



GOBIERNO
DE ESPAÑA

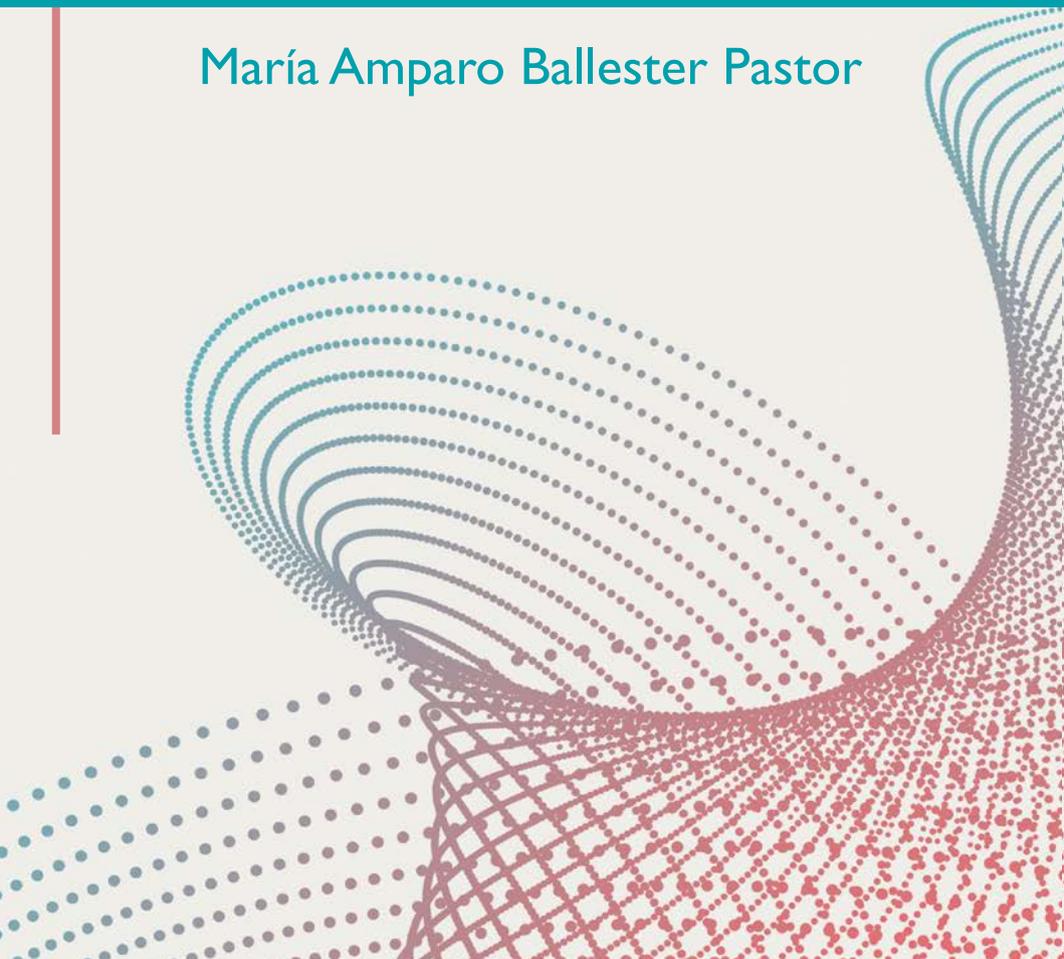
VICEPRESIDENCIA
SEGUNDA DEL GOBIERNO

MINISTERIO DE TRABAJO
Y ECONOMÍA SOCIAL

LA REFORMA LABORAL DE 2021

Más allá de la crónica

María Amparo Ballester Pastor



MINISTERIO DE TRABAJO
Y ECONOMÍA SOCIAL

**Subdirección General de Informes,
Recursos y Publicaciones**

RET: 22-2.395

La reforma laboral de 2021: más allá de la crónica

**La reforma laboral de 2021:
más allá de la crónica**

María Amparo Ballester Pastor

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

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

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

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: sgpublic@mites.gob.es

Internet: www.mites.gob.es

NIPO Papel: 117-22-010-8

NIPO Pdf: 117-22-011-3

NIPO Epub: 117-22-012-9

ISBN Papel: 978-84-8417-589-6

Depósito legal: M-8981-2022

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro, de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.
Imprime: Estilo Estugraf Impresores, S.L.



...Y a mi, Señor, quítame el miedo...

