiento de los plazos tiene un efecto extintivo, pero no anulatorio del contrato. Superado el plazo, la Administración debería acordar la extinción de la relación a través del art. 51 o 52.c) ET. Si la Administración procede al cese sin acudir a estos procedimientos, el despido sería improcedente o nulo, aunque podría plantearse si, en tal caso, es admisible que la Administración opte por la readmisión. Otra posible solución sería la que apunta Beltrán de Heredia: la superación del plazo debería actuar como una causa de ineficacia contractual *ex lege* sobrevenida del contrato, provocando su extinción automática, sin posibilidad alguna de continuidad⁵⁸. Finalmente, también podría entenderse que la nulidad a la que se refiere este apartado no afecta al contrato de trabajo, de forma que para el personal laboral todo quedaría más o menos igual que antes: se aplicaría la doctrina jurisprudencial del indefinido no fijo, aunque ahora reconociendo también, cuando proceda, la compensación económica⁵⁹.

6. LOS PROCESOS DE ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL

Ya comentamos que este tema fue el gran caballo de batalla durante el proceso de convalidación del Real Decreto-ley y durante toda la tramitación parlamentaria del proyecto de ley. Recordemos que el art. 2 del Real Decreto-ley 14/2021 autorizaba un tercer proceso de estabilización⁶⁰, que se consideró insuficiente por

⁵⁸ I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “El empleo laboral temporal en el sector público a la luz de la DA 17ª EBEP (y del RDley 32/2021)”, 6 de febrero de 2022, Blog “Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales”, en <https://ignasibeltran.com/2022/02/06/el-empleo-laboral-temporal-en-el-sector-publico-a-la-luz-de-la-da-17a-ebep-y-del-rdley-32-2021/#-da1712>

⁵⁹ Parece inclinarse por esta solución A. SEMPERE NAVARRO (“La temporalidad en el sector público tras la Ley 20/2021 de 28 diciembre”, 3.1.2022, *El Derecho.com*, disponible en <https://elderecho.com/la-temporalidad-en-el-sector-publico-tras-la-ley-20-2021-de-8-diciembre/>).

⁶⁰ Cuarto, en realidad, si se incluye también el proceso de consolidación previsto en la disposición transitoria 4ª del EBEP.

parte del colectivo de empleados afectados. La Ley 20/2021 modifica este artículo y regula, además, en su disposición adicional 6ª una “convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración”.

6.1. Los procesos de estabilización previstos en el art. 2. Concurso-oposición con posible oposición no eliminatoria

Adicionalmente a los procesos de estabilización regulados en las leyes de presupuestos para el año 2017 y 2018⁶¹, se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal. Esta tasa adicional incluirá las plazas de naturaleza estructural que, estando o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo y estando dotadas presupuestariamente, hayan permanecido ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los 3 años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

Dada la urgente necesidad de estabilizar este empleo temporal, se fijan plazos perentorios para la resolución de estos procesos: la oferta pública que los articule se deberá realizar antes del 1 de junio de 2022, la publicación de las convocatorias de los procesos selectivos tendrá lugar antes del 31 de diciembre de 2022 y la resolución de estos procesos deberá producirse antes del 31 de diciembre de 2024. El objetivo, ambicioso aunque ya antiguo, es que la tasa de cobertura temporal se sitúe por debajo del 8% de las plazas estructurales.

El punto más problemático, sin duda, es el relativo al sistema de selección que debe operar en estos procesos. El Real Decreto-Ley preveía, con carácter general⁶², el concurso-oposición, con

una valoración en la fase de concurso de un 40%, en la que “se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate”, remitiendo para ello a la negociación colectiva. Esta regulación se mantiene en la ley, pero se incorpora un importante inciso: los ejercicios en la fase de oposición podrán no ser eliminatorios. Esta es la gran novedad que se introduce en el art. 2. Se trata, sin embargo, de una solución muy cuestionable. El 40% de la fase de concurso plantea ya dudas de constitucionalidad, aunque, a mi juicio, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, entraría dentro de los límites de lo tolerable⁶³. Sin embargo, si a ello se añade el carácter no eliminatorio de los ejercicios de oposición, las consecuencias podrían ser muy similares al llamado “efecto mochila”; en todo caso, creo que esta solución no es acertada pues permite valoraciones desproporcionadas del mérito relativo a la experiencia profesional con la correspondiente vulneración del principio de igualdad⁶⁴.

En este sentido, son importantes las previsiones que hace la ley en la disposición adicional 1ª. 3 (para el ámbito local) y en la disposición adicional 5ª (para el personal investigador).

⁶³ De acuerdo con la STC 67/1989, nada se opone a que se reconozca como mérito los servicios prestados a la Administración, pues esta experiencia puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer, en este sentido, un mérito. Problema distinto es el de si la ponderación de ese mérito es tan desproporcionada e irracional que puede desconocer el derecho a la igualdad. En ese sentido, el Tribunal considera que la valoración de los servicios prestados puede llegar a suponer hasta el 45% de la puntuación total. Ahora bien, lo que no resultaría admisible sería completar los puntos de la fase de oposición con los del concurso que cada aspirante tenga (sistema de “mochila”). Sobre los sistemas y criterios de selección y sus condicionamientos constitucionales, *vid.* M. SÁNCHEZ MORÓN, “Igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública y estabilización funcionarial de los interinos. Comentario a la Sentencia 12/1999, de 11 de febrero, del Tribunal Constitucional”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 34, 1999 y, del mismo autor, *Vid.*, M. SÁNCHEZ MORÓN, “Sobre la captura del empleo público”, *Revista Vasca de Gestión de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.1, 2011; J.M. ÁLEGRE ÁVILA, “De nuevo sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública: las sentencias del Tribunal Constitucional 27/1991, 151/1992 y 302/1993”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 3, 1993.

⁶⁴ SSTC 67/1989, 93/1995, 185/1994, 27/2012.

⁶¹ Artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

⁶² Se advertía que esta regla debía aplicarse “sin perjuicio, de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica”. Esta precisión del Real Decreto-ley se reitera en el art. 2 de la Ley.

El art. 2 establece, por otra parte, que el personal temporal que, estando en activo, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización, tendrá derecho a una compensación económica que se formula en los mismos términos que en la disposición adicional 17ª (20 días con tope de 12 meses y ajuste con la eventual indemnización laboral)⁶⁵. Se señala, además, que esta compensación no procederá si no se ha participado en el proceso (aunque no se precisa cuándo debe entenderse cumplido este requisito).

Otra novedad del art. 2 es la referencia que hace en su número 1.2º a los procesos de estabilización de 2017 y 2018. Las plazas afectadas por estos procesos que estén incluidas en las correspondientes ofertas de empleo público se incorporarán al proceso de estabilización previsto en el art. 2 cuando, llegada la fecha de entrada en vigor de la Ley 20/2021, se dé alguna de estas situaciones: 1) las plazas no se han convocado, 2) las plazas se han convocado y se han resuelto, pero han quedado sin cubrir⁶⁶.

6.2. La convocatoria excepcional de estabilización de la disposición adicional 6ª. Sistema de concurso para plazas afectadas por largos períodos de temporalidad

La disposición adicional 6ª es, sin duda, la mayor novedad que aporta la Ley 20/2021. Conforme a esta disposición, las Administraciones, con carácter excepcional, podrán convocar por el sistema de concurso aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrum-

pidas con anterioridad a 1 de enero de 2016. Estos procesos se realizarán por una sola vez y deberán respetar los plazos establecidos en la regulación general prevista en el art. 2. Aunque no existe una previsión expresa reconociendo en estos casos el derecho a la compensación por no superación del proceso, resulta razonable entender que, en este punto, se aplican también las reglas del art. 2.

La disposición aclara que estos procesos son excepcionales y que se realizarán por una sola vez, conforme a lo dispuesto en los apartados 6 y 7 del art. 61 del EBEP. Para el personal laboral, el apartado 7 sí admite con carácter general el concurso como forma de acceso a un puesto fijo, pero con respecto al personal funcionario el apartado 6 señala de forma muy restrictiva, aunque imprecisa, que “sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos”; resulta discutible que la situación actual del empleo público temporal justifique este régimen excepcional⁶⁷.

7. LA REFORMA LABORAL DEL REAL DECRETO-LEY 32/2021 Y EL EMPLEO PÚBLICO

El 28 de diciembre de 2021⁶⁸, el Consejo de Ministros aprobó 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, que fue convalidado por el Congreso el día 3 de febrero de 2022.

⁶⁷ En la STC 12/1999 se consideró excepcional la situación derivada de la asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias sobre los Servicios de Salud. No parece que esta situación pueda equipararse en gravedad y excepcionalidad a la actual. *Vid.*, en este sentido, la STS 18.4.1995 (r. 9247/1991) y la SAN 14.11.2019 (r. 380/2017).

⁶⁸ Misma fecha, por tanto, que la Ley 20/2021, aunque la publicación en el BOE no se produjo en el mismo día (la Ley 20/2021 se publicó en el BOE el día 29 de diciembre y el Real Decreto-Ley 32/2021 un día después).

La reforma laboral que aborda el Real Decreto-ley 32/2021 afecta al personal laboral del sector público, en la medida en que este se rige, salvo en las particularidades previstas en el EBEP, por la legislación laboral. En relación con el tema objeto de nuestro estudio, es esencial, entre otros aspectos, tener en cuenta el nuevo régimen de las contrataciones laborales temporales, que entrará en vigor el 30 de marzo de 2022.

Pero aparte de estos efectos indirectos, hay que resaltar algunos cambios en la normativa laboral que están o podrían estar dirigidos directamente al empleo público laboral. En este sentido, caben destacar tres cuestiones.

7.1. La referencia del art. 15.4 del ET a “la adquisición de fijeza” y la derogación del apartado primero de la disposición adicional 15ª del ET

En primer lugar, la forma en que se expresa el art. 15.4 del ET, en su nueva redacción, junto al hecho de que se hayan derogado los dos primeros apartados de la disposición adicional 15ª del ET, podría, en un principio, generar dudas con respecto al futuro de la doctrina del indefinido no fijo. No creo, sin embargo, que el legislador laboral haya puesto fin a esta doctrina (más dudas presenta, como hemos visto, la disposición adicional 17ª del EBEP).

Respecto al art. 15 del ET, es cierto que existe un cambio de terminología con respecto a las consecuencias de la irregularidad en la contratación temporal: el artículo, en su apartado 4, ya no se refiere a la conversión del contrato en indefinido, sino a la adquisición de la condición de fijo por parte del trabajador afectado. Pero, a mi juicio, este cambio en la terminología no tiene ningún valor jurídico, ni mucho menos implica que la conversión en fijo sea ahora exigible en el sector público. Se trata de un cambio sin relevancia, que se justifica porque el nuevo apartado 4 se refiere a las personas trabajadoras, mientras que antes el apartado 3 se refería a los contratos. El art. 15.4 establece la regla general, que es la conversión del contrato en indefinido

con la correspondiente adquisición de fijeza por parte del trabajador. Ahora bien, sigue siendo válido entender, como antes, que esta regla general debe atenuarse en el empleo público, pues se mantienen las razones legales y constitucionales para ello. Hay que tener en cuenta, además, que la Ley 20/2021, que opera como norma especial, insiste en la necesidad de acceder a la condición de personal laboral fijo a través de los correspondientes procesos reglamentarios y en su Exposición de Motivos se declara, de forma contundente, que “no cabe en nuestra Administración la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente”.

En cuanto a la derogación del primer apartado de la disposición adicional 16ª del ET⁶⁹, tampoco creo que pueda llevar a semejante conclusión. El apartado 1 se refería al contrato por obra o servicio determinado, por lo que una vez derogada esta modalidad contractual se ha considerado razonable derogar también este apartado. Es cierto que éste reconocía también la figura del indefinido no fijo, pero no la creó: como sabemos, el indefinido no fijo es una figura de creación jurisprudencial que se aplicaba antes

⁶⁹ El tenor de este apartado era el siguiente: “1. Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”. Se deroga también el apartado segundo, pero en el tercero se mantiene que lo dispuesto en el art. 15.5 no será de aplicación respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley, un tema que, creo, debería ser objeto de revisión.

de esta norma y que se puede seguir aplicando después de ella.

7.2. La derogación de la disposición adicional 16ª relativa a la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público

La reforma laboral también deroga la disposición adicional 16ª del ET, relativa a los despidos por causas económicas, técnicas organizativas o de producción en el sector público.

La disposición distinguía, dentro del sector público, dos tipos de entidades: 1) las Administraciones y entidades asimiladas conforme al art. 3.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, que se sometían a un régimen especial, y 2) las restantes entidades del sector público, a las que se les aplicaba el régimen general, si bien en “el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas”.

Esta disposición tiene su origen en la reforma laboral de 2012. Antes de dicha reforma se cuestionaba la aplicación de este tipo de despidos a las Administraciones Públicas. Se argumentaba en contra que las Administraciones no operan en el mercado y que en su actuación no puede hablarse de pérdidas ni de beneficios. Pero, al margen de algunos pronunciamientos aislados⁷⁰, se impuso la solución contraria, partiendo de que la causa económica actúa también fuera del mercado cuando los recursos no permiten asumir el nivel de gasto existente y este, por ello, debe reducirse⁷¹.

Aunque el tema es discutible, a mi juicio la derogación de la disposición adicional 16ª del ET no supone que las Administraciones

Públicas no puedan acudir a estos despidos. Lo único que supone es que, como antes de la reforma de 2012, a partir de ahora se deberán someter al régimen general previsto en los arts. 51 y 52.c) del ET. Hay que tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el art. 7.1 del EBEP, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige “por la legislación laboral” y “por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”. Además, no hay que olvidar que la disposición adicional 17ª del ET⁷², que también tuvo su origen en la reforma de 2012⁷³, no se ha derogado y en ella, aquí sí expresamente, se cierra el paso a los mecanismos de ajuste de plantillas por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción previstos en el art. 47 del ET.

7.3. La disposición adicional 4ª: régimen aplicable al personal laboral del sector público

El contenido de la disposición adicional 4ª del Real Decreto-ley 32/2021 resulta confuso. Se dice, en su primer apartado, que “los contratos por tiempo indefinido e indefinido fijo-discontinuo 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”, añadiendo el apartado segundo que “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”.

El tercer y último apartado señala que “se podrán suscribir contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección

⁷⁰ Vid. , en este sentido, la STSJ Comunidad Valenciana, 12.12.1997, r. 3776/1996.

⁷¹ Vid. SSTSJ Aragón 30.9.2004 (r. 896/2004) y Cataluña 14.10.2004 (r. 3227/2004), entre otras.

⁷² Una disposición muy cuestionable, pues precisamente lo que supone es un desplazamiento *ex lege* de los ajustes de plantillas al ámbito de la extinción del contrato de trabajo. No obstante, su constitucionalidad fue confirmada por la STC 8/2015.

⁷³ Disposición adicional 3ª de la Ley 3/2012.

para su cobertura definitiva, 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”.

A pesar de que la redacción de esta disposición no es todo lo clara que debiera ser, hay que entender que en los dos primeros apartados se está refiriendo a la necesidad de justificar la contratación y ajustarla a las exigencias de carácter presupuestario. El último apartado, por su parte, remite para los contratos de sustitución por vacante a lo previsto en la Ley 20/2021, aunque lo cierto es que, como se ha visto, lo previsto en esta ley es muy insuficiente, al menos en lo que se refiere al personal laboral.

8. REFLEXIONES FINALES

De la exposición anterior se concluye que la Ley 20/2021 supone una reforma del empleo público temporal insuficiente y precipitada, centrada, además, en el personal de régimen administrativo. El personal laboral temporal es el gran olvidado de esta reforma. Los cambios introducidos en el art. 11 del EBEP no constituyen ningún avance y las medidas previstas en la disposición adicional 17^a añaden más confusión a una materia ya de por sí compleja. Da la sensación de que los cambios en el régimen de este personal se dejan a la reforma laboral. Pero el Real Decreto-Ley 32/2021 tampoco aborda el problema de la temporalidad en el empleo público laboral, remitiendo en este punto a la Ley 20/2021. Y es lógico que sea así, pues las particularidades del empleo público laboral deben incluirse en el EBEP y no en la legislación laboral común. Pero parece que, entre remisiones, el personal laboral temporal se ha quedado en tierra de nadie.

Hemos visto que el régimen de la contratación temporal establecido en la legislación laboral común resulta aplicable al personal laboral del sector público. Pero, las conse-

cuencias de las irregularidades en este tipo de contratación no pueden ser las mismas y aquí es donde el EBEP debe actuar, señalando con claridad los efectos que debe tener el uso abusivo de la temporalidad. Estos efectos deberían ser similares en los dos tipos de personal temporal: el administrativo y el laboral.

En este sentido puede ser recomendable volver el Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público de 2005, que realiza propuestas de interés aplicables para ambos tipos de personal. Entre estas propuestas destaca, en primer lugar, la necesidad de garantizar la aplicación efectiva de la planificación del personal y la conveniencia de suprimir los límites a la asunción de personal fijo de plantilla a través de las tasas de reposición. En cuanto al desempeño de plazas vacantes de plantilla, el informe señala que debe establecerse, con carácter general, para ambos tipos de personal, la necesidad de incluir dichas plazas vacantes en la primera oferta de empleo público, salvo que se decida su amortización, fijando, además, plazos máximos para la provisión de las vacantes por personal fijo, transcurridos los cuales la plaza se entendería amortizada. El plazo máximo, tras la reforma de 2021, ya se ha fijado para el funcionario interino, pero debería también establecerse expresamente para el personal laboral, con la misma consecuencia en caso de incumplimiento.

El problema, como sabemos, es que, a pesar de estos límites, la relación puede seguir existiendo de hecho. Para este supuesto, habría que reconocer un sistema de indemnizaciones, común para ambos tipos de personal; indemnizaciones que, a mi juicio, deberían ser de cuantía superior a la actual, pudiendo equipararse dicha cuantía a la indemnización prevista para el despido improcedente.

Estas previsiones deben completarse con un régimen realmente efectivo de responsabilidades, que refuerce el efecto preventivo o disuasorio de las indemnizaciones. Otra medida a considerar sería la atribución a entes técnicos e independientes de funciones que

garanticen el ajuste efectivo del empleo a las necesidades permanentes, controlando y supervisando las convocatorias de plazas.

Los problemas son, desde luego, complejos. Pero es importante que se aborden en la normativa especial –el EBEP– y de forma conjunta con el personal temporal en régimen administrativo. La reforma introducida por la Ley 20/2021 es, en algunos puntos, un avance, pero para el personal laboral ha sido insuficiente y ha generado mayor confusión. Será necesario, por tanto, una nueva reforma que, finalmente, clarifique y ordene la materia. Mientras tanto, continuarán los litigios, las cuestiones prejudiciales y, en definitiva, la inseguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLEGRE ÁVILA, J.M., “De nuevo sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública: las sentencias del Tribunal Constitucional 27/1991, 151/1992 y 302/1993”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n° 3, 1993.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., *Indefinido no fijo. Una figura en la encrucijada*, Bomarzo, Albacete, 2021.
- “El empleo laboral temporal en el sector público a la luz de la DA 17ª EBEP (y del RD Ley 32/2021)”, 6 de febrero de 2022, en Blog “Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales”, disponible en la URL <https://ignasibeltran.com/2022/02/06/el-empleo-laboral-temporal-en-el-sector-publico-a-la-luz-de-la-da-17a-ebep-y-del-rdley-32-2021/#da1712>
- BOLTAINA BOSCH, X., “El Real Decreto-Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización: la compleja aplicación transitoria en la Administración local”, *Revista digital CEMCI*, n 51, 2021.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Laborum, Murcia, 2018.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Informe 3/2004, *La temporalidad en el empleo en el sector público. Informe 3/2004*.
- COMISIÓN PARA EL ESTUDIO Y PREPARACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO, *Informe*, INAP, Madrid, 2005.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*, 2003.
- DE LUXÁN MELÉNDEZ, J.M., “Las fuentes de información sobre el empleo público en España: revisión, diagnóstico y propuestas de cambio”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n° 23, 2020.
- DESDENTADO BONETE, A., “Los indefinidos no fijos. ¿Una historia interminable o una historia terminada?”, *Información Laboral*, n° 10, 2018.
- DESDENTADO DAROCA, E. y DESDENTADO BONETE, A., “Derecho de la Unión Europea y régimen español de empleo público. Una relación conflictiva”, *European Inklings*, n° 20, 2019
- DESDENTADO DAROCA, E. y DESDENTADO DAROCA, E., “Los problemas del abuso de la temporalidad en el empleo público”, en AAVV (A.V. SEMPERE NAVARRO dir.), *La obra jurídica de Aurelio DESDENTADO BONETE*, BOE, Madrid, 2021, pp. 95 a 114.
- ESTEVE SEGARRA, E., “La valoración jurisprudencial de contratos de interinidad por vacante con duraciones inusualmente largas: luces y sombras”, *Trabajo y Derecho*, n° 59, 2019
- FUENTETAJA PASTOR, J.A., *Pasado, presente y futuro de la función pública*, Civitas, 2013.
- *Función pública y Derecho europeo*, Civitas, 2018.
- LÓPEZ BALAGUER, L. y RAMOS MORAGUES, F., *El personal indefinido no fijo. Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “A vueltas con el derecho a indemnización a la extinción de los contratos de interinidad de la Administración. Balance de la doctrina judicial nacional tras la sentencia Montero Mateos”, *Trabajo y Derecho*, n° 48, 2018.
- PARADA VÁZQUEZ, R., “La degeneración del modelo de función pública”, *Revista Española de Administración Pública*, n° 150/1999;
- PÉREZ REY, J., “La contratación de duración determinada (Directiva 1999/70 CE del Consejo, de 28 de junio)”, en AAVV, *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Aranzadi, Pamplona, 2019.
- “La consagración del funcionario interino indefinido”, *Revista de Administración Pública*, 208, 2019.
 - *Las Administraciones españolas*, Tecnos, Madrid, 2018.
 - “Sobre la captura del empleo público”, *Revista Vasca de Gestión de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.1, 2011.

- “La situación actual del empleo público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 10, 2010.
 - “Reflexiones sobre las vinculaciones constitucionales en materia de empleo público”, *Autonomías*, n° 24, 1999.
- SEMPERE NAVARRO, A., “La temporalidad en el sector público tras la Ley 20/2021 de 28 diciembre”, 3.1.2022, *El Derecho.com*, disponible en <https://elderecho.com/la-temporalidad-en-el-sector-publico-tras-la-ley-20-2021-de-8-diciembre>.

II. Jurisprudencia

La “huella” del Covid en la jurisprudencia social: las normas de urgencia para la protección del empleo ante los Tribunales

The “footprint” of Covid in social jurisprudence: emergency rules for the protection of employment before the Courts

FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL*

<https://doi.org/10.55617/revmites.07>

Resumen:

Tras casi dos años de pandemia y de vigencia de aquellas normas que procuraron paliar sus efectos en el ámbito laboral, son muchos los conflictos planteados por aquellas, hoy ya resueltos en sede judicial. Se ha generado, pues, un cuerpo de doctrina judicial y, en menor medida, de jurisprudencia, extremadamente valioso a efectos de análisis, ponderación y, tal vez, extrapolación al Derecho del Trabajo estructural, de las herramientas de urgencia ensayadas.

Habida cuenta su carácter novedoso y su especial impacto –conformando una nueva forma de afrontar situaciones de crisis–, la atención se dirige específicamente a aquellos conflictos interpretativos generados por las normas ideadas para proteger el empleo: así, al hilo de la solicitud y aplicación de los expedientes de regulación temporal de empleo vinculados al COVID y con ocasión de la transgresión de aquellas cláusulas limitativas de despidos y extinciones –el compromiso de salvaguarda del empleo contemplado por la Disposición Adicional 6ª del RD-ley 8/2020 y el veto o prohibición de despidos recogido por el art. 2 del RD-ley 9/2020 (art. 2 de la Ley 3/2021)–.

En cuanto a lo primero, de entre las resoluciones recaídas en pleitos relativos a expedientes temporales de empleo vinculados al COVID, se han seleccionado las relativas a cuestiones estimadas de especial interés: así, al delimitar el ámbito de aplicación de las medidas excepcionales de ajuste temporal de empleo, arrojar luz sobre aspectos procedimentales o precisar –o matizar– la proyección de las regulaciones de empleo en ámbitos y colectivos singulares. Y una atención especial merecen, por otro lado, las calificaciones judiciales –como improcedentes o nulos– de aquellos despidos estimados contrarios a las cláusulas limitativas de medidas de flexibilidad externa. Análisis que, tras el examen de los argumentos en que se sustentan unas y otras, permitirá identificar algunas de las lagunas y disfunciones de la vigente regulación en materia de despido.

Palabras clave: COVID-19; protección del empleo; jurisprudencia y doctrina judicial; expedientes de regulación temporal del empleo vinculados al COVID-19; cláusula de salvaguarda del empleo; prohibición de despidos por fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción derivadas de la crisis sanitaria.

* Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Vigo. franfernandez@uvigo.es

Abstract:

After almost two years of the pandemic and of the enforcement of those rules that tried to alleviate its effects in the labor field, many of the conflicts raised by those rules have already been solved in the courts. Thus, a body of judicial doctrine and, to a lesser extent, case law has been generated, which is extremely valuable for the purposes of analysis, weighting, and, perhaps, extrapolation to structural Labor Law, of the emergency tools, tested.

In view of their novel character and their special impact – forming a new way of dealing with crisis situations – the focus is specifically on those interpretative conflicts generated by the rules designed to protect employment: Thus, in line with the request and application of the temporary employment regulation proceedings linked to the COVID and on the occasion of the transgression of those clauses limiting layoffs and terminations – the commitment to safeguard employment contemplated by the 6th Additional Provision of RD-law 8/2020 and the veto or prohibition of layoffs contained in art. 2 of RD-Law 9/2020 (today, art. 2 of Law 3/2021).

As regards the former, from among the rulings handed down in lawsuits relating to temporary employment proceedings linked to the COVID, those relating to issues considered to be of special interest have been selected: thus, by delimiting the scope of application of exceptional temporary employment adjustment measures, shedding light on procedural aspects or specifying –or clarifying– the projection of employment regulations in specific areas and groups. On the other hand, special attention should be paid to the judicial qualifications – as unjustified or null and void – of those dismissals deemed contrary to the clauses limiting external flexibility measures. This analysis, after examining the arguments on which both are based, will allow us to identify some of the loopholes and dysfunctions of the current dismissal regulations.

Keywords: COVID-19; employment protection; case law and judicial doctrine; temporary lay-offs linked to COVID-19; employment safeguard clause; prohibition of dismissals due to force majeure and economic, technical, organizational, or production causes derived from the health crisis.

1. UN CONTEXTO NORMATIVO COMPLEJO Y DINÁMICO

Tan sólo unos días después de la declaración del Estado de Alarma¹, varias normas procuraron adaptar el marco jurídico-laboral al nuevo escenario de crisis sanitaria y contener sus efectos sobre el empleo. La protección de la salud de las personas trabajadoras y el mantenimiento de sus

empleos se erigieron de este modo en objetivos prioritarios de una legislación social de urgencia densa y dinámica, en las siguientes líneas muy brevemente sintetizada en torno a los dos citados ejes².

Para lo primero –la prevención de los contagios–, se han arbitrado medidas destinadas a acomodar el modo de prestación de servicios al confinamiento y distanciamiento social, respectivamente decretado y recomendado por las autoridades sanitarias: así, al configurar,

¹ Como se recordará, por RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Estado de alarma objeto de prórrogas sucesivas por RD 476/2020, RD 487/2020, RD 492/2020; RD 514/2020; RD 537/2020; RD 555/2020; RD 926/2020; y RD 956/2020 –hasta el 9 de mayo de 2021–.

² Sobre el particular, de manera exhaustiva, *vid.* AA.VV. Dirs.: RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., CASAS BAAMONDE, M. E. *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*. Madrid: Francis Lefebvre, 2020.

ex art. 5 del RD-ley 8/2020³, el trabajo a distancia como modalidad de carácter prioritario. Una adaptación a las nuevas circunstancias concurrentes que también persiguió, como es sabido, el denominado “Plan MECUIDA” –art. 6 del mismo texto normativo–, por el que se amplía, en “clave Covid”, el elenco de causas habilitantes de adaptaciones o reducciones de jornada. Y en esta categoría teórica, cabría subsumir, así mismo, el permiso retribuido recuperable –precisamente orientado a la contención de la movilidad y, por tanto, de la exposición al virus–, de disfrute obligatorio por todas aquellas personas trabajadoras por cuenta ajena que no prestasen servicios esenciales, como se recordará, entre el 30 de marzo y el 9 de abril de 2020⁴.

Para lo segundo –el mantenimiento de los puestos de trabajo–, el RD-ley 8/2020 articula medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor –art. 22–, así como por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción – art. 23⁵–. Tales son los “ERTE COVID”, a cuyo amparo, como es sabido, tras un procedimiento especialmente ágil –silencio positivo inclusive⁶–, circunstancias vinculadas a la pandemia conforman nuevas causas de suspensión contractual y reducción de jornada. Alternativas así priorizadas frente a extinciones, por lo demás expresamente desincentivadas por la norma, al condicionar la Disp. Adicional 6^a del RD-ley 8/2020 aquellas medidas

extraordinarias al “compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad”⁷. Línea en la que se inscribe, así mismo, el veto al despido y extinción contractual al amparo de aquellas causas vinculadas a la pandemia, conforme a los citados arts. 22 y 23 del RD-ley 8/2020, determinantes de suspensiones contractuales o reducciones de jornada⁸. Y también conforman normas de protección de los empleos –en este caso atípicos y, por tanto, especialmente vulnerables– las dirigidas a fomentar la pervivencia de contratos fijos-discontinuos y, por supuesto, temporales. Así, en las actividades vinculadas al sector turístico, el mantenimiento del alta de los primeros determinó el reconocimiento de una bonificación en las cuotas empresariales a la Seguridad Social⁹. Y ya para los trabajadores temporales –inclusive, formativos, de relevo y de interinidad– se dispuso, de incoarse un ERTE COVID suspensivo, la interrupción del cómputo de su duración máxima¹⁰.

⁷ Compromiso, conviene adelantar, objeto de matices complementarios al amparo de normas posteriores: así, por RD-ley 11/2020 (Disp. Adicional 14^a), por RD-ley 18/2020, por RD-ley 24/2020 (que procede a la extensión de dicha cláusula de salvaguarda a las empresas y entidades que apliquen un expediente de regulación temporal de empleo basado en la causa del art. 23 y se beneficien de las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el art. 4 del RD-ley 24/2020), por RD-ley 30/2020 y por RD-ley 2/2021.

⁸ Contempló tal regla el art. 2 del RD-ley 9/2020 (objeto de varias prórrogas por RD-ley 24/2020, por RD-ley 30/2020 y por RD-ley 2/2021) y, posteriormente, el art. 2 de la Ley 3/2021.

⁹ El art. 13 del RD-ley 7/2020 contempló dicha medida, en los términos siguientes: “Las empresas, excluidas las pertenecientes al sector público, dedicadas a actividades encuadradas en los sectores del turismo, así como los del comercio y hostelería, siempre que se encuentren vinculadas a dicho sector del turismo, que generen actividad productiva en los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio y que inicien o mantengan en alta durante dichos meses la ocupación de los trabajadores con contratos de carácter fijos discontinuos, podrán aplicar una bonificación en dichos meses del 50 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como por los conceptos de recaudación conjunta de Desempleo, FOGASA y Formación Profesional de dichos trabajadores”. Tal medida de apoyo resultó de aplicación desde el 1 de enero de 2020 hasta el día 31 de diciembre de 2020.

¹⁰ Art. 5 del RD-ley 9/2020 (posteriormente, art. 5 de la Ley 3/2021), objeto, de nuevo, de prórrogas sucesivas: por

³ RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

⁴ Art. 2.1. del RD-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19.

⁵ Preceptos, como es sabido, objeto de posteriores desarrollos, reformas y prórrogas: así, por orden cronológico, por RD-ley 9/2020, por RD-ley 15/2020, por RD-ley 18/2020, por RD-ley 24/2020, por RD-ley 30/2020, por RD-ley 2/2021, por Ley 3/2021, por RD-ley 11/2021 y por RD-ley 18/2021.

⁶ El sentido del silencio fue confirmado por la Disp. Adicional 1^a del RD-ley 9/2020.

Por supuesto, también en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social las intervenciones han sido numerosas y relevantes. Así, acompañando económicamente suspensiones, extinciones y ceses de actividad: señaladamente, mediante un refuerzo de la protección por desempleo en caso de ERTE COVID –art. 25 del RD-ley 8/2020–; en virtud de subsidios excepcionales para desempleados, anteriormente trabajadores temporales, sin la cotización necesaria para acceder a una prestación o subsidio –art. 33 del RD-ley 11/2020¹¹– o, “por falta de actividad”, para las personas integradas en el Sistema Especial de Empleados del Hogar –arts. 30, 31 y 32 del RD-ley 11/2020–; así como a través del reconocimiento de una prestación extraordinaria por cese de actividad de autónomos y socios cooperativas enmarcados en el RETA –art. 17 del RD-ley 8/2020, objeto de múltiples reformas posteriores¹². A lo que se suman, incentivos a las medidas de ajuste temporal, esencialmente materializados en exoneraciones, de entidad y aplicación variable, en las cuotas empresariales a la Seguridad Social¹³. Y deben referirse, así mismo, normas complementarias, en el ámbito sancionador – ex Disp. Adicional 2ª del RD-ley 9/2020 (posteriormente, Disp. Adicional 2ª de la Ley 3/2021),

destacando la aplicación de las “sanciones correspondientes”, de sustentarse los expedientes de regulación de empleo en falsedades o incorrecciones en los datos o cuando aquéllos no resulten necesarios y generen prestaciones o deducciones en las cuotas de Seguridad Social indebidas– y procesal –así, ex Disp. Adicional 8ª del RD-ley 11/2020, ampliando los plazos para recurrir, con carácter general y efectos también en el ámbito social–.

La huella de la normativa social generada en el marco de la crisis sanitaria es aún muy visible. En primer término, por su pervivencia durante meses, acompañando, ola tras ola, una pandemia que se prolonga por ya casi dos años –en dicho sentido, es ilustrativa la prórroga de los ERTE COVID y del Plan MECUIDA hasta el 28 de febrero de 2022, ex Real Decreto-ley 18/2021¹⁴–. En segundo lugar, porque la legislación de urgencia conforma una experiencia valiosa que ha impulsado ya reformas estructurales o a largo plazo. Es el caso de la intervención en materia de trabajo a distancia, por medio del RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, posteriormente, Ley 10/2021, de 9 de julio. Y así se aprecia, así mismo, en la reciente reforma laboral –aprobada por RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo–, en la que, con clara inspiración en los ERTE COVID, se flexibiliza la herramienta ordinaria de suspensión contractual y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción –art. 47 ET– y se crea el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo –art. 47 bis ET¹⁵–.

Pero la legislación laboral y de Seguridad Social de la pandemia, al igual que el propio

RD-ley 24/2020, por RD-ley 30/2020 y por RD-ley 2/2021. Al margen de ello, además, algunas normas facilitaron la prórroga de los contratos temporales de colectivos específicos: tal fue el caso de las Disp. Adicionales 12ª y 13ª del RD-ley 11/2020, relativas, respectivamente, a los contratos del personal docente e investigador de las Universidades, así como a los contratos de trabajo suscritos con cargo a financiación de convocatorias públicas de recursos humanos en el ámbito de la investigación y a la integración de personal contratado en el Sistema Nacional de Salud.

¹¹ Objeto de desarrollo por Resolución de 1 de mayo de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establece el procedimiento para la tramitación de solicitudes del subsidio excepcional por desempleo regulado en el art. 33 del RD-ley 11/2020.

¹² Sobre todo ello, *in extenso*, *vid.* LÓPEZ GANDÍA, J., LLOBERA VILA, M. “La protección por desempleo y cese de actividad durante el COVID-19”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*. N. 149 (2021), p. 127-152.

¹³ En la materia, *vid.* ROMERO RÓDENAS, Mª. J. “Las medidas extraordinarias en materia de cotización: función y desarrollo de las exoneraciones empresariales”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*. N. 149 (2021), p. 99-126.

¹⁴ E incluso más allá: así, en el caso del Plan MECUIDA (art. 6 RD-ley 8/2020), hasta el 30 de junio de 2022, por Disp. Adicional 3ª del RD-ley 2/2022, de 22 de febrero.

¹⁵ Una reflexión sobre la pervivencia de la legislación laboral de la emergencia en la “nueva normalidad”, en BAYLOS GRAU, A. “Emergencia sanitaria, legislación laboral de crisis y diálogo social”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*. N. 149 (2021), p. 19 y siguientes.

COVID, han marcado, así mismo, doctrina judicial y jurisprudencia. Pues, normas de urgencia y Coronavirus han generado conflictos y, por tanto, un cuerpo de resoluciones cuyo análisis se estima, también *ad futurum* –aprendiendo tal vez de lo sucedido–, especialmente valioso. A tal efecto, habida cuenta su carácter novedoso –conformando una nueva forma de afrontar situaciones de crisis–, la atención se dirige específicamente a aquellos conflictos interpretativos generados por las normas específicamente ideadas para la protección del empleo: así, al hilo de la solicitud y aplicación de los ERTE vinculados al COVID y con ocasión de la transgresión de la cláusula de salvaguarda –Disp. Adicional 6ª del RD-ley 8/2020– y de la prohibición de despido o extinción contractual –art. 2 del RD-ley 9/2020 (posteriormente, art. 2 de la Ley 3/2021)–. Al margen queda, pues, la doctrina judicial generada al albur de muchas otras normas también –aún indirectamente– protectoras del empleo (en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social, articulando y modulando exoneraciones de cuotas, o, en el marco laboral y con objeto de favorecer el retorno de los trabajadores afectados por las medidas temporales de ajuste del empleo, formulando reglas limitativas del poder empresarial de dirección –por ejemplo, vetando horas extraordinarias, así como externalizaciones o nuevas contrataciones, directas o indirectas–¹⁶).

2. EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DEL EMPLEO VINCULADOS AL COVID

Con toda seguridad, en el vasto conjunto de medidas sociales paliativas arbitradas en el marco de la pandemia, la normativa de emergencia relativa a ERTE es especialmente emblemática. A esta se ha confiado, en efecto, su principal y más novedoso propósito: evitar la destrucción masiva de empleo, mediante la priorización de ajustes temporales –suspension

siones contractuales y reducciones de jornada– frente a extinciones. Una estrategia objeto de apoyo económico explícito por la UE –en el marco del Support to Mitigate Unemployment Risks in a Emergency (SURE), creado por el Reglamento (UE) 2020/672, del Consejo de 19 de mayo– y por ello común a otros Estados de nuestro entorno¹⁷, pero que contrasta, en el orden interno, con las “soluciones” suministradas en el marco de crisis precedentes. En España, en efecto, pese a alguna experiencia previa¹⁸, el impulso a los ERTE operado por la normativa de urgencia implica desplazar el régimen “de crisis” y reestructuración arbitrado por la reforma de 2012, propiciando, en principio durante la pandemia, un cambio de paradigma¹⁹.

En pro del mantenimiento de los puestos de trabajo, el recurso a los ERTE es objeto de múltiples incentivos: las normas de urgencia adaptan y flexibilizan circunstancias determinantes y procedimiento, estimulan, en términos económicos, su aplicación –mediante exoneraciones totales o parciales de cotizaciones– y facilitan el acceso a la protección por desempleo por los trabajadores afectados. Los ERTE COVID, además, han sido objeto de una regulación dinámica, paulatinamente adapta-

¹⁷ Para una visión de conjunto del recurso al mecanismo SURE puede consultarse el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Financiero y al Comité de Empleo, sobre el Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Atenuar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID-19 de conformidad con el artículo 14 del Reglamento (UE) 2020/672 del Consejo. SURE: Balance después de seis meses, Bruselas, 22.3.2021 COM (2021) 148 final.

¹⁸ Así, con ocasión de la crisis financiera de 2008, en el marco del RD-ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, así como del RD-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

¹⁹ Una valoración general del modelo impulsado en CRUZ VILLALÓN, J. “Las medidas de evitación de la destrucción de empleo ante la emergencia sanitaria: incentivos al retorno del empleo y sanciones frente a la resolución contractual”, en AA.VV. GÓMEZ MUÑOZ, J. M., (Ed.), RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. (Coord.), *Nuevos escenarios del sistema de relaciones laborales derivados del COVID-19*. Albacete: Bomarzo, 2021, p. 591.

¹⁶ Art. 1.3 del RD-ley 24/2020.

da a los procesos de desconfinamiento y levantamiento de restricciones y dirigida, en esencia, al objetivo prioritario de reincorporación a sus puestos de trabajo, eventualmente con carácter parcial, de los trabajadores afectados²⁰. Tales normas, que conformaron la articulación de previos Acuerdos Sociales para la Defensa del Empleo, procedieron a la prórroga de los ERTE COVID, así como a su adaptación a las nuevas circunstancias concurrentes (RD-ley 18/2020²¹, RD-ley 24/2020²², RD-ley 30/2020²³, RD-ley 2/2021²⁴, RD-ley 11/2021²⁵ y RD-ley 18/2021²⁶), alumbrando incluso nuevas causas de regulación temporal del empleo, así por “rebrote” (RD-ley 24/2020) e impedimento o limitación al desarrollo normalizado de la actividad (RD-ley 30/2020). Todo ello, junto a las dificultades prácticas derivadas de una aplicación masiva sin precedentes, han generado un cuerpo normativo denso, complejo y volátil, consecuentemente generador de inseguridad jurídica, solventada o, cuando menos, atenuada en sede judicial. De todas las resoluciones recaídas en la materia, se han selec-

cionado las relativas a cuestiones estimadas de especial interés: así, al delimitar el ámbito de aplicación de las medidas excepcionales de ajuste temporal de empleo, arrojar luz sobre aspectos procedimentales o precisar —o matizar— la proyección de las regulaciones de empleo en ámbitos y colectivos singulares.

2.1. Los supuestos de hecho determinantes

Ambas modalidades de ERTE —por fuerza mayor ligada al COVID-19, así como por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción derivadas de la crisis sanitaria— han requerido de precisiones y matices relativos a la delimitación del supuesto de hecho determinante.

2.1.1. Fuerza mayor vinculada al COVID-19

En el caso del ERTE por fuerza mayor ligada al COVID-19 *ex art. 22 del RD-ley 8/2020* —en la redacción dada por la Disp. Final Octava (apartado Dos) del RD-ley 15/2020—, se procede a la configuración de un concepto de fuerza mayor²⁷, según expresa la propia exposición de motivos del citado RD-ley 15/2020, desvinculado de aquella “construcción doctrinal y clásica” deparada por el Ordenamiento Civil, sino “directamente e irremediamente vinculado en exclusiva a la situación de excepcionalidad derivada de la crisis sanitaria sin precedentes”. El citado art. 22 acuña, pues, un concepto nuevo —“pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que im-

²⁰ Un análisis de esta materia precisamente en clave evolutiva en DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Cuestiones problemáticas en torno a los expedientes de regulación temporal de empleo de la emergencia sanitaria COVID-19”. Trabajo y Derecho, N. 12 (2020).

²¹ Materialización del I Acuerdo Social para la Defensa del Empleo de 8 de mayo de 2020. Dicha norma prorroga los ERTE por fuerza mayor *ex art. 22 del RD-ley 8/2020* hasta el 30 de junio de 2020.

²² Norma por la que se procede a la articulación del II Acuerdo Social en Defensa del Empleo de 25 de junio de 2020. Dicha norma prorroga los ERTE por fuerza mayor *ex art. 22 del RD-ley 8/2020* hasta el 30 de septiembre de 2020.

²³ Fruto del III Acuerdo Social en Defensa del Empleo de 29 de septiembre de 2020 y por el que se prorrogan, hasta el 31 de enero de 2021, los ERTE por fuerza mayor vinculados al COVID vigentes. Dicha norma, además, introdujo dos nuevos supuestos de ERTE: por impedimento y por limitación de la actividad desarrollada.

²⁴ *Ex IV Acuerdo Social en Defensa del Empleo*, de 19 de enero de 2021, prorrogando los ERTE, *ex art. 22 RD-ley 8/2020*, hasta el 31 de mayo de 2021.

²⁵ Norma producto del V Acuerdo Social en Defensa del Empleo de 26 de mayo de 2021, por la que se prorrogan los ERTE COVID hasta el 30 de septiembre de 2021.

²⁶ Materialización del VI Acuerdo Social en Defensa del Empleo, prorrogando los ERTE hasta el 28 de febrero de 2022.

²⁷ Sobre dicho concepto, puede consultarse CABEZA PEREIRO, J. “ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas”. Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF. N. 456 (2021), p. 18.

pidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados”, estimándose aquellas suspensiones contractuales y reducciones de jornada causadas directamente por tales circunstancias “provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del art. 47 ET”. Dicción legal completada por el RD-ley 15/2020, con una precisión relativa a aquellas “actividades que deban mantenerse de acuerdo con la declaración del estado de alarma”, en las que “se entenderá que concurre la fuerza mayor (...) respecto de las suspensiones de contratos y reducciones de jornada aplicables a la parte de actividad no afectada por las citadas condiciones de mantenimiento de la actividad”. Tal concepto legal nuevo y complejo –o definición “en sentido inverso”²⁸–, objeto de interpretación a la luz del RD 463/2020 (art. 10 y Anexo), ha precisado de concreción en virtud notas técnicas de la Dirección General de Empleo²⁹ y también en el orden judicial.

A tal efecto, en primer término, la jurisprudencia ha confirmado la citada naturaleza de la analizada noción de fuerza mayor: así, con cita del ya reproducido preámbulo del RD-ley

²⁸ Utilizando la expresión empleada por la STSJ de Canarias de 2 de julio de 2021 (Rec. 16/2020).

²⁹ Vid. DGE-SGON-811bis CRA, de 19 de marzo de 2020, a cuyo tenor quedan integradas en el concepto de fuerza mayor temporal “las situaciones de pérdida de actividad debidas a las siguientes circunstancias:

a) Las derivadas de las distintas medidas gubernativas o sanitarias de contención adoptadas como consecuencia del Covid-19; b) Las debidas a situaciones urgentes y extraordinarias provocadas por el contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo; c) Falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad o impongan la suspensión de ciertas actividades laborales, siempre que traiga su causa en las medidas excepcionales decretadas por la autoridad gubernativa o recomendadas por las autoridades sanitarias”. Posteriormente, vid. DGE-SGON-841 CRA, de 28 de marzo de 2020; DGT-SGON-863 CRA, de 7 de abril de 2020.

15/2020, a modo de “concepto de creación legal y concreción administrativa, vinculado en exclusiva a la situación de excepcionalidad derivada de la crisis sanitaria” –STS de 25 de enero de 2021 (Rec. 125/2020)–, omitiendo, sin embargo, el TS, en tal primera resolución en la materia, mayores precisiones conceptuales. Y los Tribunales también han incidido en el deslinde entre ambos conceptos de fuerza mayor³⁰. Existe, por un lado, la fuerza mayor clásica o “propia”, en línea con jurisprudencia previa en la materia³¹, fruto de la concurrencia de un acontecimiento extraordinario, involuntario o ajeno a la voluntad humana, imprevisible e impeditivo de la realización del trabajo, por ejemplo, fenómenos naturales de efectos catastróficos, incendios...-. Y existe, por otro lado, la “fuerza mayor COVID”, “impropia” o derivada de una situación de *factum principis*, “concepto jurídico (...) definido por la jurisprudencia como un suceso de carácter extraordinario que se produce fuera del contexto interno de la empresa, de carácter imprevisible o que, siendo previsible, es inevitable, teniendo como consecuencia la imposibilidad de trabajar, ya sea de manera temporal o definitiva”³², de modo que es fuerza mayor la que proviene “de decisiones que hacen inviable o dificultan la actividad productiva”, como lo es “la decisión gubernamental de confinar en sus domicilios a toda la población y restringir la actividad laboral en unas proporciones desconocidas a resultas de una pandemia”³³. Situación en la que, siguiendo a la doctrina judicial, ha de justificarse “una relación de causalidad que permita apreciar el efecto imposibilitante”, debiendo acreditarse, de modo más concreto, “que la propia pandemia o las medidas adoptadas para su contención por las autoridades im-

³⁰ Destacando también esta distinción vid. FERRANDO GARCÍA, F. M^º. “Los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada derivados del COVID-19. Estudio de las medidas de ajuste temporal orientadas al objetivo prioritario de mantenimiento del empleo”. Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social. N. 149 (2021), p. 73.

³¹ STS de 27 de noviembre de 2018, (Rec. 95/2018).

³² SAN de 30 de octubre de 2020 (Rec. 240/2020), que, no obstante, opera una interpretación sumamente restrictiva.

³³ STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de julio de 2020 (Rec. 13/2020).

pactan directa o indirectamente en la empresa generando una interrupción o reducción significativa de la actividad de la empresa³⁴. Concepción abierta o expansiva³⁵, sustentada en una interpretación “gramatical”³⁶ y “literal”³⁷, con derivaciones varias: no es necesaria la existencia de una paralización o suspensión total de la actividad —cabe, por el contrario, una merma parcial de esta³⁸—; no es tampoco preceptivo que el cese o descenso de la actividad derive del estado de alarma, sino, más genéricamente, de las circunstancias resultantes de la crisis sanitaria³⁹; de modo que no sólo resultan concernidas las actividades suspendidas *ex art. 10 RD*

³⁴ STSJ de Canarias de 2 de julio de 2021 (Rec. 16/2020), así como SSTSJ de Castilla y León de 24 de septiembre de 2020 (Rec. 1132/2020) y de 19 de octubre de 2020 (Rec. 1295/2020) y SAN de 30 de octubre de 2020, (Rec. 97/2020).

³⁵ También destacada por MOLINA NAVARRETE, C. “Las leyes de emergencia pandémica a juicio de los tribunales: entre avales (diálogo) y reveses (conflicto)”. *Revista de trabajo y seguridad social*, N. 456, 2021, p. 171.

³⁶ SSTSJ de Castilla y León de 15 y 19 de octubre 2020 (Rec. 1218/2020 y Rec. 1207/2020).

³⁷ STSJ Madrid 29 de enero de 2021 (Rec. 563/2020), a cuyo tenor, “desde un punto de vista gramatical y literal el art. 22 incluye tanto las suspensiones y cancelaciones de actividades o cierres temporales de locales de afluencia pública que deriven de la declaración del estado de alarma, como todas aquellas que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID 19. Este segundo supuesto es, desde luego, más amplio y permite acudir al procedimiento por FM en un campo empresarial más extenso que el previsto de forma expresa siempre, claro está, que exista un vínculo de causalidad directa con el estado de alarma y con las pérdidas de actividad derivadas del COVID 19”.

³⁸ De nuevo, STSJ de Canarias de 2 de julio de 2021, Rec. 16/2020. Incluso alguna resolución ha apreciado, tras la reforma del art. 22 por RD-ley 15/2020, fuerza mayor parcial en aquellas actividades consideradas esenciales cuyo mantenimiento íntegro no resulte sin embargo necesario: SAN de 22 de marzo de 2021 (Rec. 476/2020), a cuyo tenor “con la modificación del artículo 22 del Real Decreto Ley 8/2020 la fuerza mayor podrá ser parcial y no extenderse a toda la plantilla, respecto de aquellas empresas que desarrollan actividades consideradas esenciales durante esta crisis, concurriendo la causa obstativa descrita en el artículo 22 en la parte de actividad o en la parte de la plantilla no afectada por dicho carácter esencial, de manera que, el hecho de ser esencial no impide que el negocio se haya visto afectado por el estado de alarma, por lo que las actividades esenciales también pueden acceder a un ERTE por causa de fuerza mayor”.

³⁹ STSJ de Castilla y León, de 24 de septiembre de 2020, Rec. 1132/2020.

463/2020 y Anexo —cuyo listado no se estima *numerus clausus*—; consecuentemente, no son determinantes ni la naturaleza de la actividad desarrollada, ni el sector productivo, sino los efectos desplegados y su origen excepcional —el propio COVID—; finalmente, la pérdida puede ser objetiva —referida a la actividad en sí— o subjetiva —al vincularse a la plantilla—⁴⁰.

De este modo, la concurrencia de fuerza mayor vinculada al COVID ha sido constatada en multitud de sectores de actividad —así, sin ánimo de exhaustividad, instalaciones eléctricas⁴¹, fabricación de productos de panadería y pastelería⁴², fontanería⁴³, fabricación de productos y estructuras de madera para construcción⁴⁴; transporte de combustible para vehículos⁴⁵; servicios de publicidad y marketing⁴⁶; contabilidad y asesoramiento de empresas⁴⁷; despachos de abogados⁴⁸...— y circunstancias —caída de ventas como consecuencia del clausurado de empresas clientes⁴⁹, a menudo integradas en el sector del comercio⁵⁰; interrupción de las actividades desarrolladas en los centros de las empresas clientes objeto de cierre temporal⁵¹;

⁴⁰ Tal precisión en SSTSJ de Castilla y León de 24 de septiembre de 2020 (Rec. 1132), de 15 y 19 de octubre 2020 (Rec. 1218/2020; Rec. 1207/2020), de 4 de noviembre de 2020 (Rec. 1388/2020), de 11 de diciembre de 2020 (Rec. 950/2020), de 24 de febrero de 2021 (Rec. 22/2021).

⁴¹ STSJ de Castilla y León de 15 de octubre de 2020 (Rec. 1218/2020).

⁴² STSJ de Castilla y León de 19 de octubre 2020 (Rec. 1207/2020).

⁴³ STSJ de Castilla y León de 11 de diciembre de 2020 (Rec. 950/2020).

⁴⁴ STSJ de Madrid de 29 de enero de 2021 (Rec. 563/2020).

⁴⁵ STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de julio de 2020 (Rec. 13/2020).

⁴⁶ STSJ de Madrid de 22 de enero de 2021 (Rec. 446/2020).

⁴⁷ STSJ de Castilla y León de 24 de septiembre de 2020 (Rec. 1132/2020).

⁴⁸ SSTSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2020 (Rec. 547/2020) y de 28 de enero de 2021 (Rec. 541/2020).

⁴⁹ STSJ de Castilla y León de 19 de octubre 2020 (Rec. 1207/2020), así como STSJ de Canarias de 2 de julio de 2021 (Rec. 16/2020).

⁵⁰ STSJ de Madrid de 29 de enero de 2021 (Rec. 563/2020).

⁵¹ STSJ de Castilla y León de 24 de septiembre de 2020 (Rec. 1132/2020).

descenso de actividad derivado de las restricciones a la movilidad⁵²...–.