Ester, 4: 17 z

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| <i>Abreviaturas utilizadas</i> | 13 |
| PREÁMBULO | 15 |
| Parte I. La reforma laboral de la contratación: la lucha efectiva contra la precariedad laboral | 17 |
| Capítulo primero. LA NUEVA CONTRATACIÓN FORMATIVA | 21 |
| 1. Introducción | 23 |
| 2. De los contratos formativos al contrato formativo único: el reforzamiento de la formación teórica | 24 |
| 3. El contrato formativo para la formación en alternancia: la definitiva desaparición del contrato de aprendizaje | 27 |
| 3.1. Más allá de los conceptos y los nombres: lo que es y lo que no es el nuevo contrato formativo para la formación en alternancia del artículo 11.2 ET | 27 |
| 3.2. La garantía de la causalidad formativa a través de la conexión directa de la formación práctica y la formación teórica | 30 |
| 3.3. La cuestión de la edad: el dilema entre promoción del empleo juvenil y el fomento de la formación continua | 34 |
| 3.4. Las garantías laborales y de seguridad social del contrato de formación en alternancia | 35 |
| 4. El contrato formativo para la obtención de la práctica profesional | 38 |
| 5. Normas comunes aplicables a las dos modalidades del contrato formativo | 41 |
| Capítulo segundo. LA REFORMULACIÓN DE LOS CONTRATOS TEMPORALES | 49 |
| 1. Alcance general y principios básicos de la reforma de la contratación por tiempo determinado | 51 |

- 2. El nuevo contrato por circunstancias de la producción 62
 - 2.1. El contrato por circunstancias de la producción ordinario o común: la madurez del antiguo contrato de eventuales 62
 - 2.1.1. Sobre la causa 62
 - 2.1.2. Sobre la desaparición del antiguo contrato de obra 65
 - 2.1.3. Sobre la duración del nuevo contrato por circunstancias de la producción ordinario o común 68
 - 2.2. El contrato por circunstancias de la producción ocasional pero previsible: la causalidad con termino estricto 68
- 3. El contrato de sustitución 70
- 4. El contrato temporal en la Administración Publica 73
 - 4.1. El contexto de la precariedad enquistada en la Administración: los históricos privilegios 73
 - 4.2. El RDL y la contratación temporal en la Administración: su influencia en la estabilidad de la plantilla en el sector público ... 76

- Capítulo tercero. LA REGENERACIÓN NORMATIVA DEL CONTRATO DE FIJOS DISCONTINUOS 83**
 - 1. Introducción 85
 - 2. El fin de la artificiosa diferenciación entre contrato fijo periódico y contrato fijo discontinuo 86
 - 3. Los supuestos para la contratación de fijos discontinuos 89
 - 3.1. El contrato de fijo discontinuo en empresas de trabajo temporal 90
 - 3.2. El contrato de fijo discontinuo para actividades de contrata, subcontrata o concesión administrativa 92
 - 4. La necesidad de previsibilidad en el contrato de fijo discontinuo: la aplicación de lo establecido en la Directiva 2019/1152 96
 - 5. El llamamiento 100
 - 6. Los derechos de las personas contratadas como fijas discontinuas 102

- Parte II. La reforma laboral sistémica 107**

- Capítulo cuarto. LA NUEVA FLEXIBILIDAD INTERNA 111**
 - 1. Introducción 113
 - 2. Los nuevos ERTE 117
 - 2.1. Principios comunes de los nuevos ERTE 117
 - 2.2. El alcance del nuevo ERTE ETOP 129
 - 2.3. El alcance del nuevo ERTE por fuerza mayor temporal: las nuevas y las viejas emergencias 129
 - 2.3.1. El ERTE por fuerza mayor ordinaria (art. 47.5 ET) 129
 - 2.3.2. ERTE por limitación o impedimento 131

| | |
|--|-----|
| <i>Índice</i> | 11 |
| 2.4. El nuevo ERTE del mecanismo RED (art. 47 bis ET) | 133 |
| 2.4.1. Los tipos de ERTE RED | 134 |
| a) El ERTE cíclico | 134 |
| b) El ERTE sectorial | 135 |
| 2.4.2. Características del ERTE del mecanismo RED | 137 |
| 3. Flexibilidad interna coordinada con la flexibilidad externa en el sector de la construcción: el indefinido adscrito a obras | 141 |