De modo particular, en el marco de descentralizaciones productivas, se advierte una doctrina judicial proclive a la extensión, a la contratista, de la fuerza mayor ya constatada en la empresa principal: así, al señalar que la empresa contratista cuya principal esté afectada por un ERTE por fuerza mayor puede igualmente solicitar tal medida de regulación del empleo, debiendo entenderse que “si la causa directa del ERTE de la empresa principal es una pérdida de actividad ocasionada por el COVID-19 por alguno de los motivos del art. 22 del RD-ley 8/2020 y, por lo tanto, la empresa contratista no puede prestar la actividad para la que fue contratada, dicha causa de fuerza mayor se extiende a la contrata”⁵³.

Más tenue, en cambio, es la huella, en sede judicial, generada por las nuevas modalidades de ERTE por fuerza mayor, articuladas sucesivamente tras el confinamiento. Así, en primer término, hasta el 30 de septiembre de 2020, para hacer frente a situaciones de imposibilidad de desarrollo de la actividad empresarial “con motivo de la adopción de nuevas restricciones o medidas de contención como consecuencia de un eventual agravamiento de la pandemia”: expedientes de regulación de empleo de carácter suspensivo por “rebrote”, cuya tramitación se remite al art. 47.3 del ET y que se han acompañado de exenciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social (Disp. Adicional 1ª del RD-ley 24/2020). Categoría a continuación sustituida por los ERTE por impedimentos o limitaciones en el desarrollo de la actividad –objeto de sucesivas prórrogas⁵⁴–, de nuevo encauzadas por

la vía del art. 47.3 del ET, siendo así mismo objeto de bonificaciones –art. 2, apartados 1 y 2 del RD-ley 30/2020–. Sobre el particular, son de reseñar resoluciones que subsumen en la causa determinante conforme al citado art. 2.2 del RD-ley 30/2020, limitaciones en el desarrollo normalizado de su actividad a consecuencia de decisiones o medidas adoptadas por las autoridades españolas, por ejemplo, reducciones de aforo o exigencias de distancia mínima entre personas⁵⁵.

2.1.2. Las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción derivadas de la crisis sanitaria

En el marco de la pandemia, la regulación y mantenimiento del empleo también se confiaron a la otra modalidad clásica de expediente temporal –por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción–, así mismo objeto de una regulación extraordinaria inspirada en dos cometidos básicos: por un lado, agilizar su procedimiento y adopción; por otro, impulsar en términos económicos dicha vía, priorizando su aplicación frente a extinciones. Para lo primero, sin perjuicio de la remisión al procedimiento al uso –conforme al art. 47 del ET y al RD 1483/2012–, se disponen reglas específicas⁵⁶ dirigidas a facilitar, en defecto de representación legal, la constitución de la comisión representativa de los trabajadores –favoreciendo, en particular, la intervención sindical⁵⁷–, así como

nuevos expedientes a las empresas y entidades afectadas por restricciones y medidas de contención sanitaria vinculadas a la COVID-19, que sean adoptadas por las autoridades competentes entre el 1 de noviembre de 2021 y el 28 de febrero de 2022–.

⁵² SJS/1 de Logroño de 15 de enero de 2021, Autos núm. 540/2020.

⁵⁶ Art. 23 del RD-ley 8/2020, objeto de posteriores desarrollos y prórrogas.

⁵⁷ Así al sustituir el art. 23.1.a) del RD-ley 8/2020 la opción contemplada por el art. 41.4 ET, de aplicación en defecto de representación legal de los trabajadores, entre comisión sindical y comisión de composición interna –conformada por un máximo de 3 trabajadores de la propia empresa elegidos democráticamente–, por una preferencia o priorización de la representación sindical, de modo que sólo de no constituirse esta,

⁵² STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de julio de 2020 (Rec. 13/2020).

⁵³ SAN de 22 de marzo de 2021 (Rec. 476/2020). Así mismo, apreciando fuerza mayor en empresas contratistas, *vid.* SSTSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2020 (Rec. 570/2020 y Rec. 606/2020), así como de 18 de diciembre de 2020 (Rec. 708/2020) y de 5 de febrero de 2021 (Rec. 782/2020).

⁵⁴ Así por RD-ley 2/2021, RD-ley 11/2021 y RD-ley 18/2021 –este último con objeto de permitir la solicitud de

destinadas a agilizar la adopción de la medida de reestructuración temporal –así, acortando plazos⁵⁸ y señalando el carácter potestativo de ciertos trámites⁵⁹–. Para lo segundo, al igual que en el caso del ERTE por fuerza mayor ligada al COVID, se disponen, si bien en cuantía diversa, exoneraciones en las cuotas empresariales de Seguridad Social⁶⁰.

El hecho causante de la suspensión contractual o reducción de jornada es objeto de delimitación sumamente escueta por la norma de urgencia, que sólo refiere “causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19”. Lo que sugiere, por un lado, una remisión a la definición legal ordinaria, *ex art. 47 ET*, de las citadas causas y, por otro, una conexión o relación de causalidad entre la pandemia y aquéllas. Tal nexa, no obstante, acostumbra concebirse, por la doctrina y, así mismo, por los tribunales, como más laxo o endeble que el exigido a efectos de recurso al ERTE por fuerza mayor. Algunos autores deducen así de la literalidad del art. 23 del RD-ley 8/2020 que este “no exige que las necesidades de suspensión o reducción de jornada tengan relación directa con la crisis sanitaria”⁶¹, estimando justificada la medida en múltiples y variadas circunstancias⁶²,

cabría recurrir a los citados trabajadores. Solución, por cierto, en línea con una reivindicación tradicional de las organizaciones sindicales y que la doctrina estimó exportable a la reforma laboral –FERRANDO GARCÍA, F. Mª. “Los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada...”, *op. cit.*, p. 86–, lo que, por lo de ahora, no ha sucedido.

⁵⁸ Así, la comisión representativa de los trabajadores debe constituirse en el plazo de 5 días (art. 23.1.a) del RD-ley 8/2020 –frente a los 7 o 15 días, en defecto de representación legal, previstos por la norma general–; el periodo de consultas se circunscribe a 7 días (art. 23.1.b) del RD-ley 8/2020 –frente a los 15 habituales–; y el plazo máximo para la emisión de informe por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se reduce, así mismo, de 15 a 7 días (art. 23.1.c) del RD-ley 8/2020).

⁵⁹ Tal es el caso de la solicitud de informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por la autoridad laboral (de nuevo, art. 23.1.c) del RD-ley 8/2020).

⁶⁰ Art. 4.2 del RD-ley 24/2020.

⁶¹ FERRANDO GARCÍA, F. Mª. “Los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada...”, *op. cit.*, p. 83.

⁶² COLLADO GARCÍA, L. y TRILLO PÁRRAGA, F. J., señalan, en particular, los supuestos siguientes: “caída o pérdida repentina de

en su caso iniciadas ya con anterioridad a la pandemia y agravadas por esta. Concepción que acogen también algunas resoluciones judiciales⁶³, descartando otras, expresamente, que tal concurrencia previa permita inferir “un uso fraudulento de la legislación COVID”⁶⁴. Y es recurrente, así mismo, la referencia a la posibilidad de ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción derivadas del COVID en procedimientos que declaran la inadecuación del ERTE por fuerza mayor vinculada al COVID⁶⁵. Lo que confirma el carácter más abierto y, por consiguiente, la aplicación con carácter subsidiario del primero, más aún habida cuenta la presunción de concurrencia de la causa aducida, *ex art. 47 ET*, de finalizar el periodo de consultas con acuerdo. Incluso, la conexión indirecta o remota entre el ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y la crisis sanitaria puede deducirse del proceso de transición, impulsado por la normativa de urgencia, de la regulación de empleo por fuerza mayor al ajuste por causas ETOP –art. 2, apartados 2 y 3, del RD-ley 18/2020–, con objeto de mantener los puestos de trabajo y proporcionar cobertura, sin interrupciones, a los trabajadores afectados, pese a resultar ya le-

clientes; notoria reducción de la demanda y de la facturación; imposibilidad de prestar servicios que constituyen el objeto de la empresa; acumulación de producción por falta de salida al mercado; ruptura de la cadena de suministros; cese de actividad de los proveedores; disminución de la actividad de las empresas clientes”. *ERTE por causas de fuerza mayor y ETOP, especial consideración de la incidencia del COVID-19. Guía práctica*. Albacete: Bomarzo, 2020, p. 204 y 205.

⁶³ SJS/2 de Burgos, de 1 de junio de 2020 (núm. de resolución 95/2020), en que se estima “justificada la decisión empresarial de adopción de la medida de suspensión temporal de contratos de trabajo (...) habiéndose visto agravada la situación existente en la empresa con el paro de actividad generado por el COVID-19”.

⁶⁴ SAN de 26 de febrero de 2021 (núm. 29/2020), en que se examina el caso de una empresa con resultados económicos negativos desde 2017 y que aplica un ERTE por causas organizativas y productivas vinculadas al COVID, considerando la Sala que tales resultados pre-pandemia no impiden la apreciación de las citadas causas.

⁶⁵ SSTSJ de Castilla y León de 9 de noviembre de 2020 (Rec. 1387/2020) y de Madrid de 12 y de 27 de noviembre de 2020 (Rec. 340/2020 y Rec. 674/2020).

janos los cierres, confinamiento y restricciones a la movilidad originariamente determinantes de las medidas de preservación del empleo.

2.2. Cuestiones procedimentales

Un análisis de la jurisprudencia y doctrinal judicial relativas a los ERTE-COVID –por fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción– también permite visibilizar un elenco no menor de resoluciones en materia procedimental. Sentencias en las que los tribunales disipan las dudas interpretativas generadas en la tramitación misma de los ERTE habida cuenta la reformulación, en el marco de la normativa de emergencia, de algunos de sus aspectos, o la necesidad de adaptación de las reglas tradicionales a las nuevas modalidades y contexto.

Así, en el marco de un ERTE por fuerza mayor vinculada al COVID, es de destacar que, toda vez que la normativa de urgencia establece que la solicitud de informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por la Autoridad Laboral es potestativa⁶⁶ –y no, como prevé la normativa general de aplicación, de carácter preceptivo⁶⁷–, la doctrina judicial ha concluido, en una interpretación a *contrario sensu* de lo dispuesto por el art. 22.1.d) de la Ley 39/2015⁶⁸, que tal solicitud no suspende el plazo a disposición de aquella para resolver⁶⁹. Plazo, conviene recordarlo, así mismo inicialmente reducido de 10 a 5 días –*ex* art. 22.c)

⁶⁶ Art. 22.d) del RD-ley 8/2020.

⁶⁷ Art. 33.1 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.

⁶⁸ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAM), cuyo art. 22.1.d) efectivamente establece que “1. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender (...) d) Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición (...) y la recepción del informe (...)”.

⁶⁹ STSJ de Madrid de 11 de diciembre de 2020 (Rec. 710/2020).

del RD-ley 8/2020– y de nuevo ampliado a 10 días –por Orden de 30 de marzo de 2020⁷⁰– habida cuenta el elevadísimo volumen de solicitudes. Aun así, en muchos supuestos, a falta de resolución expresa de la autoridad laboral, operó el silencio administrativo, conforme al art. 24.1 de la LPACAM, de carácter positivo. Lo que resultó refrendado por el TS, según el cual, toda vez que “la empresa cumplió con las exigencias del art. 22.2 del RD-ley 8/2020 (...), nada impide que opere el silencio administrativo positivo”, pues así se deduce, según el Alto Tribunal, tanto del preámbulo del RD-ley 9/2020 –cuyo objeto es “clarificar el límite temporal de las resoluciones tácitas recaídas en los expedientes de regulación temporal de empleo solicitados por fuerza mayor, en los que el silencio (...) es positivo conforme a lo previsto en el artículo 24 de la Ley 39/2015”–, como de su articulado –al aludir su Disp. Adicional 1ª tanto a “expedientes respecto de los cuales recaiga resolución expresa como a los que sean resueltos por silencio administrativo”–⁷¹.

En otros casos, los tribunales han confirmado la aplicación, aún en el marco de la pandemia y sin perjuicio de las especialidades introducidas por la normativa de urgencia, de aspectos procedimentales de carácter esencial. Así, en primer término, reiterando, con base en jurisprudencia previa –señaladamente, SSTs de 8 de noviembre de 2017 (Rec. 40/2017), de 13 de julio de 2017 (Rec. 25/2017) y de 23 de noviembre de 2016 (Rec. 94/2016)–, las obligaciones empresariales de información, documentación y desarrollo del periodo de consultas referidas por los arts. 17, 18 y 20 del RD 1483/2012, de modo que el “desprecio por las normas reguladoras del procedimiento” –habida cuenta, en particular, la entrega de

⁷⁰ Orden EEI/334/2020, de 30 de marzo, por la que se acuerda la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor, que tengan su causa en el COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma.

⁷¹ STS de 25 de enero de 2021 (Rec. 125/2020).

documentación “de todo punto insuficiente”, así como “la nula trascendencia que la empresa otorga a las consultas” –al dar por sentada la concurrencia de las causas y la aplicación del ERTE– determinan la declaración de nulidad del expediente⁷². A ojos de los tribunales, por consiguiente, la crisis sanitaria no puede erigirse en pretexto para una relajación del procedimiento, determinando la ausencia de piezas clave –como el deber de buena fe en el desarrollo de las negociaciones⁷³, los requisitos de conformación de la comisión negociadora⁷⁴, en defecto de acuerdo, la comunicación empresarial de suspensión temporal de los contratos⁷⁵– la citada nulidad.

Y también algunas resoluciones han procedido a la interpretación de las especialidades procedimentales introducidas por la norma de urgencia: así, al señalar que “la mención que efectúa el art. 23.1 a) del RD Ley 8/2020 a sindicatos más representativos, no puede desvincularse del ámbito de afectación del ERTE que se tramita, de manera que la llamada a los sindicatos más representativos a nivel de CA a conformar la comisión negociadora cuando no existan representantes de los trabajadores en centros de trabajo afectados, únicamente es preceptiva en el caso de que la totalidad de tales centros de trabajo se ubiquen en la Comunidad Autónoma en la que tales organizaciones ostenten la cualidad de sindicatos más representativos⁷⁶ –conclusión, por cierto, no exenta de dudas–.

⁷² SAN de 20 de julio de 2020 (núm. 53/2020).

⁷³ SAN de 30 de noviembre de 2020 (núm. 109/2020), en un supuesto en que “las cuentas de las sociedades se presentan incompletas, en algunos casos en idioma inglés, y en formato que dificulta su gestión”.

⁷⁴ SAN de 3 de julio de 2020 (núm. 44/2020), en un supuesto en que sí existe representación legal de los trabajadores y, por tanto, no resultan aplicables las especialidades señaladas por el art. 23.1.a) del RD-ley 8/2020.

⁷⁵ De nuevo, SAN de 3 de julio de 2020 (núm. 44/2020), con fundamento en las SSTs de 7 de mayo de 2020 (Rec. 285/2020) y de 13 de mayo de 2019 (Rec. 246/2018).

⁷⁶ SAN de 5 de octubre de 2020 (núm. 79/2020).

2.3. Controversias aplicativas

2.3.1. La aplicación en el sector público y en empresas contratistas y concesionarias de obras y servicios públicos

Especial interés presenta la aplicación de los ERTE analizados en el sector público habida cuenta lo dispuesto por la Disp. Adicional 17ª ET, conforme a la que, como se recordará, “lo previsto en el art. 47 no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos⁷⁷. Previsión inalterada por la normativa de pandemia determinante de la exclusión del ERTE por fuerza mayor ligada al COVID en el caso, por ejemplo, de ayuntamientos⁷⁸. Con todo, al amparo de la salvedad expresamente referida por la citada Disp. Adicional, tal ERTE sí resulta aplicable a “aquellas [entidades] que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado”. Lo que, a su vez, ha determinado, en sede judicial, el reconocimiento de la aplicación del art. 47 ET a sociedades mercantiles –con un 100 % de capital público– pertenecientes al sector público institucional, pero que ni son Administraciones Públicas, ni entidades de derecho público vinculadas a estas⁷⁹.

⁷⁷ Regla, como es sabido, expresamente refrendada por STC 8/2015, de 22 de enero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra varios preceptos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, rechazando que la Disp. Adicional 3ª, por la que se introduce la hoy Disp. Adicional 17ª (anteriormente, 21ª), vulnere el art. 14 CE.

⁷⁸ STSJ de Castilla y León de 4 de diciembre de 2020 (Rec. 1806/2020), que confirma la resolución de instancia (SJS/1 León de 14 de julio de 2020, Autos núm. 362/2020), precisando, además, que la exclusión debe, además, entenderse referida a ambas modalidades de ERTE, por fuerza mayor y, así mismo, por causas ETOP.

⁷⁹ STSJ del País Vasco de 16 de octubre de 2020 (Rec. 1008/2020), en que no se estima aplicable la Disp. Adicional 17ª ET a una sociedad mercantil, con forma jurídica de sociedad anónima, cuyo objeto social es gestionar y explotar el servicio de transporte urbano de viajeros de Vitoria-Gasteiz. Así mismo, rechazando de nuevo la aplicación de la Disp. Adicional

Sí fueron objeto de especial atención, por la normativa de urgencia objeto de análisis, las empresas contratistas y concesionarias de obras y servicios públicos. Así, al disponer el art. 34 del RD-ley 8/2020 que “los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva (...) celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público [ex art. 3 de la Ley 9/2017⁸⁰], cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, quedarán suspendidos total o parcialmente desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse”⁸¹. Suspensión singular o *sui generis* que genera la obligación, de la entidad adjudicadora, de abono al contratista de los daños y perjuicios efectivamente sufridos en el correspondiente periodo suspensivo –señaladamente, entre otros conceptos tasados, gastos salariales abonados al personal adscrito, a 14 de marzo de 2020, a la ejecución ordinaria del contrato–. Previsión normativa que suscitó cierta litigiosidad al plantearse dudas acerca de la compatibilidad del referido recurso específico ex art. 34 del RD-ley 8/2020 con las herramientas contempladas por los arts. 22 y 23 del mismo texto legal –ERTE por fuerza mayor vinculada al COVID y, así mismo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción relacionadas con la pandemia–. Y ello toda vez que la aplicación de una u otra medida no se halla exenta de repercusiones económicas para los trabajadores afectados, al determinar la inclusión en el ERTE el abono de prestaciones por desempleo de inferior

cuantía a los salarios –lo que incluso determinó, conforme al art. 1902 CC, reclamación de los perjuicios causados⁸²–. Cuestión finalmente solventada en sentido positivo por el TS –en línea, por cierto, con lo deducible del Acuerdo previo en la materia⁸³–, según el cual “el ERTE por fuerza mayor es compatible con el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato”⁸⁴ o, dicho de otro modo –en resolución posterior que reitera dicha doctrina–, “la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato público suspendido no constituye una medida prioritaria, alternativa y excluyente de la posibilidad de acudir a un ERTE por fuerza mayor”⁸⁵.

2.3.2. La aplicación a trabajadores atípicos

La aplicación de la normativa de urgencia a algunos colectivos de trabajadores –vinculados mediante contratos atípicos y, por ello, especialmente vulnerables– ha suscitado dudas específicas, resueltas, en un primer momento, en sede judicial. Tal es el caso de los trabajadores fijos discontinuos en periodos de inactividad productiva cuya inserción en los ERTE COVID ha generado discrepancias notables, en gran medida achacables a una técnica le-

⁸² Así en el asunto dirimido en Casación por STS de 18 de noviembre de 2021 (Rec. 178/2021).

⁸³ Ya el acuerdo “Propuestas conjuntas de las organizaciones sindicales, CCOO y UGT, y empresariales, CEOE y CEPYME, para abordar, mediante medidas extraordinarias, la problemática laboral generada por la incidencia del nuevo tipo de coronavirus” destacaba: “cuando la Administración pública adopte la decisión de suspender el contrato deberá comunicarlo, previamente y de manera fehaciente, a las adjudicatarias. En este caso, concurrirá la causa de fuerza mayor que justifica el ERTE”. Destacando esto último, con un análisis de esta misma temática, *vid.* FERRANDO GARCÍA, F. Mª. “Los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada...”, *op. cit.*, p. 78.

⁸⁴ STS de 25 de enero de 2021 (Rec. 125/2020). Y también en dicho sentido: SAN de 21 de septiembre de 2020 (Autos núm. 125/2020), confirmada por STS de 17 de marzo de 2021 (Rec. 14/2021) –si bien sin analizar específicamente esta cuestión–.

⁸⁵ STS de 18 de noviembre de 2021 (Rec. 178/2021). En la misma línea, *vid.* SSTSJ de Castilla y León de 16 de julio de 2020 (Rec. 199/2020), 15 de octubre de 2020 (Rec. 1230/2020), de 20 de octubre de 2020 (Rec. 332/2020), de 21 de enero de 2021 (Rec. 1844) y de 30 de noviembre de 2021 (Rec. 1665/2020).

17ª ET, *vid.* STSJ del País Vasco de 15 de septiembre de 2020 (Rec. 822/2020).

⁸⁰ Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

⁸¹ Precepto reformado por Disp. Adicional 9ª del RD 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019. Reforma que, respecto del inciso reproducido, implica eliminar la referencia al carácter automático de la suspensión e introducir la posibilidad de suspensión total o parcial.

gislativa confusa –que, por un lado, guardó silencio en la materia, omitiendo toda referencia expresa a tal inserción, y que, por otro lado, sí reconoció la situación legal de desempleo de quienes no fuesen objeto de llamamiento⁸⁶–. Discrepancias así mismo visibles en las resoluciones judiciales que abordaron dicha temática: mientras algunas apuntaron a la obligación de incorporación de aquellos trabajadores ya objeto de llamamiento⁸⁷, otras, en cambio, negaron tal deber de la empresa, ya se hubiese iniciado o no la campaña correspondiente⁸⁸. En cualquier caso, una reforma posterior –por RD-ley 11/2021– ha dilucidado la cuestión al señalar el deber empresarial de incorporación de fijos-discontinuos durante el denominado periodo teórico de llamamiento y, a falta de actividad por circunstancias vinculadas al COVID, su inserción en el ERTE⁸⁹.

Finalmente, en el marco de este epígrafe, no puede dejar de referirse que también la aplicación de los ERTE a los trabajadores temporales –expresamente referida por la Disp. Adicional 14^a del RD-ley 11/2020⁹⁰– ha

⁸⁶ Ex art. 25.6 RD-ley 8/2020, objeto de reforma por RD-ley 15/2020.

⁸⁷ SAN de 14 de diciembre de 2020 (núm. 125), a cuyo tenor, en el caso de trabajadores fijos discontinuos con efectivo llamamiento cuya posterior incorporación es rehusada por la empresa, "existiendo un deber del empresario de incorporar a los trabajadores afectados en una fecha determinada, si dicha incorporación no pudo llevarse a cabo por la existencia de una fuerza mayor que obliga a suspender su prestación efectiva de servicios (art. 45.1 i del E.T), lo correcto hubiera sido actuar con relación a los mismos en la forma en que prescriben con carácter general el art. 47 E.T y con carácter excepcional el art. 22 del RD-ley 8/2020". Así mismo, también en esta línea, *vid.* STSJ de Castilla y León de 13 de octubre de 2020 (Rec. 1586).

⁸⁸ SSTSJ de Valencia de 2 de junio y 29 de septiembre de 2020 (Rec. 7/2020, Rec. 10/2020), señalando esta última: "en especial con el nuevo contenido del art. 25 apartado 6 del RD-L 8/2020, no se puede apreciar (...) que la exclusión de los trabajadores fijos discontinuos de la garantía del ERTE constituye una diferencia de tratamiento lesivo del derecho fundamental a la igualdad ex art. 14 CE y art. 17 del E.T., al privarles de una garantía esencial que se reconoce al resto de la plantilla incluida en el ERTE".

⁸⁹ Disp. Adicional 3^a del RD-ley 11/2021.

⁹⁰ Según esta, en efecto, "En todo caso, las medidas previstas en los artículos 22 a 28 de RD-ley 8/2020 (...) resultarán de aplicación a todas las personas trabajadoras, con indepen-

precisado de una singular regulación. Tal fue la arbitrada con objeto de contrarrestar una regla generadora de especial vulnerabilidad para dicho colectivo: el transcurso, conforme a las reglas generales, de la duración pactada aún en suspenso el contrato temporal⁹¹, de modo que, a salvo disposiciones singulares, inclusive en ERTE, alcanzado el término final del contrato temporal, este se extinguiría. La respuesta fue articulada por RD-ley 9/2020 cuyo art. 5 dispuso que la suspensión de los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo e interinidad, por las causas previstas en los arts. 22 y 23 del RD-ley 8/2020 determina la interrupción del cómputo, tanto de la duración de estos contratos, como de los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido.

2.3.3. *Controversias suscitadas en el marco del proceso de selección de los trabajadores afectados*

Los tribunales también se han pronunciado en relación con el proceso de selección de los trabajadores afectados por los ERTE COVID, extrapolarlo a estos últimos algunas de las reglas clásicas de ordenación de tal fase del procedimiento en expedientes suspensivos. Tal es el caso, en primer término, de la prioridad de permanencia de los representantes legales y sindicales en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas, expresada por el art. 68.b) ET –al que se remite implícitamente el art. 10.3 LOLS– y que se ha considerado extensible a los ERTE COVID. Pues, "aunque el RD-ley 8/2020 no articule expresamente la prerrogativa del art. 68 del ET, tampoco la elimina y no cabe (...) interpretar el silencio del legislador de forma extensiva y me-

dencia de la duración determinada o indefinida de sus contratos".

⁹¹ Al disponer el art. 7 del RD 2720/1998 que "La suspensión de los contratos de duración determinada en virtud de las causas previstas en los artículos 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores no comportará la ampliación de su duración, salvo pacto en contrario".

nos aún cuando se trata de la interpretación de un derecho fundamental”, en este caso, como es obvio, la libertad sindical⁹². Lo que, sin embargo, no implica la imposibilidad de inclusión de tales representantes en el expediente⁹³, señaladamente de acreditarse la inexistencia de puestos susceptibles de desempeño por representantes no liberados⁹⁴.

Y, por supuesto, la selección operada debe resultar conforme a los principios de igualdad y no discriminación, sustentándose en criterios objetivos. Temática abordada por alguna resolución: así, tras impugnarse un ERTE (por causas productivas vinculadas al COVID) en el que se incluyó un elevadísimo número de trabajadores en situación de IT. Supuesto en el que, pese a apreciarse indicio de discriminación, este se estima desvirtuado habida cuenta la acreditación de un criterio neutro, por lo demás objeto de negociación –la adscripción voluntaria–, destacando así mismo la resolución la ausencia de trato desigual, toda vez que los trabajadores incluidos en el ERTE percibieron un complemento por IT y se beneficiaron de las mejoras acordadas en el expediente⁹⁵.

3. CLÁUSULA DE SALVAGUARDA Y VETO AL DESPIDO POR FUERZA MAYOR Y POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN VINCULADAS AL COVID

Con idéntico objeto –el sostén del empleo–, paralelamente a la articulación de herramien-

⁹² STSJ de Madrid de 16 de julio y de 11 de diciembre de 2020 (Rec. 295/2020 y Rec. 703/2020).

⁹³ STSJ del País Vasco de 24 de septiembre de 2020 (Rec. 970/2020), que señala: “el pronunciamiento de la Sala es reconociendo la prioridad de permanencia de los representantes (...), sin que podamos concluir como se pretende, que los mismos no estén incluidos en el ERTE, sino solo que tienen tal prioridad y que la misma debe ser aplicada por la empresa en el ERTE de referencia”. Así como STSJ de Andalucía de 5 de noviembre de 2020 (Rec. 919/2020), que destaca que la prioridad analizada no es absoluta.

⁹⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de diciembre de 2020 (Rec. 1927/2020).

⁹⁵ SAN de 17 de julio de 2020 (Rec. 137/2020).

tas para la pervivencia de los contratos de trabajo –los propios ERTE ya analizados–, la normativa de urgencia establece previsiones dirigidas a contener las extinciones contractuales o, cuando menos, a “sancionar” su recurso, anudando consecuencias negativas a este. Esto último persigue, en primer término, el denominado compromiso de salvaguarda del empleo, recogido en la Disp. Adicional 6ª del RD-ley 8/2020, a cuyo tenor, en una parquísima versión original, las medidas extraordinarias en el ámbito laboral contempladas por dicha norma se hallan sujetas al compromiso de mantenimiento del empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad. Y es evidente el propósito limitativo de extinciones y despidos perseguido por el art. 2 del RD-ley 9/2020, posteriormente, art. 2 de la Ley 3/2021⁹⁶. Precepto, a cuyo tenor –en una redacción, desde sus inicios, inalterada–, “La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los arts. 22 y 23 del RD-ley 8/2020, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”.

3.1. Cláusula de salvaguarda

Conviene, a modo de premisa, presentar siquiera someramente la cláusula de salva-

⁹⁶ Sobre la tramitación parlamentaria del RD-ley 9/2020, puede consultarse ROJO TORRECILLA, E. “Despido y garantías del mantenimiento del empleo. Régimen normativo e interpretación jurisprudencial. El debate judicial y doctrinal”. Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social. N. 149 (2021), pp. 41-48. El precepto fue objeto de sucesivas prórrogas: por RD-ley 24/2020, hasta el 30 de septiembre de 2020; por RD-ley 30/2020, hasta el 31 de enero de 2021; por RD-ley 2/2021, hasta el 31 de mayo de 2021; por RD-ley 11/2021, hasta el 30 de septiembre de 2021. Tras la tramitación parlamentaria correspondiente, la regla se incorpora al art. 2 de la Ley 3/2021, cuya vigencia queda limitada al 31 de mayo de 2021 (Disp. Final 2ª de la Ley 3/2021). Por su parte, el art. 5.6 del RD-ley 18/2021 establece: “Los artículos 2 y 5 de la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, permanecerán vigentes hasta el 28 de febrero de 2022”.

guarda, tras su aprobación inicial –en los escuetos términos referidos– objeto de interpretación –auténtica–, desarrollo y reformas múltiples. Así, en cuanto a lo primero, ya la Disp. Adicional 14ª del RD-ley 11/2020 apela a una valoración del compromiso “en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo o una relación directa con eventos o espectáculos concretos, como sucede, entre otros, en el ámbito de las artes escénicas y musicales, cinematográfico y audiovisual”⁹⁷. A lo que se añade, además, una previsión de suma relevancia, respecto de los contratos temporales: así, al señalarse que su extinción no determinará el incumplimiento del compromiso cuando se produzca “por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación”. Y debe referirse, así mismo, la reforma operada la Disp. Final 1ª.3 del RD-ley 18/2020 que desarrolla y completa la Disp. Adicional 6ª del RD-ley 8/2020, precisando aspectos esenciales para su aplicación: de manera señalada, *dies a quo* a efectos de cómputo del plazo de los 6 meses, enumeración de extinciones vetadas y compatibles con el compromiso, así como consecuencias anudadas al incumplimiento.

De modo que, en su versión final, tal cláusula supedita la aplicación de las medidas extraordinarias previstas en el art. 22 del RD-ley 8/2020 al mantenimiento del empleo durante el periodo de 6 meses posteriores a la reanudación de la actividad, a su vez expresamente definida como la reincorporación al trabajo efectivo

⁹⁷ A lo que han de sumarse diversos Criterios dictados por la Dirección General de Trabajo –en su día, de 7 y 11 de abril de 2020–, también con propósito clarificador. Una crítica a la citada Disp. Adicional, al estimarse una regla interpretativa “auténtica”, sin embargo, escasamente clarificadora, en MOLINA NAVARRETE, C. “La COVID-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, N. 446 (2020), p. 6.

de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla. A tal efecto, según precisa la norma, concurre incumplimiento del compromiso de procederse al despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes, con las siguientes excepciones: despido disciplinario declarado procedente; extinción del contrato por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora; fin del llamamiento de los trabajadores fijos-discontinuos, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo; y extinción de contratos temporales por expiración del tiempo convenido, realización de la obra o servicio pactado o imposibilidad de desarrollo inmediato de la actividad objeto de contratación. Y la Disp. Analizada establece, así mismo, en su última versión, el mandato de adaptación a las particularidades de ciertos sectores y empresas –señaladamente de aquellas que presenten una alta variabilidad o estacionalidad en el empleo–, así como las empresas exentas de cumplimiento –aquellas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del art. 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal–. Tal incumplimiento, finalmente, comporta el deber de reintegro del importe total de las cotizaciones de cuyo pago las empresas resultasen exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes.

Se ha destacado –y resulta ilustrativo a efectos de presentación de la figura– el paralelismo o similitud de la cláusula de salvaguarda con las medidas de fomento del empleo dirigidas a impulsar la contratación de ciertos colectivos o la transformación de fórmulas atípicas –de duración determinada y a tiempo parcial– en contratos por tiempo indefinido y/o a jornada completa. Supuestos en que el acceso a la ayuda pública conlleva, así mismo, un compromiso de mantenimiento del empleo correspondiente durante un tiempo determinado⁹⁸. Sí es novedosa, ciertamente, la

⁹⁸ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “Límites al despido por COVID: alcance y significado de la “prohibición

vinculación de dicho mantenimiento al previo recurso a medidas de ajuste temporal bonificadas. Con todo, el esquema “general” cuenta con antecedentes.

Muy ligado al debate relativo a la aplicación del art. 2 del RD-ley 9/2020 –al que se dedica el epígrafe siguiente– surge el vinculado al incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo⁹⁹. Las discrepancias en la doctrina científica y judicial podrían sintetizarse, “en boca” de los tribunales, como sigue: mientras hay “quien sostiene que [ello] vicia el despido en sí mismo, otros consideran que sus efectos son de índole puramente administrativa (reintegro de las cotizaciones objeto de exoneración, con recargo e intereses de demora)”¹⁰⁰ –y esto último, además, en términos no siempre pacíficos–. Ciertamente, con anterioridad a la crisis sanitaria, los tribunales concluyeron, en ocasiones, la improcedencia del despido transgresor del compromiso alcanzado en acuerdo de empresa¹⁰¹. Con todo, en otros casos, la apreciación de causas nuevas o el empeoramiento de las ya existentes amparó, en una suerte de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, una declaración de procedencia¹⁰². Calificaciones que, si bien recayeron en supuestos sustancialmente diferentes –al carecer aquellos compromisos de amparo legal

alguno–, auguraban al menos diversas alternativas.

Una conclusión similar parece alcanzarse en el marco de la crisis sanitaria, señaladamente tras la flexibilización operada por la Disp. Adic. 14^a del RD-ley 11/2020: la norma, según la interpretación al uso, circunscribe los efectos de la transgresión al ámbito de la Seguridad Social y no contempla impacto alguno sobre la relación de trabajo, ni sobre su extinción¹⁰³, por lo que no afecta a una hipotética calificación de esta¹⁰⁴. Su “razón de ser” –“recaudatoria: reintegro de las cotizaciones percibidas”– es, pues, diferente a la de la prohibición de despido contemplada por el art. 2 del RD-ley 9/2020¹⁰⁵.

3.2. Veto al despido por fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción vinculadas al COVID

Bajo la rúbrica “Medidas extraordinarias para la protección del empleo”, el art. 2 del RD-ley 9/2020 (posteriormente, art. 2 de la Ley 3/2021) expresa, en términos lógicamente

de despedir” y la cláusula de salvaguarda”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, N. 454 (2021), p. 30, nota 19.

⁹⁹ Es frecuente, en efecto, el análisis conjunto, en sede judicial, de la contravención de ambas reglas: la Disp. Adicional 6^a del RD-ley 8/2020 y el art. 2 del RD-ley 9/2020. Así, entre otras, en SSTSJ del País Vasco de 5 de julio de 2021 (Rec. 1128/2021) y de Asturias de 26 de mayo 2021 (Rec. 843/2021), así como de 27 de julio 2021 (Rec. 1574/2021).

¹⁰⁰ STSJ del País Vasco de 5 de julio de 2021 (Rec. 1128/2021).

¹⁰¹ Así lo recuerda MOLINA NAVARRETE, C. “La COVID-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible...”, *op. cit.*, p. 13, con cita de la STS de 23 de octubre de 2018 (Rec. 2715/2016), en un supuesto en que concurre un acuerdo de empresa comprensivo de medidas de reorganización productiva y reducción salarial, así como de un compromiso de no recurrir a despidos, individuales y colectivos, por causas económicas y productivas, durante un periodo determinado.

¹⁰² Destacando esto último MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “Límites al despido por COVID...”, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰³ CAVAS MARTÍNEZ, F. “Calificación de los ceses laborales por fuerza mayor y causas ETOP relacionadas con la COVID-19”. <https://www.net21.org/despido-por-covid-19/>

¹⁰⁴ CABEZA PEREIRO, J. “ERTE y garantía de ocupación...”, *op. cit.* p. 27. En cuanto a resoluciones sobre el particular, pueden citarse las SSTSJ de Asturias de 26 de mayo 2021 (Rec. 843/2021), así como de 27 de julio 2021 (Rec. 1574/2021): “Del contenido de tales disposiciones [la Disp. Adicional 6^a del RD-ley 8/2020 y el art. 2 del RD-ley 9/2020] resulta que ninguna de ellas establece una prohibición de despedir, ni tampoco la sanción de nulidad para el caso de la extinción del contrato o del despido de las personas afectadas por los expedientes de suspensión de contratos del artículo 22 del Real Decreto Ley 8/2020, cuando hay un incumplimiento de la empresa del compromiso de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad que conlleve la sanción de nulidad”. Igualmente, en esta materia, STSJ Madrid 2 de febrero 2021 (Rec. 18/2021).

¹⁰⁵ MOLINA NAVARRETE, C. “El despido con causa irreal ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada? (comentario a la STSJ de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre)”. Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, N. 455 (2021), p. 244.

te negativos, un veto, prohibición o limitación –dependiendo de las interpretaciones más adelante glosadas–: extinciones y despidos no pueden sustentarse en fuerza mayor y causas económicas, técnicas, organizativas o de producción vinculadas al COVID, por consiguiente, sólo son susceptibles de amparar ERTES, bien suspensivos, bien de reducción de jornada, *ex arts. 22 y 23 del RD-ley 8/2020*. De producirse, como consecuencia de la crisis sanitaria –estimada temporal o coyuntural–, una imposibilidad de desarrollo de la actividad empresarial o dificultades económicas, técnicas, organizativas o de producción –por consiguiente, igualmente temporales o coyunturales–, resulta vetada, precisamente por tal naturaleza temporal, la opción o disyuntiva, entre medidas de flexibilidad interna o medidas de flexibilidad externa (despidos, individuales o colectivos). Eliminada esta última alternativa –que, sin duda, debilitaría enormemente la estrategia de mantenimiento del empleo– la norma obliga al recurso a las herramientas de regulación temporal de empleo. Se trata, según expresa la exposición de motivos del RD-ley y de la propia Ley, de que “las causas a que se refieren los arts. 22 y 23 del RD-ley 8/2020, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual”. Esto es, como han recordado algunas resoluciones, “este precepto [el art. 2 del RD-ley 9/2020] no hace sino recoger una consolidada doctrina según la cual el despido colectivo en cuanto medida de flexibilidad externa no puede fundarse en causas de carácter coyuntural o temporal que puedan ser superadas mediante medidas de flexibilidad interna que tengan tal carácter como son las suspensiones de contrato o las reducciones temporales de jornada, ni tales medidas resultan aptas para solventar crisis estructurales”¹⁰⁶.

¹⁰⁶ SAN de 14 de julio de 2021, núm. 122/2021.

A falta de precisión legislativa sobre el particular –cuya ausencia, por cierto, es objeto de denuncia reiterada y, en ocasiones, especialmente vehemente¹⁰⁷–, muy tempranamente, la doctrina planteó el debate relativo a la calificación de la extinción o despido transgresores de la limitación o prohibición expresada por el art. 2 del RD-ley 9/2020. Así, mientras para algunos sólo cabría, a falta de precisión normativa y conforme a la jurisprudencia en materia de despido sin causa real o suficiente, la declaración de improcedencia¹⁰⁸, otros defienden, al amparo de múltiples argumentaciones, la nulidad¹⁰⁹, en su caso, con excepciones –de acreditar el empleador que la prolongación de la situación provoca “daños irrazonables” al empresa¹¹⁰–.

Y el debate se trasladó, así mismo, a los tribunales, en los que, a la espera de unifica-

¹⁰⁷ MOLINA NAVARRETE, C. “La pretendida “prohibición de cese laboral” en tiempos de COVID-19: “vicios” de una “legalidad (administrativa) sin derecho””, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N. 1 (2020), p. 91.

¹⁰⁸ En dicho sentido, entre otros, *vid.* CRUZ VILLALÓN, J. “Las medidas de evitación de la destrucción de empleo ...”, *op. cit.*, p. 616; CAVAS MARTÍNEZ, F. “Calificación de los ceses laborales por fuerza mayor y causas ETOP relacionadas con la COVID-19”, <https://www.net21.org/despido-por-covid-19/>, p. 3 y siguientes; BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Covid-19 y medidas sociolaborales de emergencia (RD-ley 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 y 13/20)”, *lusLabor*, N. 1 (2020), p. 59.

¹⁰⁹ BAYLOS GRAU, A. “Despidos colectivos en los tiempos del COVID”. *Revista de Derecho Social*, N. 92 (2021), p. 10, que aboga por “leer el texto del art. 2 del RD-L 9/2020 en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social (...), operación interpretativa [que] posibilitaría adoptar la declaración de nulidad como el efecto más apropiado”.

¹¹⁰ MOLINA NAVARRETE, C. “El despido con causa irreal...”, *op. cit.*, p. 244: “el art. 2 del RD-L 9/2020 (...) debe ser interpretado, en línea de principio, como una auténtica prohibición de despedir y (...) el derecho a la reparación adecuada se concreta en la nulidad (readmisión obligatoria)”; interpretación derivada de una “relectura de nuestra legislación nacional a la luz de los preceptos sociales internacionales” (arts. 10 del Convenio 158 OIT y 24 de la Carta Social Europea revisada), pero que “debe ser compatible con una regla de excepción”. En la materia también pueden consultarse, a modo de debate, las aportaciones de CAVAS MARTÍNEZ, F. “Calificación de los ceses laborales por fuerza mayor y causas ETOP relacionadas con la COVID-19”, así como MARTÍNEZ MORENO, C. “Calificación del despido contario a la normativa COVID-19”, en <https://www.net21.org/despido-por-covid-19/>

ción por el TS, también es patente una acusada división¹¹¹. En dichos pleitos, la labor de jueces y magistrados se desarrolla en dos fases: en primer término, la identificación del móvil o motivación que verdaderamente sustenta el despido o extinción cuestionados, determinando que tal es una causa que debe, *ex arts. 22 y 23 del RD-ley 8/2020*, producir una suspensión o reducción de jornada y no, habida cuenta lo dispuesto por el art. 2 del RD-ley 9/2020, la rescisión del vínculo; en segundo lugar, apreciada causa de ERTE y, por tanto, vulneración de dicha regla, ha de procederse a la calificación, bien como improcedente, bien como nulo, del despido practicado.

En cuanto a lo primero –la identificación de la causa en que se fundamenta el despido, individual o colectivo–, se ha subrayado la necesidad de desvelar el impacto de la pandemia en la empresa y su contribución a las dificultades económicas, técnicas, organizativas o de producción esgrimidas por la empleadora. Debe destacarse, en dicho sentido, una argumentación especialmente incisiva, sustentada en la apreciación de la presunción *iuris tantum* –salvo prueba de causalidad totalmente ajena al estado de alarma y sus consecuencias– de despido vinculado al COVID-19 en los términos de los arts. 22 y 23 del RD-ley 8/2020, por consiguiente, “irregular”. De modo que “toda resolución contractual no procedente por sus propias causas, está vinculada con la pandemia y es ilegal, cualquiera que sea la forma y motivación”¹¹².

Deben referirse, por otro lado, resoluciones en que jueces y magistrados han sorteado estrategias empresariales dirigidas a eludir la aplicación del art. 2 del RD-ley 9/2020, en otras ocasiones también dificultada por las complejas circunstancias concurrentes. Así, alegadas causas previas a la pandemia e in-

justificada la demora de la empresa en la toma de la decisión extintiva –post-puesta meses hasta producirse la crisis sanitaria–, el Tribunal concluye que esta última es el detonante auténtico del despido, lo que implica, a su vez, incumplimiento de la prohibición expresada por el legislador y, correlativamente, fraude de ley *ex art. 6.4 CC*¹¹³. En sentido contrario, sin embargo, algunas sentencias, dictadas ya en casación concluyen la inaplicación del art. 2 del RD-ley 9/2020, habida cuenta la apreciación de causas estructurales –por tanto, justificativas de despidos, en su caso colectivos– y no coyunturales –que sustentan, en cambio, expedientes temporales–. Lo que pone de manifiesto la convivencia de ERTEs extraordinarios o vinculados al COVID y despidos –individuales y colectivos– por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, lo que, como es obvio, suscita dificultades de deslinde¹¹⁴.

Al margen de lo expuesto, en ocasiones, a efectos de aplicación del art. 2 del RD-ley 9/2020, el cumplimiento de la premisa –la identificación de la causa vinculada al COVID– resulta dificultado por la concurrencia de una circunstancia interpuesta. Tal es el caso de la rescisión de contrata, concebida por los tribunales como causa o motivación inmediata del despido, sin atender, en cambio, “a la causa de esta causa”, la propia crisis sanitaria determinante de aquella extinción del contrato mercantil. La pandemia queda así descartada por no conformar, tal y como expresa literalmente el art. 22 del RD-ley 8/2020 –al que se remite el art. 2 del RD-ley 9/2020– “causa directa” de los despidos, sino sólo su causa última o mediata. Lo que, finalmente, conduce a la inaplicación de la norma

¹¹¹ Un listado exhaustivo de las resoluciones de instancia y suplicación dictadas en la materia en el blog del Profesor BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ: <https://ignasibeltran.com/extincion-contrato-despido-covid/#extinci%C3%B3ncovid>

¹¹² Dicha argumentación en las SSTSJ del País Vasco de 23 de febrero y 4 de mayo de 2021 (Rec. 57/2021 y Rec. 6/2021).

¹¹³ STSJ del País Vasco de 26 de enero de 2021 (Rec. 1583/2020), siendo objeto de demanda y posterior recurso de suplicación un despido objetivo, producido en abril de 2020 pero sustentado, según la empleadora, en causa económica referida ya a diciembre de 2019. Lo que se interpreta como una maniobra para “esquivar o evitar la aplicación de la norma”, el art. 2 RD-ley 9/2020.

¹¹⁴ SSTJ de 15 y 16 de diciembre de 2021 (196/2021 y 210/2021).

de urgencia, enjuiciando el supuesto a la luz, exclusivamente, de las normas y jurisprudencia “ordinarias”¹¹⁵. Interpretación literal a la que cabría contraponer la dicción, también literal, del art. 23 del RD-ley 8/2020, que alude, sin más, a causas económicas, técnicas organizativas o de producción “relacionadas con el COVID-19”, así como una interpretación teleológica y auténtica de la legislación de urgencia, respetuosa, por tanto, con el objetivo perseguido por la norma y con la voluntad del legislador, en síntesis “potenciar las medidas de flexibilización y paralizar las extintivas, ante una grave crisis que –en aquel momento– se entendía mucho más ‘coyuntural’ que en el momento actual”¹¹⁶.

Y es que resulta perceptible un cierto impacto del elemento temporal: la prolongación de la pandemia –sin duda, más allá de lo imaginable en la primavera de 2020– incide en la apreciación de causas vinculadas al COVID en los términos de los arts. 22 y 23 del RD-ley 8/2020. Dado que estos arbitraron soluciones extraordinarias ante una situación estimada puntual, no es de extrañar el recurso, en los últimos meses, con objeto de justificar despidos –a menudo, colectivos–, a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en cambio, de naturaleza estructural y, por tanto, desconectadas del COVID. Así, como ya se ha indicado, aludiendo a circunstancias efectivamente originadas ya antes de la declaración del estado de alarma y derivadas de disfunciones intrínsecas del sector¹¹⁷ o, por el contrario,

progresivamente convertidas en estructurales por el empeoramiento de la situación de la empresa¹¹⁸ o, incluso –y aquí surgen con fuerza las dudas–, por la perdurabilidad misma de la crisis sanitaria.

Por otro lado, resolviendo la cuestión nuclear, relativa a la calificación jurídica de la decisión extintiva vulneradora de la regla estipulada por el art. 2 del RD-ley 9/2020, las sentencias de suplicación hasta el momento recaídas no ofrecen fallos homogéneos. Por un lado, aquellas que sustentan la mera improcedencia del despido¹¹⁹ atienden, en esencia, a las consideraciones siguientes, a su vez muy vinculadas a la doctrina judicial en materia de despido sin causa¹²⁰. Todas ellas fijan su atención, en primer término, en el tenor literal de la norma, extrayendo conclusiones de lo expresamente consignado y, así mismo, de lo omitido por el legislador. En cuanto a lo primero, conformando el elemento central de dichas tesis, jueces y magistrados deducen –en concreto, de la expresión “no se podrán entender como justificativas de la extinción”– la configuración, no de una prohibición, sino de una limitación de las causas en que pueden ampararse despidos objetivos

¹¹⁵ Tal supuesto en STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2020 (Rec. 50/2020), aplicando la doctrina sentada en STS de 3 de mayo de 2016 (Rec. 3040/2014), a cuyo tenor la rescisión de una contrata puede tener virtualidad como causa productiva u organizativa. Sobre esta última doctrina, más recientemente, *vid.* STS de 18 de noviembre de 2020 (Rec. 62/2020).

¹¹⁶ Conforme indica el Magistrado Joan Agustí Maragall, en el voto particular a la citada STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2020 (Rec. 50/2020). En dicha línea también, en un comentario detallado de dicha resolución, *vid.* ROJO TORRECILLA, E. “Despido y garantías del mantenimiento del empleo...”, *op. cit.* p. 51.

¹¹⁷ STS de 15 de diciembre de 2021 (Rec. 196/2021), supuesto en que se estima acreditado que “el despido colectivo tiene su origen en la crisis estructural del negocio de troquele-

ría, causada por el descenso en el lanzamiento de nuevos modelos motivado por la transformación que está experimentando el sector de la automoción, lo que determinó un descenso continuado de las ventas (...) desde el año 2017”.

¹¹⁸ STS de 16 de diciembre de 2021 (Rec. 2010/2021).

¹¹⁹ Entre otras, SSTSJ de Galicia 11 de marzo 2021 (Rec. 150/2021), de Castilla y León de 26 de marzo 2021 (Rec. 300/2021), de Cataluña de 31 de marzo y 23 de abril de 2021 (Rec. 3825/2020 y Rec. 826/2021), de Aragón de 13 de abril 2021 (Rec. 179/2021), de Andalucía de 16 de junio 2021 (Rec. 845/2021), de Valencia de 22 de junio de 2021 (rec.784), al igual que los votos particulares a resoluciones favorables a la nulidad (Voto Particular a la STSJ del País Vasco de 4 de mayo de 2021 (Rec. 6/2021)

¹²⁰ Sobre esta, *vid.* SSTSJ de Cataluña de 21 de julio de 2020 (Rec. 4708/2019) –parcialmente reproducida por la citada STSJ de Cataluña de 31 de marzo de 2021 (Rec. 3825)–, de Andalucía de 19 de noviembre de 2020 (Rec. 1795/2019) y de Madrid de 25 de noviembre de 2020 (590/2020), a su vez sustentada en jurisprudencia ya sentada: así, más recientemente, entre otras en las SSTs de 29 de septiembre de 2014 (Rec. 3248/2013), 5 de mayo de 2015 (Rec. 2659/2013).

procedentes¹²¹. De modo que la contravención de tal limitación conlleva, a *contrario sensu*, la improcedencia. Tal disyuntiva –procedencia o improcedencia– acota, por tanto, los términos de la controversia interpretativa, quedando al margen la declaración de nulidad¹²², reservada –y este es otro de los argumentos aducidos– a supuestos tasados considerados de especial gravedad, de apreciarse vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como en las situaciones conexas listadas (arts. 53.4 y 55.5 ET). A su vez, al concebirse la regla objeto de análisis como una limitación –y no como una prohibición– queda descartada, así mismo, la aplicación del art. 6.3 CC¹²³, a cuyo tenor son nulos de pleno derecho aquellos actos contrarios a normas *imperativas y prohibitivas*, con la salvedad, además, de que “en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Por lo que, puesto que el art. 2 del RD-ley 9/2020 no ostenta carácter prohibitivo y toda vez que sí hay “norma” especial –la laboral– de la que inferir otra consecuencia –la improcedencia–, no es de aplicación el citado art. 6.3 CC¹²⁴. Y se rechaza, del mismo modo, la aplicación del art. 6.4 CC a cuyo amparo, como se verá, también se sustentaron tesis pro nulidad. Así, por un lado, al ser la consecuencia del fraude de ley, según el citado

art. 6.4 CC, no la nulidad del acto fraudulento, sino “la aplicación de la consecuencia que, a través de la instrumentalización del fraude, se trata de evitar”, cual es “que no existen causas para la hábil extinción”, lo que, a su vez, determina la improcedencia¹²⁵. De modo más expeditivo, se ha alegado el art. 4.3 CC, a cuyo tenor el CC es de aplicación “supletoria” en defecto de regulación específica, que, en este caso, sí se estima existente¹²⁶. Desde otra perspectiva, como se ha adelantado, el silencio del legislador –reiterado o incluso pertinaz, habida cuenta las sucesivas oportunidades de enmienda (en el marco de la tramitación parlamentaria del RD-ley 9/2020¹²⁷ o en las múltiples normas de urgencia dictadas)– también se erige en argumento en el que sustentar la improcedencia. Y recalcan, así mismo, las resoluciones que abogan por esta doctrina que la misma ni es contraria al Derecho Internacional y al Derecho Europeo, ni tampoco vulnera precepto alguno del texto constitucional¹²⁸. Finalmente, en clave de contexto, también se ha referido la inesperada prolongación de la pandemia y la vinculación a esta de casi cualquier extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuya nulidad –“generalizada”– podría comprometer la viabilidad de muchas empresas¹²⁹.

¹²¹ STSJ Andalucía de 16 de junio 2021 (Rec. 845/2021), a cuyo tenor “lo que se está haciendo esa norma [el art. 2 del RD-ley 9/2020] es restringir la causalidad de las medidas, privando a las decisiones empresariales que se basasen en aquellas causas de su virtualidad extintiva. Pero tal restricción solo operaría en ese plano causal”.

¹²² STSJ de Cataluña de 31 de marzo de 2021 (Rec. 3825/2020): “la duda hermenéutica, cuando concurren causas objetivas vinculadas a la crisis sanitaria, se sitúa entre la declaración de improcedencia por no poder, en la excepcionalidad, utilizar las mismas para la hábil y lícita extinción. O la de procedencia del despido, en función de si existe o no causa para el despido. Y no entre la declaración de nulidad o improcedencia porque sobre esto nada dice el dador de la norma”. Argumento reiterado en las SSTSJ de Cataluña de 23 de abril de 2021 (Rec. 826/2021) y de Valencia de 22 de junio de 2021 (Rec. 784/2021).

¹²³ STSJ de Aragón de 13 de abril 2021 (Rec. 179/2021).

¹²⁴ SSTSJ de Cataluña de 31 de marzo de 2021 (Rec. 3825/2020) y de 23 de abril de 2021 (Rec. 826/2021), y de Valencia de 22 de junio de 2021 (Rec. 784/2021).

¹²⁵ SSTSJ de Cataluña de 31 de marzo de 2021 (Rec. 3825/2020) y de 23 de abril de 2021 (Rec. 826/2021), y de Valencia de 22 de junio de 2021 (Rec. 784/2021).

¹²⁶ Este argumento, destacando la prevalencia de las normas especiales respecto del título preliminar del CC, en STSJ de Cataluña de 21 de julio de 2020 (Rec. 4708/2019) reproducida por la STSJ de Cataluña de 31 de marzo de 2021 (Rec. 3825/2020).

¹²⁷ Debe recordarse que la inserción expresa de la calificación controvertida –la nulidad– fue objeto de enmienda por los Grupos Parlamentarios Republicano y EH Bildu, siendo finalmente rechazada. Sobre dicha tramitación parlamentaria, *vid.*, de modo detallado, ROJO TORRECILLA, E. “Despido y garantías del mantenimiento del empleo...”, *op. cit.* p. 44-48.

¹²⁸ De nuevo, SSTSJ de Cataluña de 31 de marzo de 2021 (Rec. 3825/2020) y de 23 de abril de 2021 (Rec. 826/2021) y, con análisis desde una óptica constitucional, así como del Convenio 158 de la OIT, de la Carta Social Europea y de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

¹²⁹ SSTSJ de Cataluña de 31 de marzo de 2021 (Rec. 3825/2020) y de 23 de abril de 2021 (Rec. 826/2021).

Por su parte, las sentencias que concluyen la nulidad de los despidos que contravienen lo dispuesto por el art. 2 del RD-ley 9/2020¹³⁰ atienden a otros fundamentos, que cabría sintetizar y sistematizar como sigue. Conviene destacar, en primer término, la propia naturaleza de la norma, según subrayan algunas resoluciones, excepcional y de derecho necesario, por consiguiente indisponible por cualquiera de los sujetos participantes en las relaciones laborales¹³¹, por lo que “la imposición a los empresarios y trabajadores de un sistema concreto de atender la crisis les ha privado de la disponibilidad de la extinción de los contratos de trabajo, y les obliga a asumir un instrumento concreto fuera del cual, en los supuestos del art. 22 RD-L 8/2020 (...), no hay alternativa: es *ope legis*”¹³². En segundo lugar, también se aduce la interpretación auténtica de la norma, habida cuenta la voluntad del legislador y el objetivo perseguido por aquella –conforme, en este caso, a una hermenéutica teleológica–, siendo este el de “dar total preferencia a los mecanismos de flexibilidad interna –expedientes de suspensión de contratos y de reducción de jornada– frente a los de flexibilidad externa o extinción de los contratos de trabajo”¹³³. En tercer lugar y en conexión con lo anterior, “porque no [es] posible que por la declaración de despido improcedente se produzca lo que no ha querido la norma, y que a la postre se opte por la extinción del contrato mediante una indemnización” –lo que generaría una “quiebra de la misma norma, dejándola sin contenido eficaz”–. De modo que sólo cabe la nulidad del despido vulnerador de la prohi-

bición, pues sólo esta permite “la restitución *ad integrum* del vínculo laboral”¹³⁴ y alcanza a dar aplicación efectiva al citado precepto¹³⁵. Siendo tal nulidad de pleno derecho, a su vez, una consecuencia de la calificación del despido como acto contrario a una norma prohibitiva –art. 6.3 CC¹³⁶– o, desde otra perspectiva, ejecutado en fraude de ley –art. 6.4 CC–; y ello, según se ha precisado en alguna ocasión, aún a falta de mención expresa por el art. 124.11 de la LRJS –al no obstar tal omisión, conforme a la STS de 17 de febrero de 2014 (Rec. 142/2013), la citada nulidad¹³⁷–. Y también con amparo en la norma común, se ha aducido, en defensa de la nulidad, la necesidad de “comprender la tesitura laboral ante la que se dictan las normas que examinamos e interpretarlas en la dinámica del art. 3 CC –realidad social del tiempo en que son aplicadas–”, destacando la sentencia el inusitado proceso de destrucción de empleo que la norma objeto de análisis pretende contener¹³⁸. Incluso los fallos “pro nulidad” se fundamentan en derechos de relevancia constitucional: así, en el derecho al trabajo –art. 35 CE–, en el que se inserta el derecho a no ser despe-

¹³⁴ Otra vez, STSJ del País Vasco de 26 de enero de 2021 (Rec. 1583/2020).

¹³⁵ En la misma línea la STSJ del País Vasco de 4 de mayo de 2021 (Rec. 6/2021) dispone que “tanto esfuerzo legislativo [en referencia al art. 2 del RD-ley 9/2020], no casa con la posibilidad abierta al empresario de acudir o a un despido simulado, o a uno carente de causa, o a una vía de improcedencia que faculte al empresario con la opción que fija el art. 56 ET para obtener lo que expresamente se ha rechazado normativamente, que es la extinción contractual”.

¹³⁶ Este argumento en STSJ del País Vasco de 26 de enero de 2021 (Rec. 1583/2020).

¹³⁷ En dicho sentido, ROJO TORRECILLA, E. “Despido y garantías del mantenimiento del empleo...”, *op. cit.* p. 52, glosando el Voto Particular a la STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2020 (Rec. 50/2020). Destacando, así mismo, que si bien “el legislador no establece de forma expresa la nulidad de los despidos que vulneren el mandato derivado del art. 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, [ello] no resulta imprescindible, pues la nulidad es la consecuencia congruente y ajustada con la normativa de la que forma parte”, *vid.* SSTSJ de Asturias 30 de marzo 2021 (Rec. 384/2021) y de 27 de julio 2021 (Rec. 1384/2021).

¹³⁸ Argumento reiterado por diversas STSJ del País Vasco: entre otras, de 24 de febrero de 2021 (Rec. 200/2021).

¹³⁰ Entre otras, SSTSJ del País Vasco de 26 de enero de 2021 (Rec. 1583/2020), de 23 de febrero de 2021 (Rec. 57/2021), de 24 de febrero de 2021 (Rec. 200/2021), de 4 de mayo de 2021 (Rec. 6/2021), de 5 de julio de 2021 (Rec. 1128/2021), de 14 de septiembre de 2021 (Rec. 1246), así como STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2021 (Rec. 384/2021) y de 27 de julio de 2021 (Rec. 1384/2021).

¹³¹ STSJ del País Vasco de 5 de julio de 2021 (Rec. 1128/2021).

¹³² STSJ del País Vasco de 23 de febrero de 2021 (Rec. 57/2021).

¹³³ De nuevo, STSJ del País Vasco de 26 de enero de 2021 (Rec. 1583/2020).

dido sin justa causa¹³⁹ y en el derecho a la “protección del empleo frente a la pandemia”, “colocado en un rango electivo similar al de la protección de los derechos fundamentales; en el mismo rango que los derechos que determinan la consecuencia de la nulidad del despido”¹⁴⁰. Y también se apuntan, finalmente, argumentos de “legalidad ordinaria” mediante la equiparación de la nulidad del despido transgresor del art. 2 del RD-ley 9/2020 con otras nulidades: así, entre otros supuestos, de apreciarse incumplimiento de requisitos procedimentales preceptivos *ex* arts. 51 ET y 124.11 LRJS o de procederse a despidos objetivos en fraude de Ley –debiendo mediar uno colectivo– *ex* art. 51.1, último inciso, ET. Lo que permite concluir, en los casos de los arts. 51 y 52 ET, una configuración más extensa de la nulidad, integrándose “claramente” el art. 22 RD-Ley 8/2020 en los supuestos de los despidos objetivos, pues “a sus causas se refiere el mismo precepto”¹⁴¹.

Un apunte merecen, sin duda, aquellas resoluciones subsumibles en una suerte de *tertium genus*, toda vez que, si bien se decantan por la improcedencia de las extinciones, establecen así mismo la pertinencia de una indemnización complementaria. Supuestos “excepcionales” en que se conviene que la indemnización prefijada contemplada por la norma laboral “puede no resultar “adecuada” y, por tanto, contraria al (...) artículo 10 del Convenio 158 OIT”, no siendo entonces descartable que se superen los límites legales. A cuyos efectos se apunta la necesidad de concurrencia de “dos requisitos coincidentes”: “por un lado, la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua; por otro, que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión

empresarial extintiva del contrato”¹⁴². Al margen de la solución brindada al caso concreto –en supuestos de contravención del art. 9 RD-ley 9/2020, pero, como es obvio, extrapolable a muchos otros–, tales sentencias, en línea con doctrina autorizada¹⁴³, plantean la necesidad de una reforma del despido¹⁴⁴ y, singularmente, de las consecuencias anudadas a la calificación de improcedencia: así, mediante la formulación de un sistema de cuantificación de las indemnizaciones al menos parcialmente no baremado y vinculado a la ponderación de la lesión producida. De ello pende la articulación de una “sanción” efectivamente disuasoria y, en última instancia, adecuada, de conformidad con el citado art. 10 del Convenio 158 de la OIT y con el art. 24 de la recientemente ratificada Carta Social Europea¹⁴⁵.

¹⁴² Todo ello en SSTSJ Cataluña de 23 de abril 2021 (Rec. 5233/2020), de 20 de mayo 2021 (Rec. 5234/2020) y de 14 de julio 2021 (Rec. 1811/2021).

¹⁴³ BAYLOS GRAU, A. “La reforma ineludible de la indemnización por despido improcedente o despido injustificado”. <https://baylos.blogspot.com/2021/04/la-reforma-ineludible-de-la.html>.

¹⁴⁴ SSTSJ Cataluña de 23 de abril 2021 (Rec. 5233/2020), de 20 de mayo 2021 (Rec. 5234/2020) y de 14 de julio 2021 (Rec. 1811/2021): “Legeferendariamente, sería aconsejable que el legislador efectuara una profunda revisión de nuestro modelo de despido y de extinción de contratos en tanto que el actual marco legal crea obvias disfunciones. Entre éstas resulta destacable que, con excepción de los despidos colectivos, nuestro ordenamiento no contempla en la actualidad ninguna singularidad en la calificación y/o los efectos de los despidos antijurídicos, por tanto, aquellos que sean contrarios a legalidad o incurran en fraude de ley o abuso de derecho. Superada por la doctrina jurisprudencial desde hace ya lustros la figura de la nulidad en estos casos emerge la evidente paradoja de la absoluta equiparación de efectos entre un despido que no supere el juicio de formalidad (por ejemplo, la omisión de la fecha de efectos o la insuficiencia de la misiva extintiva) con aquellos otros en los que la decisión empresarial de poner fin al contrato persigue un fin ilícito o contrario a legalidad”.

¹⁴⁵ Sobre el particular, *vid.* MOLINA NAVARRETE, C. “El despido con causa irreal ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada?..”, *op. cit.*, p. 235: “Frente a un modelo legal nacional rígido, predeterminado y tasado legalmente, mediante soluciones generales y abstractas, el modelo legal social europeo (reflejo del art. 10 Convenio 158 OIT) se basa en soluciones más flexibles y abiertas, ajustables a las circunstancias concurrentes, para que sean realmente, no sólo presuntamente, “adecuadas””.

¹³⁹ STSJ del País Vasco de 26 de enero de 2021 (Rec. 1583/2020).

¹⁴⁰ STSJ del País Vasco de 23 de febrero de 2021 (Rec. 57/2021).

¹⁴¹ Entre otras, STSJ del País Vasco de 24 de febrero de 2021 (Rec. 200/2021).

4. REFLEXIONES FINALES EN TORNO A LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO EN LA ERA POST-PANDEMIA

Son muchas y valiosas las lecciones a extraer, en el plano de las relaciones laborales, de la crisis sanitaria. Las normas entonces ideadas para la protección del empleo –señaladamente, los analizados ERTE vinculados al COVID, así como las medidas complementarias prohibitivas de extinciones– se han revelado eficaces: sin duda, han contenido, de modo destacado, la destrucción de empleo y han contribuido a la generación de una red de protección para los trabajadores. Dichas normas, junto a muchas otras constitutivas de la denominada legislación de urgencia –arbitrando, en particular, disposiciones extraordinarias en el terreno de las cotizaciones o la protección por desempleo–, han revelado un nuevo Derecho de crisis, más sensible y humanizado, en el que nuestra disciplina, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ostenta un lugar central, desplazando teorías económicas en el marco de otras recesiones –sin duda, la financiera de 2008 en adelante– predominantes. Y su impronta, en el Derecho “estructural” del Trabajo, es, tras la reciente reforma operada por RD-ley 32/2021, ya perceptible. Así, como es notorio, en los nuevos arts. 47 y 47 bis del ET, claramente inspirados en los procesos de flexibilización y nuevos mecanismos de ajuste temporal del empleo ideados en tiempos de crisis.

Pero también deben extraerse conclusiones de la interpretación, en sede judicial, de las herramientas de crisis de protección del empleo. Forzoso resulta reconocer, en primer lugar, la difícil tarea en los últimos meses desarrollada por la jurisdicción social. A esta correspondió, en efecto, la interpretación y aplicación de normas de urgencia, habida cuenta la premura impuesta por las circunstancias, no siempre precisas, ni exentas de defectos técnicos y, en no pocas ocasiones, muy pronto superadas por la realidad, extremadamente volátil, de la crisis sanitaria. A ello se sumó otra dificultad: la armonización del Derecho de la emergencia con

el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ordinario o pre-pandémico, ni reformado, ni suspendido por aquél. Lo que ciertamente, en ocasiones, ha permitido, en una interpretación conjunta y sistemática del Derecho, colmar lagunas o resolver disfunciones del Derecho de crisis: así, ha sucedido, en líneas generales, en el marco de los procesos de aplicación de los ERTE vinculados al COVID-19. En otros casos, sin embargo, la dualidad de normas –pre y post crisis– ha suscitado dudas, también en sede judicial. Un ejemplo de esto último, sin duda, son las discrepancias surgidas a raíz de las disposiciones más comprometidas con la protección efectiva de los puestos de trabajo y la contención del desempleo –la cláusula de salvaguarda del empleo y el veto a los despidos por fuerza mayor y causas económicas, técnicas, organizativas o de producción vinculadas al COVID–. A falta de precisión por el legislador –a estas alturas, con toda probabilidad deliberada–, el debate relativo a la calificación de extinciones y despidos transgresores de las cláusulas de protección del empleo –Disp. Adicional 6ª del RD-ley 8/2020 y art. 2 del RD-ley 9/2020 (art. 2 de la Ley 3/2021)– se ha resuelto, afirmando su improcedencia o nulidad, conforme a esquemas clásicos, bien normativos, bien jurisprudenciales. A la espera de la unificación en casación –incluso, al margen de esta–, la polémica, así como las interpretaciones que alimentaron cada una de las posturas, permiten extraer ciertas líneas de tendencia, tal vez inspiradoras de futuras reformas del Derecho estructural del trabajo, señaladamente en materia de despido.

El análisis de la doctrina judicial generada en torno a las cuestiones objeto de estudio pone de manifiesto un modelo extremadamente conservador y rígido en materia de despido. De apreciarse extinciones no ajustadas a Derecho, la calificación, general o al uso, al margen de aquellos supuestos estimados de especial gravedad, es la improcedencia, conformando la sanción de nulidad, en cambio, una última *ratio*. Un esquema cuyas debilidades han quedado al descubierto en el marco de la doctrina judicial aquí objeto de estudio: la alternativa

entre readmisión y extinción indemnizada se revela, como apuntan tanto los fallos que reconocen la nulidad como, en ocasiones, aquellos que optan por la calificación de improcedencia, imperfecta. Si bien es de reconocer el efecto disuasorio desplegado por esta última –pues, a la postre, los empresarios resultaron constreñidos al abono de la indemnización de 33 días–, obvias son, así mismo, las limitaciones de tal solución –a penas de encarecimiento del despido–. Sin duda, por la propia disyuntiva –readmisión *versus* extinción–, pero también por el cariz mismo de la indemnización, tasada y pre-calculable habida cuenta los parámetros salario y antigüedad. Sin duda son loables, señaladamente en un contexto de especial adversidad, los esfuerzos de los juristas –jueces y académicos– en la postulación de interpretaciones garantistas con la protección del empleo. Pero el cambio de paradigma –en el Derecho de la emergencia y, más aún, en el Derecho de Trabajo de la “nueva normalidad”– ha de venir de la mano del legislador. A este corresponde rediseñar y reforzar la respuesta arbitrada por el ordenamiento jurídico, tal vez mediante una configuración más generosa –y, desde luego, expresa y precisa– de la nulidad y, con toda probabilidad, a través de la introducción de mecanismos de modulación y adaptación, en sede judicial, a las concretas circunstancias concurrentes –y lesión producida– de la indemnización por despido improcedente. A ello parecen apuntar, desde luego, la recientemente ratificada Carta Social Europea revisada (art. 24), pero también el ya clásico Convenio 158 de la OIT (art. 10). Y ello conformaría, así mismo, la intervención complementaria a la ya implementada por la reciente reforma laboral en materia ERTE, generando un marco completo, imbricado y, al fin, garantista para el mantenimiento del empleo.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., CASAS BAAMONDE, M. E. (Dir.). *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*. Madrid: Francis Lefebvre, 2020.

BAYLOS GRAU, A.:

- “Emergencia sanitaria, legislación laboral de crisis y diálogo social”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*. N. 149 (2021), pp. 15-35.
- “Despidos colectivos en los tiempos del COVID”. *Revista de Derecho Social*. N. 92 (2021), pp. 7-15.
- La reforma ineludible de la indemnización por despido improcedente o despido injusto”. <https://baylos.blogspot.com/2021/04/la-reforma-ineludible-de-la.html>

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.:

- “Covid-19 y medidas sociolaborales de emergencia (RDley 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 y 13/20)”. *IusLabor*. N. 1 (2020), pp. 45-109.
- Blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales”: <https://ignasibeltran.com/extincion-contrato-despido-covid/#extincio%C3%B3ncovid>

CABEZA PEREIRO, J. “ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas”. *Revista de trabajo y Seguridad Social*, CEF. N. 456 (2021), pp. 11-34.

CAVAS MARTÍNEZ, F. “Calificación de los ceses laborales por fuerza mayor y causas ETOP relacionadas con la COVID-19”. <https://www.net21.org/despido-por-covid-19/>

COLLADO GARCÍA, L. y TRILLO PÁRRAGA, F. J. *ERTE por causas de fuerza mayor y ETOP, especial consideración de la incidencia del COVID-19. Guía práctica*. Albacete: Bomarzo, 2020.

CRUZ VILLALÓN, J. “Las medidas de evitación de la destrucción de empleo ante la emergencia sanitaria: incentivos al retorno del empleo y sanciones frente a la resolución contractual”, en AA.VV. GÓMEZ MUÑOZ, J. M., (Ed.), RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. (Coord.), *Nuevos escenarios del Sistema de Relaciones Laborales derivados del COVID-19*. Albacete: Bomarzo, 2021, pp. 589-626.

DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Cuestiones problemáticas en torno a los expedientes de regulación temporal de empleo de la emergencia sanitaria COVID-19”. *Trabajo y Derecho*, N. 12 (2020), pp. 1-26.

FERRANDO GARCÍA, F. M^a. “Los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada derivados del COVID-19. Estudio de las medidas de ajuste temporal orientadas al objetivo prioritario de mantenimiento del empleo”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*. N. 149 (2021), pp. 71-97.

LÓPEZ GANDÍA, J., LLOBERA VILA, M. “La protección por desempleo y cese de actividad durante el COVID-19”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*. N. 149 (2021), pp. 127-152.

MARTÍNEZ MORENO, C. “Calificación del despido contrario a la normativa COVID-19”. <https://www.net21.org/despido-por-covid-19/>

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “Límites al despido por COVID: alcance y significado de la “prohibición de despedir” y la cláusula de salvaguarda”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, N. 454 (2021), pp. 17-55.

MOLINA NAVARRETE, C.:

- “La COVID-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF. N. 446 (2020), pp. 5-30.
- “La pretendida “prohibición de cese laboral” en tiempos de COVID-19: “vicios” de una “legalidad (administrativa) sin derecho””, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N. 1 (2020), pp. 84-102.
- “El despido con causa irreal ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada (comentario a la STSJ de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre)”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF. N. 455 (2021), pp. 230-246.

- “Las leyes de emergencia pandémica a juicio de los tribunales: entre avales (diálogo) y reverses (conflicto)”. *Revista de trabajo y seguridad social*, CEF. N. 456, 2021, p.161-210.

ROJO TORRECILLA, E. “Despido y garantías del mantenimiento del empleo. Régimen normativo e interpretación jurisprudencial. El debate judicial y doctrinal”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*. N. 149 (2021), pp. 37-69.

ROMERO RÓDENAS, M^a. J. “Las medidas extraordinarias en materia de cotización: función y desarrollo de las exoneraciones empresariales”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*. N. 149 (2021), p. 99-126

¿Es equiparable automáticamente y a todos los efectos la Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran Invalidez a la declaración de discapacidad del 33%? (A propósito de la STS núm. 156/2020, de 19 de febrero de 2020 y la incursión en *ultra vires* del art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013)

Is automatically comparable and to all effects the Permanent, Total, Absolute and Disability Great Inability to the statement of 33% disability? (About the Judgement of the Supreme Court No. 156/2020, February 19th and the incursion in *ultra vires* of art. 4.2 of the Royal Legislative Decree 1/2013)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ*
SARA GUINDO MORALES**

<https://doi.org/10.55617/revmites.08>

Resumen: Se analiza la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 156/2020, de fecha 19 de febrero de 2020, en la que se debate si, a partir de la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, los perceptores de pensiones de la Seguridad Social, por encontrarse en situación de Incapacidad Perma-

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. jmonereo@ugr.es

** Profesora Ayudante Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. saraguindo@ugr.es

nente en los grados de Total, Absoluta o Gran Invalidez, ostentan automáticamente a todos los efectos la condición de personas con discapacidad, con los derechos y ventajas de distinta naturaleza que ello conlleva. Para ello, la Sala IV del Tribunal Supremo reitera doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 993/2018, de fecha 29 de noviembre de 2018.

Palabras clave: Equiparación; incapacidad; discapacidad.

Abstract:

It is analysed the Judgement of the Supreme Court num. 156/2020, dated 19 February 2020, in which it is discussed if, from the date of approval of the Royal Legislative Decree 1/2013, of 29 November, approving the Consolidated Text of the General Law of rights of disabled people and of their social inclusion, the beneficiaries of pensions of the Social Security, due to they are in a situation of Permanent inability in the grades of Total, Absolute and Severe inability, automatically hold to all effects the condition of disabled people, with the rights and benefits of different nature that that implies. For it, the Chamber IV of the Supreme Court reiterates doctrine established in the Judgement of the Supreme Court No. 993/2018, dated 29 November 2018.

Keywords: Comparison; inability; disability.

I. CONCEPTO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD A EFECTOS DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2013, DE 29 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU INCLUSIÓN SOCIAL

Atenor del artículo 4.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social¹ (en adelante y para simplificar, RD-L 1/2013), titulado “titulares de los derechos”, son personas con discapacidad “aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

Y, además de lo anterior, según el apartado segundo de dicho precepto legal, a todos los efectos, “tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento”.

A lo que se añade a continuación que se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33% “los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

Por tanto, en virtud de todo lo anterior, son personas con discapacidad las que reúnan los tres siguientes requisitos legales²:

1. Que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales (respecto de

¹ Publicado en el BOE en fecha de 3 de diciembre de 2013.

² GUINDO MORALES, S. *El despido por circunstancias objetivas. Configuración y régimen jurídico*. Granada: Universidad de Granada (2020), p. 449.

estas últimas, son las que afectan a uno o varios sentidos).

2. Que dichas deficiencias sean previsiblemente permanentes.

3. Que tales deficiencias permanentes, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Ahora bien, según acabamos de comprobar, conforme al RD-L 1/2013, no sólo son consideradas personas con discapacidad las que reúnan dichos requisitos, sino también y, a todos los efectos, aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 %, presentando dicho grado de discapacidad los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de Incapacidad Permanente en el grado de Total, Absoluta o Gran Invalidez y, a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por Incapacidad Permanente para el servicio o inutilidad.

No obstante lo anterior, como veremos a continuación a lo largo del presente trabajo de investigación, en este punto es importante señalar que la STS núm. 993/2018, de fecha 29 de noviembre de 2018³ declaró la ineficacia jurídica del artículo 4.2 del RD-L 1/2013 por incurrir en *ultra vires* en cuanto dispone que es aplicable “a todos los efectos” la equiparación automática de los pensionistas beneficiarios de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de Incapacidad Permanente en el grado de Total, Absoluta o Gran Invalidez con el grado de discapacidad del 33 %, produciéndose de esta forma un exceso en la delegación legislativa que le habilitaba para la refundición de los textos legales precedentes que contraviene el mandato de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Per-

sonas con Discapacidad⁴ (en adelante y para simplificar, Ley 26/2011)⁵.

Ley 26/2011 en cuyo artículo 1.Dos, rubricado “modificación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”, establece que el apartado 2 del artículo 1 de la misma queda modificado del siguiente modo: “a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

Existiendo, por ende, un problema de la expresión “a todos los efectos” contenido en el artículo 4.2 del RD-L 1/2013 con la expresión “a los efectos de esta Ley” contenido en el artículo 1.Dos de La ley 26/2011, respecto del que la jurisprudencia se ha visto obligada a pronunciarse para solucionar esta problemática, puesto que, según la STS núm. 993/2018, de fecha 29 de noviembre de 2018⁶, la Ley 26/2011 mantenía en sus propios términos el derogado artículo 1.2.3º de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad⁷ (en adelante y para simplificar, Ley 51/2003), cuando, al

⁴ Publicada en el BOE en fecha de 2 de agosto de 2011.

⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. «Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel». *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*. N. 1 (2019), p. 744.

⁶ [RJ\2018\5942].

⁷ Publicada en el BOE en fecha de 3 de diciembre de 2003.

³ [RJ 2018\5942].

referirse al objeto de la misma, estipulaba lo siguiente:

“A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

II. CONCEPTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE EN SUS GRADOS DE TOTAL, ABSOLUTA Y GRAN INVALIDEZ A EFECTOS DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 8/2015, DE 30 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El artículo 193 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁸ (en adelante y para simplificar, RD-L 8/2015) define a la Incapacidad (también denominada invalidez) Permanente contributiva como *“la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”.*

A lo que añade a renglón seguido que no impedirá dicha calificación de Incapacidad Permanente *“la posibilidad de recuperación*

de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo”.

A continuación, en el siguiente precepto legal, apartado primero, el RD-L 8/2015 efectúa una clasificación de los distintos grados de Incapacidad Permanente, con independencia de cuál sea su causa determinante, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente:

- a) Incapacidad Permanente Parcial.
- b) Incapacidad Permanente Total.
- c) Incapacidad Permanente Absoluta.
- d) Gran Invalidez.

A efectos de la determinación del grado de la incapacidad permanente, se tomará en consideración la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el trabajador o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente⁹.

Ahora bien, por otro lado, según la disposición transitoria vigésima sexta del RD-L 8/2015, que lleva por título *“calificación de la incapacidad permanente”*, lo dispuesto en el artículo 194 únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del mencionado artículo 194, siendo de aplicación la siguiente redacción hasta que no se desarrolle reglamentariamente dicho precepto:

1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados:

- a) Incapacidad Permanente Parcial para la profesión habitual.

⁸ Publicado en el BOE en fecha de 31 de octubre de 2015.

⁹ Artículo 194.2.2º del RD-L 8/2015.

b) Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual.

c) Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo.

d) Gran Invalidez.

2. Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.

3. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

5. Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

6. Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

Para el análisis de la STS núm. 156/2020, de fecha 19 de febrero de 2020, así como de la STS núm. 993/2018, de fecha 29 de noviembre de 2018, únicamente nos centraremos en los grados de Incapacidad Permanente Total, Ab-

soluta y Gran Invalidez, con el fin de aclarar si éstos se pueden equiparar automáticamente a la declaración de discapacidad del 33 %.

III. LA STS NÚM. 993/2018, DE FECHA 29 DE NOVIEMBRE DE 2018, QUE DECLARÓ *ULTRA VIRES* EL ARTÍCULO 4.2 DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2013, DE 29 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU INCLUSIÓN SOCIAL

La cuestión controvertida en la STS núm. 993/2018, de fecha 29 de noviembre de 2018, consiste en determinar si, a partir de la entrada en vigor del RD-L 1/2013, los pensionistas beneficiarios de la Seguridad Social a los que se les haya reconocido una Incapacidad Permanente en los grados de Total, Absoluta o Gran Invalidez, tienen un grado de discapacidad del 33 % y ostentan automáticamente a todos los efectos dicha condición, con los derechos y ventajas de distinta naturaleza que ello implica o, *a sensu contrario*, si la equiparación se limita única y exclusivamente a los efectos previstos en dicho RD-L 1/2013 y normas de desarrollo.

Tal decisión judicial apreció que el artículo 4.2 del RD-L 1/2013 contiene una regulación *ultra vires* y que el reconocimiento de una Incapacidad Permanente en los grados de Total, Absoluta o Gran Invalidez no equivale automáticamente a la condición de persona con discapacidad del 33 %.

Sentencia a la que se formuló un voto particular discrepante del criterio adoptado por la mayoría de la Sala IV del TS, al que se adhirieron dos magistrados, al estimar que la norma cuestionada, esto es, el artículo 4.2 del RD-L 1/2013, no contiene una regulación *ultra vires* y, además, que el reconocimiento de una Incapacidad Permanente en los grados de

Total, Absoluta o Gran Invalidez equivale automáticamente a la condición de discapacidad en su grado mínimo (es decir del 33 %).

Razón por la cual, a tenor de dicho voto, a la parte recurrente/demandante se le debería haber estimado su pretensión por cuanto automáticamente y, a todos los efectos, tiene la consideración de persona con discapacidad, sin necesidad de acudir al procedimiento contenido en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía¹⁰ (en adelante y para simplificar, RD 1971/1999) para que se dicte resolución en la que se indique que tiene el 33 % de discapacidad, con base en la asimilación que hace el RD-L 1/2013.

Lo anterior, salvo que se requiera la acreditación de un porcentaje determinado de discapacidad cuando los derechos que se reclamen impongan como requisitos que el grado de discapacidad que se necesita sea superior al 33 %, momento en el que los interesados deben acudir al procedimiento previsto en el RD 1971/1999 para que les sea otorgado un determinado grado superior al 33 % (porcentaje mínimo previsto para el reconocimiento de la situación de discapacidad).

IV. LA STS NÚM. 156/2020, DE FECHA 19 DE FEBRERO DE 2020

1. Introducción

En esta sentencia se dilucida un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto ante la Sala IV del TS contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia de fecha 15 de febrero de 2017, recaída en su recurso de suplicación, que confirmó la Sentencia del JS de Murcia de fecha 10 de noviembre de 2015, que estimó la demanda interpuesta por la actual parte recurrida con-

tra el Instituto Murciano de Acción Social, en materia de Seguridad Social.

2. Antecedentes de hecho

El día 24 de junio del año 2014 (fecha en la que ya estaba en vigor el RD-L 1/2013), al demandante le reconocieron una pensión de Incapacidad Permanente en el grado de Total para la profesión habitual por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Posteriormente, el actor solicitó el reconocimiento del grado de discapacidad, a lo que el Instituto Murciano de Acción Social resolvió reconociéndole un grado de discapacidad del 12 %.

El día 10 de noviembre del año 2015, el Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia dictó sentencia estimatoria de la demanda formulada contra el Instituto Murciano de Acción Social, así como declaró que el demandante presentaba una discapacidad en grado igual o superior al 33 %.

El Instituto Murciano de Acción Social interpuso un recurso de suplicación frente a dicha resolución judicial ante la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, quien dictó sentencia en fecha de 15 de febrero de 2017 desestimándolo y, por ende, confirmando el pronunciamiento de instancia.

Ambos pronunciamientos, esto es, tanto el del JS de Murcia como el del TSJ de Murcia se apoyaron en lo dispuesto en el artículo 4.2 del RD-L 1/2013, en virtud del cual:

“además de lo establecido en el apartado anterior; y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad

¹⁰ Publicado en el BOE en fecha de 26 de enero de 2000.

permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

Por la representación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala IV del TS, aportándose como sentencia contradictoria con la recurrida la del TS de fecha 7 de julio de 2008¹¹, sentencia que rechazó declarar en situación de discapacidad del 33% a la demandante que tenía reconocida una pensión de Incapacidad Permanente en el grado de Total (fecha en la que estaba en vigor la Ley 51/2003 derogada por el RD-L 1/2013, en cuyo artículo 1.2 no se contempla la expresión “a todos los efectos” como sí hace el artículo 4.2 del RD-L 1/2013, sino que se contempla la expresión “a los efectos de esta Ley”).

Pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, quien consideró el recurso improcedente por no concurrir el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, si bien interesó, en caso de admitirse la concurrencia de contradicción, que se desestimara el recurso de casación para la unificación de doctrina.

3. Fundamentos de Derecho

La cuestión controvertida en el recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar si, a partir de la aprobación del RD-L 1/2013, los perceptores de pensiones de la Seguridad Social, por encontrarse en situación de Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran Invalidez, ostentan automáticamente a todos los efectos tal condición de personas con discapacidad, con los derechos y ventajas de distinta naturaleza que ello implica, o, *a sensu contrario*, la equipara-

ción se limita únicamente a los efectos previstos en tal Ley y normas de desarrollo.

Así pues, la parte recurrente, esto es, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, sostiene que concurre entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste la identidad de supuestos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 219.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social¹² (en adelante y para simplificar, LRJS), en virtud del cual:

“El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos”.

Por lo que, el TS, en primer lugar, entra a resolver si concurre tal contradicción alegada entre las resoluciones comparadas, expresando que, en la sentencia recurrida y en la de contraste se trata de pensionistas de Incapacidad Permanente Total, que reclamaron en vía administrativa el reconocimiento de un grado de discapacidad con resultado negativo y obtuvieron respuesta favorable en los Juzgados de lo Social, que les reconocieron un 33% de discapacidad a todos los efectos, confirmando dichas sentencias en suplicación ante los Tribunales Superiores de Justicia, aunque con efectos diferentes, puesto que en la sentencia recurrida se reconoció al demandante un grado de discapacidad del 33% a todos los efectos, mientras que, en la sentencia de contraste, se le reconoció únicamente a los efectos de la Ley 53/2003, descartándose, por ende, efectos generales al reconocimiento de discapacidad.

¹¹ [RJ 2008\4344].

¹² Publicada en el BOE en fecha de 11 de octubre de 2011.

Ahora bien, advierte el TS que la sentencia recurrida aplicó el artículo 4.2 del RD-L 1/2013, mientras que la sentencia de contraste aplicó el artículo 1.2 de la Ley 53/2003, al ser las normativas vigentes en el momento de solicitarse la declaración de discapacidad.

Con anterioridad a la resolución de si concurren los requisitos de contradicción requeridos en el artículo 219.1 de la LRJS, a continuación, recuerda que la STS núm. 993/2018, de fecha 29 de noviembre de 2018 concluyó que el RD-L 1/2013 incurrió en *ultra vires* por exceder la delegación normativa que le habilitaba para la refundición de los textos legales anteriores, al modificar su artículo 4.2 el contenido de la regulación legal a refundir y sobrepasar de este modo el mandato del legislador, introduciendo que el 33% de discapacidad lo era a todos los efectos, razón por la cual, se declaró la ineficacia jurídica del artículo 4.2 del RD-L 1/2013 por equiparar a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez con el grado de discapacidad del 33% a todos los efectos y no a los solos efectos de dicha Ley y normas de desarrollo.

Y es que la Ley 26/2011, en la Disposición final segunda, titulada “autorización al Gobierno para la refundición de textos legales”, dispuso que:

“El Gobierno elaborará y aprobará antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”.

Motivo por el que, según la sentencia que comentamos, en cumplimiento de este man-

dato y conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución Española¹³, el Gobierno aprobó el RD-L 1/2013 que derogó la Ley 53/2003.

En definitiva, la Sala IV concluye que el artículo 4.2 del RD-L ha incurrido en *ultra vires* desde la entrada en vigor de dicha norma por exceso en la delegación legislativa, por no respetar el artículo 1 de la Ley 26/2011, la cual, además de atribuirle esa delegación, ratificó el contenido de aquel artículo 1.2 de la Ley 51/2003 en los términos mencionados, y que se han visto sustancialmente transformados en la redacción final del texto refundido, al sustituir la expresión “a los efectos de esta ley” por la de “a todos los efectos”, constituyendo una radical alteración del mandato legislativo que modifica esencialmente el texto que debía refundir.

De hecho, añade el TS que se ha llegado hasta el punto de que conduciría a una interpretación contraria a la mantenida hasta ahora por *él mismo* conforme al contenido de la norma que el poder legislativo no ha querido variar.

Por todo lo anterior, la Sala IV determina que, efectivamente, tras constatar que el

¹³ Publicada en el BOE en fecha de 29 de diciembre de 1978. A tenor del cual, “1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior. 2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo. 3. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno. 4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio. 5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos. 6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control”.

RD-L 1/2013 constituye un *ultra vires* desde su entrada en vigor, concurren los requisitos de contradicción contenidos en el artículo 219.1 de la LRJS, al darles a los recurrentes en suplicación de ambas sentencias, pensionistas de invalidez que reclaman la declaración del 33% de discapacidad a todos los efectos, una distinta respuesta, a pesar de que tanto la sentencia recurrida como la de contraste aplicaron la distinta normativa vigente existente en el momento de la solicitud de la declaración de discapacidad.

Finalmente, el TS ha considerado que la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, esto es, la STS de fecha 7 de julio de 2008, aunque allí se aplicara el artículo 1.2 de la Ley 51/2003 en su versión inicial, por ser la norma vigente en aquel momento cuando el recurrente solicitó la declaración de discapacidad, en la que se estableció que tal declaración del 33% de discapacidad a los pensionistas de invalidez permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez producía únicamente efectos dentro de dicha ley y no con carácter general.

Pues, añade la sentencia, que el artículo 4.2 del RD-L 1/2013 carecía de eficacia jurídica, al conceder eficacia general a la declaración del 33% de discapacidad, desde la entrada en vigor de la norma, una vez constatado que dicha normativa excedió la delegación legislativa encomendada por la disposición final segunda de la Ley 26/2011, como estimó la STS núm. 993/2018 de fecha 29 de noviembre de 2018.

Lo que conlleva, como consecuencia de lo anterior, que, una vez probado que la sentencia recurrida estimó la pretensión de la parte demandante con fundamento en lo contenido en el artículo 4.2 del RD-L 1/2013, reconociéndole el 33% de discapacidad a todos los efectos, aunque dicho precepto carecía de eficacia jurídica en este concreto extremo, procede mantener la misma doctrina jurisprudencial acuñada por el TS en la interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003, reproducido esencialmente por el artículo 1 de la Ley 26/2011, los cuales limitaban la declaración de disca-

pacidad a los efectos de la propia ley, debiendo seguirse, por tanto, el procedimiento previsto en el Real Decreto 1971/1999 (para que se dicte resolución en la que se indique que el solicitante de la declaración tiene el 33% de discapacidad), por lo que no cabe la equiparación automática y a todos los efectos de la declaración de Incapacidad Permanente Total y el grado de discapacidad del 33%, sino sólo a los efectos del RD-L 1/2013.

4. Fallo/parte dispositiva de la sentencia

La STS núm. 156/2020, de fecha 19 de febrero de 2020, la cual carece de votos particulares, ha estimado el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto ante la Sala IV del TS contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia de fecha 15 de febrero de 2017, recaída en su recurso de suplicación, que confirmó la sentencia del JS de Murcia de fecha 10 de noviembre de 2015, que estimó la demanda interpuesta por la actual parte recurrida contra el Instituto Murciano de Acción Social, en materia de Seguridad Social, la cual revoca el TS con la consiguiente desestimación de la demanda. Y, como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, ha casado y anulado la sentencia recurrida.

En definitiva, la Sala IV del TS ha realizado lo que se dispone en el apartado segundo del artículo 228 de la LRJS, el cual contempla que, si la sentencia declara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, *“casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada”*.

V. CONCLUSIONES

1. A tenor del artículo 4.1 del RD-L 1/2013 son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, in-

telectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Y, además de lo anterior, según el apartado segundo de dicho precepto legal, a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%. A lo que se añade a continuación que se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

2. El artículo 193 del RD-L 8/2015 define a la Incapacidad Permanente contributiva como la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral, clasificando el artículo 194 de dicha normativa los distintos grados de incapacidad permanente, con independencia de cuál sea su causa determinante, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente, en: Incapacidad Permanente Parcial, Incapacidad Permanente Total, Incapacidad Permanente Absoluta y, por último, Gran Invalidez.

Hasta que no entren en vigor las disposiciones que desarrollen reglamentariamente el artículo 194 del RD-L 8/2015, será de aplicación en cuanto a la Incapacidad Permanente lo contenido en la disposición transitoria vigésima sexta de dicha normativa.

3. La STS núm. 993/2018 apreció que el artículo 4.2 del RD-L 1/2013 contiene una re-

gulación *ultra vires* desde su entrada en vigor y, que el reconocimiento de una Incapacidad Permanente en los Grados de Total, Absoluta o Gran Invalidez no equivale automáticamente y a todos los efectos a la condición de persona con discapacidad del 33%, sino únicamente a efectos del propio RD-L 1/2013.

Lo anterior, a diferencia de lo expresado en el voto particular discrepante del criterio adoptado por la mayoría de la Sala IV del TS, al estimar que el artículo 4.2 del RD-L 1/2013 no contiene una regulación *ultra vires* y, además, que el reconocimiento de una Incapacidad Permanente en los grados de Total, Absoluta o Gran Invalidez equivale automáticamente a la condición de discapacidad en su grado mínimo (es decir, del 33%).

4. Asimismo, reiterando dicha doctrina judicial, la STS núm. 156/2020, de fecha 19 de febrero de 2020 ha estimado el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto ante la Sala IV del TS contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia de fecha 15 de febrero de 2017, recaída en su recurso de suplicación, que confirmó la sentencia del JS de Murcia de fecha 10 de noviembre de 2015, que estimó la demanda interpuesta por la actual parte recurrida contra el Instituto Murciano de Acción Social, en materia de Seguridad Social, la cual revoca el TS con la consiguiente desestimación de la demanda. Y, como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, ha casado y anulado la sentencia recurrida.

Lo que significa que no cabe la equiparación automática de la Incapacidad Permanente en los grados de Total, Absoluta o Gran Invalidez a la declaración de discapacidad del 33%. En definitiva, lo que viene a decir el TS es que los términos “incapacidad” y “discapacidad” no son equiparables.

Debiendo seguirse, por tanto, el procedimiento previsto en el Real Decreto 1971/1999 (para que se dicte resolución en la que se indique que el solicitante de la declaración tiene el 33% de discapacidad).

5. Dicha falta de equiparación de términos nos hace recordar la sentencia del TJCE de fecha 11 de julio de 2006¹⁴, la cual, si bien recaída en un caso de despido por enfermedad, manifestó que, “*al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva (esto es, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁵) el concepto de «discapacidad», el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de «enfermedad». Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos*” pero, que podría constituir discapacidad siempre y cuando la enfermedad fuera o se previera de larga duración (lo que, en posteriores sentencias del Tribunal de Luxemburgo, se extendió también a supuestos de duración incierta).

La interpretación del TJCE relativa a que la enfermedad, para que pueda asimilarse a la discapacidad, debe ser el origen de una limitación de carácter duradero, es el punto más conflictivo que provoca una mayor fricción con nuestra concepción interna, ya que, tradicionalmente, en nuestro sistema jurídico, la discapacidad va aparejada a un *status* permanente¹⁶.

Así se dispone en el artículo 2.a) del RD-L 1/2013, en virtud del cual, se entiende por discapacidad la “*situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

6. Si, como acabamos de comprobar en la STS núm. 156/2020, de fecha 19 de febrero de 2020 que reitera doctrina de la STS

núm. 993/2018, de fecha 29 de noviembre de 2018, se ha producido un *ultra vires* en el artículo 4.2 del RD-L 1/2013, no se entiende cómo todavía no se ha producido una modificación legislativa al respecto de la expresión “*a todos los efectos*” por el de “*a los efectos de esta Ley*”

Ello, con la finalidad de evitar tener que acudir a la jurisprudencia para solucionar la problemática actual (o, a la doctrina, para clarificar ciertos aspectos) pues, aunque el orden jurisdiccional social resuelve conflictos, así como ayuda a descubrir los defectos, errores, insuficiencias, obsolescencias y lagunas legales más relevantes, como en otras tantas materias, para atajar los problemas de raíz, su solución no se encuentra en el poder judicial como viene sucediendo hasta ahora, sino en el poder legislativo y ejecutivo (en determinados casos).

7. Ahora bien, no obstante lo anterior, nos sumamos al voto particular discrepante formulado a la STS núm. 993/2018, de fecha 29 de noviembre de 2018 al entender también que, de conformidad con el artículo 82.5 de la CE, a tenor del cual, “*la autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos*” y, en el caso que nos ocupa, la autorización no se limitaba a la mera formulación de un texto único, sino que incluía expresamente la autorización para regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

Y es que, de conformidad con dicho voto, la legislación delegada, en este caso, en textos refundidos, tiene como propósito reunir en un texto único las previsiones contenidas en varios textos legales mediante la verificación de aquello que permanece en el ordenamiento jurídico, por el principio de que la ley posterior deroga a la ley anterior o de la relación entre leyes por razón de su especialidad o generalidad, finalidad principal que puede pretender,

¹⁴ [TJCE 2006\192].

¹⁵ Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas –en adelante y para simplificar, DOCE– en fecha de 2 de diciembre de 2000.

¹⁶ LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a. J. «A vueltas con la calificación del despido por enfermedad». *Revista española de Derecho del Trabajo*. N. 209 (2018). Recurso electrónico.

además, regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos, objetivo unificador que es nuclear en la refundición y que se justifica por razones de seguridad jurídica y que debe iluminar la tarea del poder ejecutivo, así como orientar su actividad técnica, operando como principio informador y criterio interpretativo.

Por lo que, según el voto particular discrepante, la asimilación de la incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez a una discapacidad igual o superior al 33% no puede considerarse que haya ampliado el campo subjetivo más allá de las previsiones que tenían las normas refundidas (esto es, la Ley 53/2003 y la Ley 26/2011), en cumplimiento del mandato autorizado pues, con ello, lo que tan sólo se hace es unificar armónicamente el ámbito subjetivo que cada ley tenía, respetando sus respectivos contenidos y, para aglutinar a todos los sujetos destinatarios de todos los derechos que en el Texto se recogen, pero ya desde una perspectiva general y pendiente de desarrollo siendo, por tanto, el marco de la asimilación que se contiene en el Texto refundido el mismo existente con anterioridad, aunque ahora se haya encajado en el conjunto de servicios, prestaciones y demás beneficios contenidos en el RD-L 1/2013.

8. En definitiva, al igual que se ha considerado que, en los casos de despido, la enfermedad debe asimilarse a la discapacidad en determinadas ocasiones, razón por la que se derogó por medio del Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre¹⁷ el despido objetivo por absentismo contemplado en la letra d) del artículo 52 del ET¹⁸, a los pensionistas bene-

ficiarios de la Seguridad Social a quienes se les haya reconocido una Incapacidad Permanente en los grados de Total, Absoluta o Gran Invalidez deberían ser calificados automáticamente de personas con discapacidad con un grado igual o superior al 33%, sin tenerse que seguir, por tanto, el procedimiento previsto en el Real Decreto 1971/1999, en base a lo dispuesto en los siguientes preceptos:

– Artículo 2.1.a) del RD-L 1/2013, en virtud del cual, a efectos de esta ley se entiende por discapacidad aquella “situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

– Disposición transitoria vigésima sexta del RD-L 8/2015, que establece los distintos conceptos de la incapacidad permanente total para la profesión habitual, de la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y de la gran invalidez en el siguiente sentido:

Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esencia-

¹⁷ Publicado en el BOE en fecha de 18 de febrero de 2020.

¹⁸ Al respecto, *vid.*, MONEREO PÉREZ, J. L. *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*. Albacete: Bomarzo (2017),

passim. También, MONEREO PÉREZ, J. L. «La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas», en AA.VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*. Murcia: Laborum (2017), *passim*.

les de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

– Artículo 82.5 de la CE, a tenor del cual, “la autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos”.

9. Por otro lado, se ha apreciado por parte de la doctrina científico-jurídica una nueva regulación reglamentaria *ultra vires* operada por el artículo 72.1 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas¹⁹, titulado “acreditación de la condición de persona con discapacidad y de la necesidad de ayuda de otra persona o de la existencia de dificultades de movilidad”, que recoge también dicha equiparación a efectos del IRPF, sin que la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas²⁰ ampare esta equiparación²¹.

En dicho sentido, establece el artículo 72.1 que “a los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tendrán la consideración de persona con discapacidad aquellos contribuyentes con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento”, a lo que añade a continuación que “el grado de minusvalía deberá acreditarse mediante certificado o resolución expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las Comunidades Autónomas. En particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión

de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento, cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado”.

10. En conclusión, discrepamos de la parte dispositiva de la sentencia comentada y, a *sensu contrario*, expresamos nuestra conformidad con el voto particular discrepante formulado a la STS de fecha 29 de noviembre de 2019 en la que dispuso que, “a partir de la refundición normativa, la equiparación “a todos los efectos” de quienes se encuentran en situación de IPT o grado superior, se refiere al texto refundido, y ya no a las normas incorporadas en el mismo individualmente consideradas, y ello como consecuencia, ni más ni menos, que en cumplimiento del mandato refundidor del legislador”.

BIBLIOGRAFÍA

- GUINDO MORALES, S. *El despido por circunstancias objetivas. Configuración y régimen jurídico*. Granada: Universidad de Granada (2020).
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a. J. «A vueltas con la calificación del despido por enfermedad». *Revista española de Derecho del Trabajo*. N. 209 (2018). Recurso electrónico.
- MONEREO PÉREZ, J. L. *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*. Albacete: Bomarzo (2017).
- MONEREO PÉREZ, J. L. «La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas», en AA.VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*. Murcia: Laborum (2017).
- MONEREO PÉREZ, J. L. «Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel». *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*. N. 1 (2019).
- VICENTE PALACIO, M. A. «No cabe equiparar incapacidad permanente a la discapacidad (de la sintaxis y la semántica)». *Revista de Jurisprudencia Laboral*. N. 6 (2020).

¹⁹ Publicado en el BOE en fecha de 31 de marzo de 2007.

²⁰ Publicada en el BOE en fecha de 29 de noviembre de 2006.

²¹ VICENTE PALACIO, M. A. «No cabe equiparar incapacidad permanente a la discapacidad (de la sintaxis y la semántica)». *Revista de Jurisprudencia Laboral*. N. 6 (2020), pp. 7 y 8.

III. Recensiones

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO INSTITUCIÓN CENTRAL DEL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES

Estudios en homenaje al profesor
Fernando Valdés Dal-Ré

Directores: JESÚS CRUZ VILLALÓN, ELÍAS
GONZÁLEZ POSADA y M^a LUISA MOLERO
MARAÑÓN

Coordinadores: JESÚS LAHERA FORTEZA
y ANA MURCIA CLAVERÍA

Editorial Bomarzo, Albacete 2021

ISBN 978-84-18330-51-3, 554 páginas

El presente libro contiene todos los ingredientes para poder convertirse a partir de ahora en una obra de referencia dentro de la doctrina jurídico laboral, teniendo presente la indiscutible trascendencia institucional que tiene la negociación colectiva en los sistemas democráticos de relaciones laborales, lo que ya se apunta en el propio título de la obra cuando se le califica de “institución central”. Más aún, se trata de un estudio sistemático, que ha identificado las cuestiones que en estos momentos se presentan como claves en la articulación del modelo de negociación colectiva implantado en nuestro ordenamiento jurídico, donde los directores y coordinadores han realizado una labor que va más allá de la habitual tarea de edición de la obra, para realizar una previa identificación y sistematización de las materias a tratar, al objeto de que se trate de una monografía con rasgos de unidad y conexión entre los diversos trabajos que la integran. Asimismo, el carácter referencial de la obra deriva de la valía y reconocimiento académico de los autores que tan generosamente han respondido a la invitación para participar en el mismo que se les curso en su momento

por parte de quienes actuamos como directores y coordinadores del libro.

Y todo ello se ha producido, con ocasión de brindar un merecido homenaje a uno de los grandes laboristas que ha dado nuestro país en el último medio siglo: el profesor Fernando Valdés Dal-Ré, que no casualmente ha tenido a la negociación colectiva como uno de los hilos conductores de su actividad académica de investigación y participación pública en el devenir de las relaciones laborales en nuestro país.

Como desde siempre ha venido manifestando el propio homenajeado, “la negociación colectiva sigue siendo el principal instrumento de regulación de condiciones de trabajo, habiendo logrado erigirse, adicionalmente y con el transcurso del tiempo, en la columna vertebral de los sistemas europeos de relaciones laborales, en el eje en el que converge y por el que transita la densa y compleja problemática que gobierna no solo ni tanto el mercado de trabajo, sino, además y con mayor alcance, uno de los más arraigados y persistentes conflictos que atraviesa la formación social de nuestros días” (*La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, Comares, 2012, XI). Utilizando sus propias palabras de nuevo, también se puede destacar que “son las Constituciones europeas pertenecientes a la tercera generación del constitucionalismo del siglo XX...las que comienzan a incorporar a su articulado el derecho a la negociación colectiva, concibiéndola como un derecho dotado de sustantividad propia y no sólo como una singular manifestación del general derecho de actividad que asiste a sindicatos y asociaciones de empresarios en la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios” (*El modelo español de negociación colectiva*, Relaciones Laborales

2006, I, pg. 103). O, dicho con otras palabras, la autonomía negociadora encauza el conflicto insoslayable que subyace en las relaciones de quienes son titulares de las organizaciones de producción de bienes y servicios, y “quienes tienen como único patrimonio su fuerza de trabajo”. En definitiva, y tal como concibe el profesor Valdés, el método del consenso y acuerdo es el primer y preferente instrumento para el gobierno de un sistema de relaciones laborales que persiga el valor de la igualdad, y la democracia en el desarrollo de unas relaciones de trabajo, que aspiren a un sistema justo y equilibrado entre las fuerzas sociales.

Y es que durante décadas, el profesor Fernando Valdés, sin ningún género de dudas reconocido como uno de los grandes maestros del laboralismo, ha defendido la trascendencia de este derecho como el procedimiento por excelencia para la gestión del mercado de trabajo y de la propia organización del trabajo, refrendando la funcionalidad de los agentes sociales y, de modo particular, de las organizaciones sindicales que, junto con las empresariales, son los sujetos que dotan de legitimidad social al conjunto de los consensos que se adoptan a través de este singular mecanismo. Desde su juventud y a lo largo de toda su dilatada trayectoria universitaria y profesional, el profesor Valdés ha dedicado un encomiable esfuerzo, a través de su infinidad de publicaciones, conferencias y de su actividad profesional con las organizaciones sindicales e institucionales (Consejo Económico y Social de España y Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos), que le han permitido influir decisivamente en que ese pensamiento se tradujera en normas, acuerdos colectivos, prácticas de los interlocutores, así como resoluciones judiciales e intervenciones administrativas, que reconocieran la relevancia que tiene el derecho a la negociación colectiva para un funcionamiento justo, eficaz y progresivo del sistema de relaciones laborales en España.

La bibliografía que subyace a esta afirmación es desbordante. Más de cien títulos se pueden tomar en consideración a lo largo de su

extensa carrera académica que, con tratamiento directo o indirecto del rol de la negociación colectiva, respiran rigor, coherencia y honestidad en este terreno crucial para el devenir del Derecho del Trabajo. Como ha manifestado la profesora Casas en esta obra, “Fernando Valdés es probablemente el más destacado autor sobre negociación colectiva y de mayor influencia de la doctrina laboralista española” (*“El derecho a la negociación colectiva como derecho fundamental autónomo”*, p. 91). A este respecto, cabe llamar la atención sobre la continuidad y constancia de esta línea de investigación en la obra del profesor, que le ha acompañado durante los más de 40 años de historia del derecho a la negociación colectiva, inaugurado por nuestra Constitución en el año 1978.

Desde la promulgación del texto constitucional, que sienta las bases de un nuevo modelo de relaciones colectivas, en el que la negociación colectiva se convierte en una seña de identidad del régimen democrático y pluralista de relaciones laborales, hasta la aprobación del primer Estatuto de los Trabajadores de 1980, pasando por la modificación del texto estatutario en 1994, para llegar a las reformas del Título III del ET por en 2011 y en 2012, los trabajos del homenajeado nos han ilustrado con exigencia y detalle sobre el alcance y el significado de esta institución laboral. El autor ha seguido de forma cuidadosa las sucesivas reformas que han actuado sobre ella, alertando siempre sobre los avances, retrocesos y peligros que podían suponer los cambios. Dentro de este capítulo debe destacarse la atención especial que ha dispensado a todos y cada uno de los acuerdos gestados dentro del marco tanto de la concertación social tripartita como del diálogo social bipartito, del que ha sido un defensor a ultranza desde los años 80 a nuestros días, al concebirlo como el método de gobierno preferente de nuestro sistema de relaciones laborales¹.

¹ Acuerdo Marco Interconfederal de 1980 (AMI), Acuerdo Nacional de Empleo de 1981 (ANE), Acuerdo Económico y Social de 1984 (AES), Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva de 1997 (AINC), Acuerdo de Cobertura de Vacíos de 1997 (ACV), Acuerdo de Solución Extrajudicial de Convenios

Como no podía ser de otro modo, la negociación colectiva ha ido evolucionado de acuerdo a los cambios sociales, económicos, productivos, organizativos y tecnológicos acaecidos en nuestro territorio dentro de un escenario cada vez más globalizado. Pero, además, el derecho a la negociación siempre ha estado impregnado de un trasfondo ideológico o político, en el que se dirime el delicado equilibrio de los distintos poderes, sin que se pueda perder de vista, conforme a lo siempre destacado por el profesor Valdés, su esencia ligada insoslayablemente al reconocimiento de la posición constitucional de los agentes sociales, organizaciones sindicales y empresariales como titulares de las facultades y responsabilidades de contribuir a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios (art. 7 CE), y a la necesidad de promover una correlación equilibrada de dichas fuerzas sociales. Caminar en dirección contraria no sólo debilita este derecho, sino el propio funcionamiento democrático de las relaciones de trabajo en su conjunto.

De todo lo anterior, podríamos dar buena muestra enunciando títulos clave de estudios del profesor Valdés que han colaborado en el progreso de la institución negociadora, habiendo analizado todas y cada una de las dimensiones que acompañan al ejercicio de este derecho. No obstante, no es momento ahora de nombrar esta infinidad de títulos, sino que solamente y en un esfuerzo de síntesis, consideramos que es de justicia destacar, cuatro de sus obras, que por su carácter integral merecen una referencia específica: *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social* (Ministerio de Trabajo, Madrid 1996), *Manual jurídico de negociación colectiva* (La Ley, Madrid, 2007) y *La negociación colectiva entre tradición y renovación* (Comares, Granada, 2012), sin olvidar su ya clásica monografía sobre *Configuración y eficacia de los convenios*

colectivos extraestatutarios (Acarl, Madrid, 1988).

Todo ese trabajo de estudio, reflexión, y argumentación que ha llevado a cabo Fernando Valdés en sus escritos, conferencias y foros donde ha intervenido le han conducido finalmente a culminar su carrera profesional, realizando un esfuerzo denodado por defender un modelo constitucional de negociación colectiva durante su influyente período como Magistrado del Tribunal Constitucional. Como Magistrado ha tenido la oportunidad de enjuiciar y valorar diversas intervenciones legislativas y judiciales, pero sobre todo merece destacar su posicionamiento en la jurisprudencia constitucional en relación con la reforma laboral de 2012, mostrando una sólida concepción constitucional de nuestro modelo constitucional, que por desgracia no logro el consenso mayoritario dentro del Tribunal Constitucional, expresado a través de sus Votos Particulares a las sentencias que resolvieron los recursos de inconstitucionalidad frente a dicha reforma laboral (SSTC 119/2014 y 8/2015). Estos Votos Particulares pusieron de relieve su dominio sobre todos los entresijos de la doctrina constitucional acerca del derecho a la negociación colectiva a lo largo de toda su historia y siguen teniendo un destacado valor para alcanzar a tener una comprensión cabal de nuestro modelo constitucional de negociación colectiva. En este sentido, estamos firmemente convencidos de la influencia decisiva de la fundamentación mantenida en esos Votos Particulares, tanto en el contexto actual como respecto a generaciones venideras, cuando se trate de descifrar el significado y alcance del derecho de negociación colectiva consagrado en el texto constitucional (art. 37.1 CE). Indudablemente, las reflexiones del profesor Valdés constituyen un legado para la posteridad, tal y como ha hecho notar doctrina tan autorizada, como la que encarna el profesor Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, ex presidente del Tribunal Constitucional, cuando en esta obra, declara sin ningún género de dudas, lo siguien-

Colectivos (ASEC, I a VI), Acuerdos por el Empleo y la Negociación Colectiva 2002, 2003, 2005, 2007, 2010, 2015, último de ellos de 2018 (AENC), entre otros.

te: “Espero que este voto particular (STC 8/2015), como ha ocurrido con votos disidentes anteriores, sirva en el futuro para corregir la desafortunada lectura del alcance del art. 37.1 CE que ha hecho la STC 8/2015” (*“El derecho a la negociación colectiva en el voto disidente a la STC 8/2015”*, p. 116).

En suma, somos muchos los laboristas que sentimos una deuda de gratitud por ese trabajo incansable que ha demostrado el profesor Valdés en su actividad como magistrado del Tribunal Constitucional durante los años 2012 a 2020; período durante el que mantuvo plenamente sus convicciones y las defendió con las armas de sólido pensamiento jurídico que le han caracterizado durante toda su trayectoria. Y es que su labor como magistrado, que culmina su carrera, son a nuestro entender uno de los mejores testimonios de lo que ha representado el homenajeado dentro de nuestra disciplina, que hacen que recupere para sí la condición de Maestro.

Todo lo anterior ha venido a justificar que un nutrido grupo de laboristas próximos y queridos para Fernando Valdés hayan decidido iniciar y llevar a buen término este ambicioso proyecto que pretende rendir un justo tributo a uno de los más reconocidos e influyentes laboristas de los últimos cincuenta años en España, en buena parte del Derecho del Trabajo en Europa y en América Latina.

Por las razones desbrozadas, la elección del tema parecía casi ineludible. De ahí el título de la obra colectiva, que no hace más que enunciar la idea nuclear que soporta la trayectoria académica y profesional del profesor Valdés: “La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales”. Una simple aproximación al índice de este libro pone al descubierto una cuidadosa estructura que descansa en siete pilares maestros, relativos a la perspectiva supranacional y constitucional de la negociación colectiva, a la tipología de convenios colectivos, a las reglas de legiti-

mación convencional, a los procedimientos de elaboración y formalización de los convenios colectivos, a la vigencia y aplicación del convenio, junto con el contenido de la negociación colectiva. Siete ejes en los que se integran los 35 capítulos que conforman la mencionada obra, en la que se dan cita hasta un total 45 autores de reconocido prestigio en la materia.

De esta manera, creemos que el resultado final logra aunar todos y cada uno de los debates que discurren en las grandes temáticas que recorren a día de hoy el derecho a la negociación colectiva, sin haber relegado ninguno de los puntos más controvertidos extramuros de la obra. Un breve repaso al índice da fe de la adecuada sistemática y exhaustividad de su contenido. De la mano maestra de un grupo de la más autorizada doctrina, se abordan cuestiones clásicas como la eficacia del convenio o las reglas legitimadoras, junto con los nuevos retos que nos traen los nuevos tiempos que reclaman la intervención de la negociación para superar la brecha salarial por razón de género o lograr la corresponsabilidad familiar en aras del avance de la igualdad de género, adentrándose igualmente en los nuevos contenidos que implica la imparable extensión del entorno de la digitalización en la organización del trabajo, analizándose el teletrabajo en la negociación colectiva, plataformas digitales o su repercusión en la protección de datos personales.

En definitiva, el lector tiene entre sus manos un libro colectivo, pero al propio tiempo unitario, que ha logrado realizar una reflexión actualizada de la amplia variedad de materias que confluyen en el funcionamiento del sistema de negociación colectiva, que a buen seguro contribuirán a esclarecer las mejores interpretaciones de las reglas jurídicas implicadas, resultando útil tanto en el ámbito académico, como en sede judicial y para los actores sindicales y empresariales de la propia negociación. En tal sentido, y pese a que la edición se ha llevado a cabo justo antes de la crucial reforma laboral de

2021, estamos convencidos que su texto servirá también para alumbrar y dar sentido a las esenciales modificaciones operadas por la norma que lo ha introducido en el sistema de negociación colectiva (RD-L 32/2021). Más aún, sus trabajos se redactan en el momento en el que ya se encontraba en curso el desarrollo de la concertación social que dio luz a esta última reforma, de modo que los propios autores en ese momento eran sabedores de cuáles podrían ser en el inmediato futuro las innovaciones que se podrían contener en la que finalmente se ha convertido en la reforma de 2021.

El resultado de este libro, al final, no hubiera sido posible sin la participación decisiva de tan destacados especialistas como se han dado cita en la presente obra. En este sentido, en nuestra condición de directores del libro, sí queremos dejar constancia de que seguramente lo más difícil ha sido seleccionar a quienes participarían en esta obra por la infinidad de profesionales que han compartido tiempo y espacio –y mesa y mantel– con el hoy homenajeado. En primera instancia, es preciso comenzar mencionando que el libro reúne a ilustres laboristas de la generación del profesor Valdés, iconos de nuestra disciplina, tanto dentro de nuestras fronteras como fuera de las mismas, habiendo sido obligado contar con expertos de la más autorizada doctrina francesa e italiana por los estrechos lazos que les unen al profesor Fernando Valdés. Por otro lado, en la obra converge una gran pluralidad de profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de numerosas universidades españolas, unidos todos ellos por profesar una especial relación de afecto, confianza y respeto con el homenajeado. Asimismo, merece cita aparte la presencia de un selecto grupo de Economistas, con los que ha tenido la oportunidad de compartir publicaciones y foros diversos, de modo especial en la Fundación Ortega-Marañón.

Por último, no podríamos terminar estas líneas, sin exponer que este libro de modo especial constituye un tributo de un impor-

tante número de los discípulos que ha formado el profesor Valdés durante su dilatada carrera académica. En este caso, es de justicia destacar la encomiable labor de enseñanza y de formación de los jóvenes y ya no tan jóvenes que ha distinguido su trayectoria, plagada de dirección de tesis doctorales de profesores españoles y de América Latina a quienes ha dejado su inestimable impronta personal. En este sentido, una representación muy significativa de la escuela académica de Fernando Valdés está presente en este libro forjado con profesores de muy distinta índole y condición, dispersos por la geografía española, pese a que sin duda Madrid y Valladolid se escriben con nombre propio. Y es que el profesor Valdés ha sabido integrar, o mejor dicho acoger, a personas de muy distintas sensibilidades, quienes seguramente, al margen del magisterio que recibieron en sus primeros pasos y en los más importantes hitos de su carrera académica, lo que fundamentalmente recordarán será el trato humano y cercano que les dispensó en todo momento.

Y es que una vez que se traspasaba el umbral de la puerta de su despacho de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense, Fernando Valdés promovía las condiciones para facilitar un lugar de encuentro y diálogo, donde regía la libertad de pensamiento y expresión, que se manifestaba sin el corsé de las categorías y títulos, sobre temas académicos y profesionales, pero sobre todo acerca de inquietudes y preocupaciones personales. Y es que con el profesor Valdés, todos sus discípulos y allegados, tenemos una deuda de gratitud por el tiempo dedicado, por el “hombre trapero del tiempo”, como se ha definido él en más de una ocasión, utilizando las palabras de Gregorio Marañón, con el que hemos mantenido una relación que trasciende lo académico para convertirse en una relación de amistad y afecto.

En resumen, todo lo anterior justifica sobradamente la realización de este ambicioso

proyecto a cuya lectura invitamos vivamente, sirviendo como merecido homenaje a Fernando Valdés Dal-Ré, protagonista de una trayectoria académica y profesional impecable, y al que un grupo de profesores, allegados y amigos han querido rendir este cálido tributo, desde el hondo agradecimiento a un excelente profesor, investigador y magistrado, al que debe mucho el vigente Derecho español del Trabajo, y de modo especial el

sistema de negociación colectiva que rige hoy en nuestro país.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

MARÍA LUISA MOLERO MARAÑÓN

*Catedráticos de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*

Febrero 2022

<https://doi.org/10.55617/revmites.09>

EU LAW ON MATERNITY AND OTHER CHILD-RELATED LEAVES: IMPACT ON GENDER EQUALITY

MIGUEL DE LA CORTE RODRÍGUEZ

Wolters Kluwer, 2019, 360 páginas

Un permiso de maternidad demasiado largo hace daño a las madres y discrimina a los padres. Este es el resumen de lo que explica este libro, original en su planteamiento y en sus conclusiones.

El autor hace una crítica constructiva, desde el punto de vista de la igualdad de género, del Derecho de la Unión Europea (Unión) sobre el permiso de maternidad y otros permisos relacionados con los hijos. Defiende que la legislación europea facilita un desequilibrio en la utilización de esos permisos por parte de las mujeres, lo cual contribuye a perpetuar su papel tradicional como cuidadoras de los hijos, afecta negativamente a su situación en el mercado de trabajo y puede crear problemas de discriminación contra los padres (hombres).

Lo que hace interesante a este libro es que combina un profundo análisis jurídico con una perspectiva novedosa, con aportes pluridisciplinares de la medicina y la economía, para llegar a conclusiones jurídicas originales y pertinentes.

Además, está escrito en un inglés impecable, pero con un lenguaje claro y didáctico, que se lee muy bien, incluso para quien tiene el inglés como segunda o tercera lengua.

El libro está dividido en cinco capítulos. El capítulo primero describe y analiza en pormenor el actual Derecho de la Unión sobre los permisos relacionados con los hijos, que abarca tanto las normas del Tratado, las directivas europeas, como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de la Unión) relativos al permiso de maternidad, el permiso de paternidad, el permiso de adopción y el permiso parental (lo que en España se conoce como la excedencia por cuidado de hijos). Por un lado, se estudian las normas sus-

tantivas sobre los permisos, que establecen un mínimo europeo de 14 semanas remuneradas de permiso de maternidad para las trabajadoras embarazadas, tanto por cuenta ajena como autónomas (Directivas 92/85, 2010/41), y de 4 meses no remunerados de permiso parental para cada padre asalariado, ya sea biológico o adoptivo, siendo un mes intransferible de un progenitor a otro (Directiva 2010/18). Por otro lado, se analizan las normas anti-discriminación recogidas en las Directivas 2006/54, 79/7 y 2004/113, que prohíben en el ámbito del empleo, de la protección social y del acceso a bienes y servicios, cualquier trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso de maternidad – por constituir una discriminación directa por razón de sexo. En ambos casos, se analiza la abundante jurisprudencia que el Tribunal de la Unión ha elaborado desde los años 80 del siglo pasado hasta nuestros días. Por último, se hace mención a la recientemente adoptada Directiva 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, que entrará en vigor de manera completa en agosto de 2024.

Este capítulo sirve como introducción a la reflexión posterior, pero por el detalle y riqueza de su análisis casi se podía publicar como un pequeño libro, o como un capítulo de un libro sobre derecho social europeo.

El capítulo segundo examina dos aspectos de la Unión sobre el permiso de maternidad. En primer lugar, en base a una serie de criterios previamente definidos, el autor explora cuál es el enfoque protector en las Directivas de la Unión sobre el permiso de maternidad (92/85 y 2010/41). Llega a la conclusión de que estas Directivas siguen *formalmente* un enfoque “único”. Esto es, el propósito principal del permiso de maternidad regulado en las mismas es la protección de la vulnerabilidad y de la correspondiente incapacidad laboral de las trabajadoras que dan a luz debida al embarazo y al parto. Queda aparentemente en un segundo plano el cuidado del recién nacido. En segundo lugar, estudia la coherencia del enfoque “único”, siguiendo una metodología original que incluye una perspectiva médica y

un análisis jurídico, tanto de la legislación europea como de la legislación nacional de seis países (Bélgica, Irlanda, España, Reino Unido, Suecia y Portugal).

El autor concluye que el enfoque “único” no es suficientemente coherente, ya que, *en realidad*, las directivas no tienen como objetivo solo la protección de las propias madres, sino también permitir el cuidado del hijo. De hecho, en las primeras 6 semanas del permiso de maternidad (puerperio), que suelen ser la parte obligatoria del permiso, la incapacidad laboral de la madre juega un papel fundamental. Pero, en muchos casos, el resto del tiempo hasta las 14 semanas (denominado “período de cuidados”), que suele corresponder a la parte voluntaria del permiso, tiene su razón de ser en el cuidado del recién nacido. Prueba de ello es que algunos países permiten que la madre transfiera al padre la parte voluntaria del permiso.

El autor concluye que el excesivo énfasis en la madre, y la consiguiente falta de atención al recién nacido y al padre, podría ayudar a perpetuar la tradicional distribución de roles entre hombres y mujeres respecto al trabajo y al cuidado de los hijos. A su vez, la perpetuación de esos roles podría tener consecuencias negativas tanto para las mujeres como para los hombres. En primer lugar, podría tener efectos perjudiciales para las mujeres en el mercado de trabajo. En segundo lugar, podría crear problemas de discriminación de los padres (hombres) en lo que se refiere al “período de cuidados” del permiso de maternidad. Estos dos asuntos son estudiados en los capítulos tercero y cuarto del libro.

El capítulo tercero hace una revisión en profundidad de la literatura económica sobre el modo en el que los permisos relacionados con los hijos, que son utilizados mayormente por las mujeres, afectan a su situación en el mercado de trabajo. Las conclusiones son bastante claras. Respecto a la tasa de empleo, se produce un efecto positivo para las mujeres si el permiso es relativamente corto. Por el contrario, cuando el permiso es demasiado

largo, el efecto es negativo, porque se reduce la participación de las mujeres en el mercado laboral. El punto de inflexión varía en función de los distintos estudios, yendo desde las 30 semanas hasta los 2 años, pasando por 8-9 meses. Las mujeres superan a veces estos umbrales cuando disfrutaban del permiso de maternidad o de adopción e inmediatamente después del permiso parental. En cuanto a los salarios, por regla general cualquier período de permisos relacionados con los hijos tiene consecuencias negativas en los ingresos de las mujeres, una penalización salarial que aumenta notablemente con la duración del permiso.

En lo que es uno de los argumentos fundamentales de este libro, el autor explica que el propio Derecho de la Unión es cómplice de esta situación perjudicial, al estar favoreciendo un uso desigual de los permisos relacionados con los hijos por parte de las mujeres. Esto se debe a la falta de un permiso de paternidad europeo y al diseño actual del permiso parental, que permite la transferencia de gran parte del permiso (todo menos un mes) de un progenitor a otro y que, además, no prevé una remuneración adecuada durante el mismo. Este cuadro jurídico explica, por lo menos en parte, porque son las madres las que más a menudo paran de trabajar para cuidar de sus hijos.

Claro que hay también razones culturales para ello, ya que muchas veces se sigue considerando a las mujeres como las principales cuidadoras de los niños. Y hay igualmente razones económicas: como los sueldos de los hombres tienden a ser más altos que los de las mujeres y durante el permiso parental el pago no cubre todos los ingresos perdidos, entonces tiene sentido financiero para muchos hogares (al menos a corto plazo) que la mujer se quede en casa para cuidar a los hijos, porque la pérdida de ingresos es menor que si el hombre se quedara en casa.

El problema es que el derecho europeo actual favorece esta situación, en vez de combatirla. Esta es una de las constataciones funda-

mentales de este libro, que justifica a su vez también sus conclusiones generales.

Hay que señalar que, con la adopción de la Directiva 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, este panorama legal se ha modificado en parte. La Directiva ha creado un permiso de paternidad de 2 semanas, establecido que 2 de los 4 meses de permiso parental no pueden ser transferidos de un progenitor a otro y ha previsto el pago de estos 2 meses del permiso parental. El avance respecto a la situación anterior es indudable. Pero mientras no se pague el sueldo anterior durante todo el periodo del permiso parental y los padres puedan transferir una parte del permiso para las madres, queda todavía por hacer una parte del viaje.

El capítulo cuarto se centra en una cuestión potencialmente controvertida, como es la posible discriminación de los padres (y en general de los progenitores que no dan a luz, hombres o mujeres, como segundas madres en parejas lesbianas) con respecto al “período de cuidados” del permiso de maternidad. Esta es sin duda una de las partes jurídicas más subversivas y originales del libro.

Tras un análisis detallado de la jurisprudencia del Tribunal de la Unión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia, el autor hace un análisis crítico del *status quo* jurídico europeo. Este se puede resumir en la jurisprudencia del Tribunal de la Unión *Hofmann*, (asunto 184/83, sentencia de 12/7/1984) según la cual la diferencia de trato por razón de sexo entre la madre y el padre para los períodos nacionales de permiso de maternidad está justificada, además de por la condición biológica de la mujer que da a luz como consecuencia del embarazo y del parto, también por la especial relación entre la madre y el hijo (cuyo elemento determinante, a juicio del autor, es la lactancia materna).

El autor cuestiona el enfoque del Tribunal de la Unión. En primer lugar, aunque la mayoría de las mujeres empiezan dando el pecho, algunas no pueden amamantar (debido

a una contraindicación médica) o simplemente no quieren hacerlo, y aquellas que sí dan el pecho no lo hacen por el mismo período de tiempo. En segundo lugar, aun reconociéndose la importancia de la lactancia, argumenta que ocuparse del recién nacido conlleva mucho más que amamantar. Entre las actividades de cuidado se incluyen cambiar pañales, bañar, vestir y alimentar al bebé, llevarle de paseo, acostarle, acunarlo y llevarle al pediatra, entre otras. Los dos progenitores pueden llevar a cabo todas estas actividades. En resumen, la lactancia materna no puede justificar que los “períodos de cuidados” se otorguen solo a la madre que dio a luz. Añade que los períodos para cuidar a los niños deben valorarse y protegerse en sí mismos, tanto para hombres como para mujeres, incluso si el niño no es amamantado.

El capítulo quinto está dedicado a las conclusiones del libro y está dividido en dos partes. La primera recuerda a modo de síntesis las limitaciones del actual Derecho de la Unión sobre los permisos relacionados con los hijos y subraya los efectos secundarios negativos que dicho marco está ocasionando en la igualdad entre hombres y mujeres. La segunda parte pone sobre la mesa cuatro opciones para reformar el marco normativo europeo, si bien pueden ser perfectamente aplicables a diversos contextos nacionales. Todas las opciones pretenden mitigar los efectos secundarios sobre la igualdad de género, mediante, por un lado, la aproximación de los derechos a permiso de mujeres y hombres (como en España) y, por otro, el fomento de un uso más igualitario del permiso parental al hacerlo intransferible entre los progenitores y dotarlo de un alto nivel de remuneración (como en Suecia e Islandia). Según el autor, este nuevo marco permitiría un uso más igualitario de los permisos y un mejor reparto de las responsabilidades familiares entre los padres, lo que es fundamental para lograr una verdadera igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo.

En definitiva, el libro de Miguel de la Corte es una obra de máximo interés, no sólo por la

exhaustividad del análisis y la originalidad de las conclusiones, sino porque trata de un tema de gran actualidad en una sociedad cambiante, que exige una mayor igualdad de género en los asuntos laborales y en la que los hombres participan cada vez más en las actividades domésticas y aceptan un papel más activo en la educación de los hijos.

Decir que el derecho europeo protege demasiado a las mujeres y discrimina a los hombres puede parecer insólito y es por lo tanto arriesgado. La mayoría de nosotros tiene la percepción correcta de que, a pesar de todos los avances, las mujeres continúan siendo discriminadas con frecuencia, especialmente en el mercado laboral, sobre todo cuando dan a luz.

Pero, por definición, quien da importancia a la igualdad tiene que tener una mente abierta.

Con su análisis sereno y profundo, el autor gradualmente nos convence de que hay un verdadero problema en el derecho europeo en esta materia. Está claro que él no quiere reducir los derechos de las mujeres, sino tomarlos en serio y aumentar los derechos de los hombres. Quiere más igualdad para unas y otros. En este caso eso es posible. Y sobre todo es necesario.

ÁLVARO OLIVEIRA*

Doctor en Derecho por el Instituto Universitario Europeo de Florencia.

Antiguo letrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<https://doi.org/10.55617/revmites.10>

* El autor de esta recensión trabaja actualmente para la Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumidores, Unidad de Igualdad de Género. El contenido de este artículo no refleja la opinión oficial de la Unión Europea y la responsabilidad de la información y las opiniones expresadas en el mismo recae enteramente en el autor.

LA DIMENSIÓN COLECTIVA DE LA DIGITALIZACIÓN DEL TRABAJO

STEFANO BINI

Editorial Bomarzo, 2021

ISBN 978-84-18330-69-8, 198 páginas

Bajo los auspicios de una sociedad profundamente digitalizada, la editorial Bomarzo lanza una inédita monografía dedicada al estudio de la digitalización del trabajo desde un enfoque colectivo. Refrendado por el prólogo de José Manuel Gómez Muñoz, este estudio merece la consideración de “camino de reflexión sobre la tensión entre las dimensiones individual y colectiva del Derecho del Trabajo de hoy y mañana”.

A partir de la compilación de unas reflexiones de rabiosa vigencia y actualidad, Stefano Bini deja en evidencia la apremiante necesidad de someter al mandato de la ley el desbocado capitalismo digital que invade e impregna todos los recovecos de la sociedad y de la vida. Con una asombrosa claridad y estructura, este estudio reúne en sus cuatro capítulos la descripción y análisis del *iter* hacia la denominada “industria 5.0” (Capítulo I), la profunda individualización de las nuevas formas de trabajo digitalizadas y la difícil adaptación de los modelos de representación de las personas trabajadoras a las mismas (Capítulo II) y, por último, se formula una propuesta de renovación de la estructura y acción sindical del “sindicato digital” (Capítulo III) y de las perspectivas de participación colectiva a través de la digitalización (Capítulo IV). El caudal de reflexiones y planteamientos desembocan en un repertorio de conclusiones lucidas y acertadas, que contribuyen al amplio debate suscitado en torno a la metamorfosis de las relaciones de trabajo bajo la influencia de la digitalización. Por último, dentro de lo que viene constituyendo el armazón de esta monografía, su autor rinde cuenta del amplio periplo bibliográfico que respalda sus contribuciones investigativas. Sin más dilaciones, las siguientes líneas ilustran o, al menos, pretenden esbozar las líneas principales de esta oportuna obra.

Desde sus prolegómenos, el autor muestra su preocupación por esbozar la actualidad y el futuro del Derecho del Trabajo desde la contraposición y confrontación entre la dimensión individual y colectiva de las relaciones de trabajo. El pórtico de inauguración de este estudio se encuentra perfectamente delimitado en su primer capítulo, espacio en el que la hipótesis principal pivota en torno al cambio de época marcado por la intensa digitalización y la prevalencia del algoritmo más allá de las fronteras visuales del imaginario social. Este cambio de época permite poder hablar de la cuarta revolución industrial, una revolución donde la automatización, la digitalización y la informatización se elevan en las notas características de los actuales modelos productivos. Desde instancias europeas, se avanza, sin embargo, la idea de la industria 5.0, construcción conceptual que aboga por un modelo de empresa en la que las herramientas digitales se encuentren al servicio de las personas, por lo que la transición digital ha de producirse con observancia de la sostenibilidad ambiental y la resiliencia. En esta orden de ideas, una de las cuestiones más importantes que se delimitan en este estudio radica en la importancia del papel de las personas trabajadoras en el modelo de industria 5.0 y la necesidad de una mayor formación y capacitación de los trabajadores, alcanzadas a través de la digitalización. Se trata de observar las posibles interacciones entre la persona trabajadora y los dispositivos digitales. En la empresa de la “industria 5.0”, la persona humana ha de representar el elemento central y la automatización ha de alcanzar una naturaleza prominentemente cultural. El redimensionamiento de la organización productiva ha de producirse desde el rechazo de la premisa de sustitución de las personas trabajadoras por la implantación masiva de las TIC. Por el contrario, las TIC han de estar al servicio de las personas y este paradigma cambiante requiere una adaptación de las personas trabajadoras a través de la formación. La veloz transformación digital de las empresas pone de relieve los nuevos matices que el derecho de formación adquiere en cuanto derecho social universal planteando la trascendencia de una nueva cultura de formación. Por

último, en este primer capítulo se cuestiona la inserción de aquellas herramientas digitales, cuyo funcionamiento prescinden del control humano. El uso cada vez más extendido del blockchain conduce a su consideración como posible infraestructura que fomenta la eficacia de las políticas activas de empleo y la inserción sociolaboral de las personas. En conexión con lo anterior, se concede atención a los smart contracts proponiendo una posible aproximación jurídica a los mismos. Blockchain, smart contracts y DAOs constituyen sistemas digitales que prescinden totalmente de la intervención humana siendo capaces de sustraerse de la aplicación del Derecho. En contra de la suficiencia y autonomía de estas tecnologías, esta obra reafirma la dimensión humana de la evolución tecnológica. Respecto a la dimensión laboral de la “industria 5.0”, se pone de relieve la necesaria intervención normativa, así como la necesaria valorización de la vertiente colectiva de las personas trabajadoras.

Sentadas las anteriores premisas, el segundo capítulo de este estudio se adentra en el abordaje de la desintermediación e individualización del trabajo digital. Las connotaciones de la digitalización en el proceso productivo son numerosísimas y concretos instrumentos, como el blockchain, fomentan la individualización de las relaciones de trabajo pues difícilmente podemos hablar de un colectivo en las infraestructuras tecnológicas mencionadas en líneas previas. La índole no humana de estas infraestructuras pone en tela de juicio la posible constitución de la representación de los trabajadores. Ante un panorama en el que la representación colectiva de las personas trabajadoras se enfrenta cada vez a mayores dificultades en su constitución y acción, esta obra trata de delimitar nuevos espacios para la dimensión colectiva y la representación de los intereses colectivos. Los actuales modelos empresariales se definen a través de la descentralización, atomización y la externalización productiva, aspectos que ponen de relieve el difícil encaje del trabajo prestado en su seno en las instituciones del Derecho del Trabajo. Se refleja la dicotomía

trabajo estándar/trabajo contingente mostrándose el carácter expansivo de la segunda categoría, carácter que exige una labor innovadora y de redefinición de nuestra disciplina. El trabajo contingente es consecuencia de una emergente cultura de trabajo *on demand* y sus trabajadores, los denominados trabajadores contingentes, constituyen colectivos que destacan por su extrema vulnerabilidad. La necesidad de representación sindical es manifiesta siendo indispensable la ampliación del ámbito de actividad de los sujetos sindicales. Por lo tanto, los sindicatos están llamados a enfrentarse a su propia reconstitución y a la renovación de su acción colectiva. La redefinición del papel de las instancias representativas de los trabajadores y su acción colectiva representan la clave para frenar la tendencia hacia la individualización de las relaciones laborales. Otra de las cuestiones reflejadas es la relativa a la proliferación de las nuevas formas de trabajar o *smart working* con ocasión del carácter pandémico del COVID-19. En este nuevo contexto, el llamado trabajo inteligente confiere una singular relevancia a la autonomía individual de las partes respecto de las condiciones de trabajo. El acrecentado papel de la autonomía individual conferido a través del acuerdo de trabajo puede convertirse en la principal causa de un incisivo unilateralismo empresarial y una acentuada asimetría de poder. A través de estas nuevas formas de trabajo se prolifera la tensión entre la dimensión individual y colectiva del trabajo. A la vista de lo anterior, el autor de este libro, con máximo acierto, vuelve sus miras hacia los orígenes del Derecho Sindical con el principal propósito de delimitar el fundamento del sindicalismo desde el pasado y el futuro. Parece de difícil afirmación la existencia de un interés colectivo entre las personas trabajadoras de la industria 4.0. En consecuencia y atendiendo a la experiencia italiana, es necesario el abandono del concepto de “categoría” y “grupo” y abogar por la adhesión territorial como pauta definitoria de aquellos trabajadores marcados por la atipicidad de sus condiciones de trabajo. La digitalización de las relaciones de trabajo afecta los

modelos de democracia representativa y asociativa y los mecanismos de participación de las personas trabajadoras. Los actuales fenómenos de profunda transformación exigen un amplio espacio de debate de los interlocutores sociales con el fin de dar respuesta a la actual tendencia de potenciar las formas de trabajo sustentadas en la autonomía individual.

Naturalmente, las anteriores reflexiones han de ir seguidas de unas anotaciones en torno a la reconfiguración del sindicato en la era digital como así ocurre en la tercera parte de esta monografía. Como insiste el autor, la digitalización y la globalización se han convertido en un binomio indisoluble decidido a impregnar el espacio de las relaciones de trabajo. Desde esta premisa y observando las consecuencias de las redes sociales y el sistema blockchain, Bini lanza la siguiente pregunta: ¿qué horizonte se vislumbra para el sindicato y demás instancias representativas de las personas trabajadoras? Las páginas que integran el tercer capítulo de este estudio muestran el esfuerzo de su autor y su capacidad de aunar las respuestas a todas las incógnitas suscitadas en torno a la democracia sindical en la empresa en unos tiempos profundamente marcados por la transformación digital. Para acometer el boceto de los “apuntes para un sindicato digital”, se parte de la afirmación de los puntos fuertes y débiles de las redes sociales y su efecto transformador sobre la identidad del sindicato, efecto que se plasma tanto sobre su organización como sobre su acción. La vertiginosa mutación de la comunicación e información provocada por las redes sociales y los medios de comunicación han conducido a la crisis de los modelos representativos y su estructura siendo inaplazable el debate sobre su futuro. La aparición de nuevos colectivos de personas trabajadoras, caracterizados fundamentalmente por su vulnerabilidad y heterogeneidad, es prueba de la tendencia hacia el individualismo y la acentuada asimetría de poderes en la actualidad de unas relaciones laborales cada vez más marcadas por la digitalización. En este contexto de acentuada desigualdad, el sindicato es el único sujeto capaz de lograr el reequilibrio y la minoración de la asimetría,

aunque para ello sea necesario un cambio de rumbo en la organización y acción de los sindicatos. La reconfiguración del sindicato no ha de significar de ningún modo su desnaturalización, sino que su renovación ha de posibilitar la respuesta a las necesidades de representación y tutela de los nuevos colectivos de personas trabajadoras. Se deja constancia del vacío normativo existente en materia sindical desde la óptica de la digitalización, vacío que ha de ser resuelto necesariamente a través de la contemplación normativa de los derechos sindicales digitales. La digitalización de la acción sindical permitirá la protección y tutela de todas aquellas personas trabajadoras denominadas en esta obra “contingentes”. En este sentido, las redes sociales constituyen un importante artifice para cosechar las reivindicaciones de la colectividad de trabajadores. Los medios y recursos digitales contribuyen decisivamente a la renovación del sujeto sindical. Así, se analizan las posibles conexiones entre sindicato y el uso de las redes sociales y la tecnología blockchain con el propósito de poder plantear una acción sindical smart. Todas las anteriores propuestas, resultan apremiantes ante la desmaterialización de los modelos productivos impulsada por la inteligencia artificial, la cadena de bloques, los flujos de datos y un largo etcétera. Como pertinente se señala, los dispositivos y medios digitales han impulsado sobremanera una “exaltación del individualismo”, por lo que el sindicato digital ha de reforzar y consolidar el significado de lo “colectivo”. Al margen de las bondades de las redes sociales en materia sindical, también se consideran los posibles usos del blockchain en materia de elecciones sindicales básicamente por la garantía de transparencia y secreto en la emisión del voto. No obstante, las problemáticas derivadas del empleo del blockchain en el procedimiento de elecciones sindicales se centran en torno a la constitución de la mesa electoral y la sustitución de personas por algoritmos. Concluye este capítulo señalando que la regeneración del sindicato es posible a través del manejo de las tecnologías de la información y comunicación, pero sin cambiar su significado resumido en las siguientes palabras: “unión, colectivo, solidaridad”.

Por último, el capítulo concluyente confiere unas perspectivas de participación colectiva desde el esbozo de la digitalización como proceso social compartido. Ahondando en su contenido, se reafirma el nuevo paradigma laboral marcado por la innovación tecnológica y la digitalización como causas de nuevos fenómenos empresariales y nuevas formas de prestación de servicios. Este cambio de paradigma se ve fuertemente influido por la difuminación de la centralidad de la persona trabajadora y la propagación exacerbada de los instrumentos digitales. La labor legislativa es compleja teniendo que reformarse el ordenamiento jurídico en orden a las nuevas razones de la realidad, pero sin renunciar al acervo jurídico pretérito. Junto a la idea de “industria 5.0”, la Unión Europea promueve la idea de “sociedad 5.0”, idea que fomenta el recurso sistemático de las tecnologías informáticas “en beneficio y conveniencia de cada ciudadano”. En el ámbito laboral, la superación del individualismo requiere la implicación colectiva de los trabajadores, así como los procesos informales como medios de participación en la gestión empresarial. Resulta de fundamental importancia garantizar la participación de los representantes de los trabajadores en la implantación de tecnologías digitales en la organización productiva. Otro importante punto en la monografía que se reseña es el redimensionamiento de los derechos de información y consulta como reducto de limitación y reducción del poder del empresario. Una trascendente labor de resignificación de los derechos de información y consulta es la plasmada en la denominada Ley Rider, que amplía los derechos de los representantes de los trabajadores de ser informados acerca de los mecanismos

de digitalización de la organización del trabajo adoptados por la empresa. La negociación colectiva se contempla como piedra basilar en materia de digitalización siendo un elemento clave la información y la participación previas. Por lo tanto, a los interlocutores sociales se les ha de atribuir una labor de seguimiento y observancia de la incidencia de las tecnologías digitales en las relaciones de trabajo. Mirando a las experiencias de otros ordenamientos jurídicos de referencia, en este caso el italiano, se propone la constitución de un comité de seguimiento de transformación digital. En consecuencia, la innovación tecnológica puede constituir para los representantes de los trabajadores importantes oportunidades a la vez que implicaciones negativas, pero las posibles discordancias no permiten en absoluto hablar del fin del trabajo y del Derecho del Trabajo. Hay que establecer, por tanto, puntos de conexión y correlación entre la negociación colectiva y la participación como expresiones máximas para la revolución cultural del sindicato. Esta obra cierra sus disertaciones con unas contribuciones conclusivas y sintéticas de la necesidad de transitar la digitalización con un espíritu constructivo e indispensable de la presencia del sindicato. La implantación de tecnologías digitales en la empresa ha de realizarse poniendo en el centro del debate a la persona trabajadora y confiriendo protagonismo a las instancias representativas de los trabajadores.

GRATIELA-FLORENTINA MORARU

Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Castilla-La Mancha

<https://doi.org/10.55617/revmites.11>

MIGRANT DOMESTIC WORKERS IN EUROPE. LAW AND THE CONSTRUCTION OF VULNERABILITY

VERA PAVLOU

Hart Publishing, Oxford, 2021

ISBN 978-1-50994-237-4, 166 páginas

El trabajo doméstico se sitúa en una encrucijada de problemas. El objeto de este trabajo consiste esencialmente en una actividad de cuidados en el seno del hogar familiar, una actividad de atención a niños y ancianos y de sostenimiento de las condiciones básicas de reproducción de las personas que tradicionalmente se ha confiado a las mujeres como ámbito privado mientras que el espacio de lo público se reservaba a los hombres. Por eso mismo, el trabajo de cuidados ha sido considerado carente de valor, un trabajo *donado* que no podía parangonarse al trabajo asalariado ni al trabajo por cuenta propia que desembocaba en un mercado de bienes y de servicios a partir del cual se procedía al cálculo de su valor en términos económicos y sociales. El trabajo doméstico se superpone a este espacio privado y femenino como trabajo por cuenta ajena, y en consecuencia produce una distorsión de la naturaleza de los cuidados como actividad que se declara no mercantil y por tanto sin valor relevante desde el punto de vista de la producción de bienes y de servicios en el marco de la economía de mercado.

Esa es la razón por la que las condiciones laborales que caracterizan a esta actividad y la propia conceptualización de la misma, se entienden diferentes respecto de las que se predicen de la relación laboral común. El ámbito privado de la prestación de servicios situado dentro del perímetro del *domus*, del domicilio familiar, configuran la bilateralidad de la relación a partir de una asimetría en la que la condición personal es mucho más relevante que la que se podría encontrar en el trabajo asalariado prestado en microempresas. La impregnación patriarcal de la relación de trabajo es directa, y en no pocos momentos

se puede encontrar un nexo de unión con el viejo esclavismo doméstico, especialmente en los supuestos en los que la trabajadora al servicio del hogar familiar vive y se aloja en ese domicilio. La singularidad del trabajo se traduce en la eliminación de las garantías centrales que el sistema jurídico ofrece a las personas asalariadas, ante todo las relativas a la estabilidad en el empleo y a la protección ante su pérdida.

Coherentemente con la estructuración social vigente, el trabajo doméstico es fundamentalmente un trabajo desempeñado por mujeres. Los cuidados en el ámbito del hogar pertenecen, de acuerdo con los estereotipos socialmente vigentes, a las mujeres. En consecuencia, esta feminización de la actividad, unida a la consideración de ésta como un elemento subalterno y de menor valor que el resto de actividades productivas, conduce a una devaluación salarial de la retribución y al establecimiento de condiciones laborales caracterizadas por su penosidad.

Pero además este sector de actividad se nutre en una amplísima medida de personas inmigrantes. La globalización ha permitido y fomentado flujos migratorios extraordinariamente extensos – e intensos – que han alimentado el trabajo doméstico en los países desarrollados. Esta constatación lleva aparejada asimismo la posibilidad de que se inserten en el mecanismo de suministro de mano de obra organizaciones dedicadas al tráfico o a la trata de personas, y que por tanto se abran espacios muy amplios a la materialización del trabajo forzoso o a la explotación ilegal. En ese mismo vector, la componente fuertemente migratoria que recorre el trabajo doméstico implica la racialización del colectivo de personas que la pueblan, una nueva cuestión que enlaza con las huellas del pasado esclavista, pero que añade una nueva característica, la raza, a la abrumadora composición femenina de estas personas trabajadoras.

Las formas de abordar el problema desde la perspectiva de su regulación jurídica son por consiguiente deudoras de estos diversos enfoques. Por un lado, se intentará reforzar la

consideración laboral de esta actividad a partir de la extensión a la misma del paradigma regulatorio del trabajo decente, y por tanto, a partir de la extensión de derechos laborales que estas personas deben ver garantizados en el ámbito del domicilio familiar. El convenio 189 de la OIT, aprobado en el 2011 y entrada en vigor en septiembre del 2013, se dirige a este objetivo expresamente al titularse como una norma internacional para el trabajo decente de las trabajadoras y trabajadores domésticos, y el debate sobre su ratificación en nuestro país es actualmente aún una reivindicación sindical que recogía el propio programa de gobierno.

De otro lado, la convergencia de la feminización y la inmigración como características centrales de esta clase de trabajos, ha desembocado en la conveniencia de aplicar a las personas que los realizan la categoría de la vulnerabilidad como eje de una protección especialmente útil ante los supuestos de explotación ilícita o de trabajo forzoso, que se proyecta también sobre la vertiente sancionatoria de las conductas que generan las situaciones más denigrantes que degradan la condición de la dignidad de la persona humana. La vulnerabilidad se proyecta sobre el empleo, como una terminología ya incorporada a las políticas activas de empleo como programas de inclusión social, pero fundamentalmente refleja una situación de profunda desigualdad en el empleo y en el trabajo que se puede presentar de forma posiblemente más ajustada a la realidad bajo la expresión precariedad, en donde la interseccionalidad raza/género da las claves para su comprensión cabal.

En esta encrucijada se despliega la monografía de Vera Pavlou comentada, cuyo subtítulo es suficientemente expresivo de sus propósitos: el Derecho y la construcción de la vulnerabilidad. Vera Pavlou es ciudadana chipriota y efectuó sus estudios de doctorado sobre derecho comparado, europeo e internacional en el Instituto Europeo de Florencia, graduándose de doctora en el mismo bajo la dirección de la profesora Claire Kilpatrick. Ha sido *Research Fellow* en la Universidad Goe-

the de Frankfurt e investigadora invitada en la Universidad de Castilla La Mancha, y en la actualidad es profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Glasgow. El libro expone de manera muy completa el rol que la regulación jurídica desempeña en la construcción de la vulnerabilidad de este colectivo de trabajadores domésticos migrantes en un mundo plenamente globalizado.

Desde la complejidad de una realidad social en la que se entremezclan prejuicios de raza, género y clase en relación con los sujetos que trabajan y que se insertan en el ámbito de la privacidad del domicilio familiar, con el resultado de un trabajo infravalorado y estigmatizado, el derecho interviene estructurando esta vulnerabilidad. Es decir, la regulación legal *produce* y sostiene diferentes aspectos de esta vulnerabilidad del colectivo y de su explotación. Esto explica que una gran parte de los estudios sobre el tema aborden esta problemática desde la óptica de los derechos humanos y de la lucha contra el tráfico de personas, un enfoque que, al situar este tipo de trabajo en el marco de la esclavitud moderna, obtiene una enorme repercusión pública y genera un apoyo inmediato a los derechos de los trabajadores migrantes. Pavlou entiende correctamente que reconducir el marco de análisis sobre la vulnerabilidad de las trabajadoras domésticas migrantes a este punto estratégico de la vigencia de derechos humanos básicos y de lucha contra el trabajo forzoso, limita tanto el alcance del análisis del fenómeno como el papel que puede desempeñar el derecho en su regulación. Y en este cuadro explicativo no sólo hay que acudir a la normativa internacional como referencia jurídica relevante. Es evidente que tiene mucho interés examinar los instrumentos internacionales que ha generado la OIT, en concreto el Convenio 189 (2011), del que sin embargo cabe plantearse la cuestión muy relevante de su efectividad, que depende como se sabe de una amplia ratificación por parte de los estados que lo integran de esta manera en su ordenamiento interno. En Europa solo lo han hecho ocho países: Bélgica, Finlandia, Alemania, Italia, Irlanda, Portugal, Suecia y

Suiza, y entre los objetivos del gobierno español se encuentra su ratificación. Pero reviste especial importancia en esta conformación del fenómeno el derecho europeo, en su doble dimensión de la regulación de la inmigración tanto en el interior del espacio económico europeo como en lo referente al tratamiento de la inmigración extracomunitaria. También, a partir de la aplicación al trabajo doméstico de una serie de garantías y condiciones derivadas de las normas del derecho social, desde la prohibición de discriminación hasta la limitación de jornada. Y, finalmente, la regulación específica que del modelo migratorio efectúe cada país en concreto resulta determinante del resultado.

Por lo tanto, el libro de Vera Pavlou maneja como elementos básicos del análisis estos tres niveles de construcción de reglas jurídicas que en definitiva convergen en un resultado complejo, el espacio internacional, el europeo y el nacional / estatal. Su propuesta explicativa es esencialmente europea, y el estudio de casos que maneja se centra en cuatro países de esta región. Es una opción perfectamente comprensible y útil, puesto que la regulación supranacional de las relaciones laborales y de los flujos migratorios que suministra el derecho europeo constituyen un elemento de análisis muy rico y significativo.

De esta manera, el Capítulo 1 se dedica al examen del rol que la regulación nacional sobre la inmigración desempeña en la creación de la vulnerabilidad de estas personas, estableciendo una tipología de los posibles modelos: Entrada regulada/tratamiento liberal; Entrada abierta/tratamiento restrictivo; Dirigido por el empleador/tratamiento mixto y Régimen restrictivo, lo que permite corregir el enfoque de la vulnerabilidad exclusivamente centrado en la perspectiva de los derechos humanos al expresar una gradación de situaciones y de tipos de regulación muy diversos. El Capítulo 2 recoge esta tipología del régimen migratorio superponiéndolo al tratamiento del derecho laboral sobre la base de cuatro modelos de regulación: España, Suecia, Chipre y Reino Unido. Como es natural, el caso de

España, que es uno de los tres países europeos con un mayor número de personas trabajadoras domésticas inmigrantes de Europa, es especialmente interesante, sin descuidar el gran porcentaje de informalidad en este sector en nuestro país. De alguna manera, al seleccionar dos países del sur de Europa y confrontarlo a un país escandinavo del norte, Suecia, en donde el reclutamiento y la gestión de estos trabajos reposa sobre empresas privadas o al Reino Unido, también con una economía abierta al mercado de trabajo intraeuropeo gestionado por las agencias privadas de empleo temporal, se está diseñando dos modelos contrastados de *producción* de las condiciones de vida y de trabajo de estos colectivos, a la vez que se exploran las coordenadas en las que se mueve las condiciones de ilegalidad en la residencia de estas personas.

El Capítulo 3 es una parte importante del libro porque en ella la autora desarrolla la fragmentación que en el derecho de la Unión Europea se genera entre el espacio económico interno a los nacionales que la componen y el que se prevé para los extracomunitarios, dentro de ellos, quienes son naturales de países con Acuerdos de colaboración con la Unión y los que carecen de ellos. El elemento central aquí es por tanto la gradación en orden a la titularidad y el ejercicio de derechos que derivan justamente de la libertad de circulación y por consiguiente de la libertad de inmigración de los nacionales de los países miembros de la Unión Europea, frente a los controles y las dificultades que tienen los trabajadores y las trabajadoras de los países terceros y dentro de ellos, de los países concertados o no con la UE. Esta exposición se continua en el capítulo 4 al desarrollar cómo se integra el trabajo doméstico en el sistema normativo de la Unión Europea. En este apartado de la obra, Pavlou desarrolla una idea que ya había trabajado en otros textos previos*, sobre la potenciali-

* PAVLOU, VERA, "El potencial del derecho laboral de la UE para luchar contra la vulnerabilidad de los trabajadores domésticos. Implicaciones para el ordenamiento jurídico español", *Revista de Derecho Social* 76 (2016) : 83-106.

dad del derecho social europeo para reducir la vulnerabilidad del colectivo de las personas trabajadoras domésticas, mediante la plena inclusión de las mismas en el concepto de trabajador y la aplicación de las normas sobre no discriminación, permiso por maternidad, jornada de trabajo y derechos de información y transparencia sobre las condiciones de trabajo, como aspectos más señalados.

El Capítulo 5, finalmente, se dedica a describir las vías y los diferentes procesos que se han ido siguiendo en los cuatro países examinados para, desde la acción colectiva y las estrategias de movilización, ampliar y consolidar los derechos laborales y de ciudadanía de los migrantes trabajadores domésticos. Es en este aspecto en el que la función dinamizadora de este movimiento en torno a

la ratificación del Convenio 189 OIT ha sido más efectiva, como un marco de referencia importante en la lucha contra la vulnerabilidad de este sector. La conclusión de este extenso análisis se dirige a la reformulación de los controles migratorios, la necesidad de que se puedan utilizar para hacer valer los derechos laborales de los trabajadores domésticos no comunitarios, en lugar de limitarse a producir precariedad. En definitiva un objetivo irrenunciable, la de un trabajo decente para este sector de personas trabajadoras, en cuyo tratamiento el derecho debe necesariamente que tender a desplegar toda su potencialidad antidiscriminatoria, removiendo las reglas que favorecen y amparan la vulnerabilidad de este colectivo.

ANTONIO BAYLOS GRAU

<https://doi.org/10.55617/revmites.12>

Sumario

PRESENTACIÓN: *Antonio Baylos Grau* • **I. ESTUDIOS:** La reforma de los contratos de duración determinada (art. 15 TRLET). Una aproximación a la regulación del RD-L 32/2021, *Alberto Pastor Martínez* • La nueva regulación del contrato fijo discontinuo. Una visión general. *Esther Carrizosa Prieto* • El nuevo contrato formativo: una apuesta decidida por la formación como mecanismo de inserción laboral. *Josep Moreno Gené* y *Ana María Romero Burillo* • El refuerzo de los expedientes de regulación temporal de empleo en la reforma laboral de 2021. *Faustino Cavas Martínez* • El sistema legal de negociación colectiva tras el RD-L 32/2021. Nuevas orientaciones en la estructura negociada, determinación del convenio colectivo aplicable y restitución de su vigencia ultraactiva. *Amparo Merino Segovia* • La temporalidad en el empleo público laboral y las últimas reformas legislativas. *Elena Desdentado Daroca* • **II. JURISPRUDENCIA:** La "huella" del Covid en la jurisprudencia social: las normas de urgencia para la protección del empleo ante los Tribunales. *Francisca Fernández Prol* • ¿Es equiparable automáticamente y a todos los efectos la Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran Invalidez a la declaración de discapacidad del 33%? (A propósito de la STS núm. 156/2020, de 19 de febrero de 2020 y la incursión en *ultra vires* del art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013). *José Luis Monereo Pérez* y *Sara Guindo Morales* • **III. RECENSIONES:** La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré. *Jesús Cruz Villalón* y *María Luisa Molero Marañón* • EU Law on Maternity and Other Child-related Leaves: Impact on Gender Equality. *Álvaro Oliveira* • La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo. *Gratiela-Florentina Moraru* • Migrant domestic workers in Europe. Law and the construction of vulnerability. *Antonio Baylos Grau*