Capítulo quinto. LA MODERNIZACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN

| | |
|--|-----|
| COLECTIVA | 151 |
| 1. Introducción | 153 |
| 2. El restablecimiento de un sistema de negociación que favorezca la competencia leal entre empresas: la patología de los convenios que compiten en costes laborales | 155 |
| 2.1. Los presupuestos de la reforma de la negociación operada por el RDL 32/2021 | 155 |
| 2.2. La corrección operada por el nuevo art. 84.2: la nueva relación entre convenios sectoriales y convenios de empresa sobvenidos | 158 |
| 2.2.1. Las relaciones entre el clásico art. 84.1 ET y el nuevo art. 84.2 ET | 160 |
| 2.2.2. Los efectos regresivos de la posibilidad de que los convenios de empresa deroguen el convenio sectorial aplicable en materia retributiva | 162 |
| 3. El convenio colectivo aplicable en caso de contrata | 164 |
| 3.1. Alcance general del nuevo art. 42.6 ET: su incidencia en el reforzamiento de la competencia leal entre empresas | 164 |
| 3.2. La “actividad desarrollada en la contrata” como criterio de determinación del convenio sectorial aplicable | 165 |
| 3.3. El valor social del criterio establecido en el nuevo art. 42.6 ET | 170 |
| 4. Reglas de vigencia de los convenios colectivos en el nuevo art. 86 ET | 173 |
| 4.1. Estado de la cuestión: los problemas de la muerte súbita del convenio colectivo | 173 |
| 4.2. El retorno de la ultraactividad por el RDL 32/2021 | 176 |

Abreviaturas utilizadas

| | |
|--------------|--|
| CE | Constitución Española |
| DA | Disposición Adicional |
| DF | Disposición Final |
| DT | Disposición Transitoria |
| EBEP | Estatuto Básico del Empleado Público |
| ERE | Expediente de Regulación de Empleo |
| ERTE | Expediente de Regulación Temporal de Empleo |
| ET | Estatuto de los trabajadores |
| ETOP | Económica, técnica, organizativa o de producción |
| ETT | Empresa de Trabajo temporal |
| LGSS | Ley General de Seguridad Social |
| LISOS | Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social |
| LO | Ley Orgánica |
| OIT | Organización Internacional del Trabajo |
| RD | Real Decreto |
| RDL | Real Decreto Ley |
| Rec. | Recurso |
| SAN | Sentencia de la Audiencia Nacional |
| SEPE | Servicio de Empleo Público Estatal |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STJUE | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TJUE | Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| TS | Tribunal Supremo |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia |

PREÁMBULO

El presente trabajo no pretende realizar una exposición exhaustiva de los contenidos de la reforma laboral operada por medio del RDL 32/2021 y ni siquiera persigue exponer sus objetivos y justificaciones, de los que da detallada cuenta su exposición de motivos. Tiene el objetivo de descender a lo que pudieran querer decir las palabras a la luz de lo que se fue planteando a lo largo de los siete meses que duró el dialogo social. Innecesario resulta señalar que no se pretende interpretar y ni siquiera clarificar lo que verdaderamente dicen estas palabras, cuya aplicación corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia. Tampoco encontrará la persona lectora un diario de bitácora de lo que sucedió en aquellas arduas sesiones de negociación. Lo que viene a continuación es una reflexión en clave de análisis jurídico que no va más allá de ser la opinión de quien la suscribe acerca del alcance y trascendencia que puede tener esta nueva norma laboral que utiliza nuevos lenguajes, establece nuevos paradigmas y aspira a abrir el camino a una nueva forma de entender las relaciones laborales en la empresa, más consecuente con una economía de calidad capaz de competir en un contexto globalizado.

Es bien sabido que el RDL 32/2021 surge en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que en el ámbito laboral tiene un perímetro delimitado por las obligaciones contraídas por España en el componente 23. Pero el Plan es mucho más que una actuación de emergencia puntual ante la gravísima crisis pandémica. Los compromisos que la Unión Europea exige a España tienen un carácter sistemático y estructural, capaz de acometer definitivamente los graves defectos de nuestro sistema de relaciones laborales que, a la vista de nuestros datos de empleo y de la calidad de nuestros contratos de trabajo, siguen sin estar resueltos pese a las numerosas reformas y contrarreformas acometidas.

En el contexto descrito, el RDL 32/2021 es un compromiso de futuro, que resuelve las cuestiones concretas comprometidas con la Unión Europea pero que sobre todo establece los principios básicos de una actuación global y sistemática que aspira a tener dos manifestaciones: a nivel micro, el futuro

inmediato se encuentra en el desarrollo reglamentario de lo establecido en el RDL 32/2021; a nivel macro, el futuro apunta hacia una reforma integral del Estatuto de los Trabajadores, que regulará con carácter sistemático y estructural, el marco laboral, empresarial y productivo que requiere una economía que está muy lejos de la que inspiró aquella norma de 1980. Entre estos espacios de futuro a medio plazo, y en el marco de los compromisos inmediatos contraídos en el componente 23 se ha construido el RDL 32/2021, algunos de cuyos retos se exponen a continuación.

Son muchas las cuestiones teóricas y prácticas que hace surgir una reforma como la llevada a cabo por el RDL 32/2021. Uno de los aspectos que sin duda, será de mayor interés consistirá en comprobar cómo se produce la aplicación e interpretación que corresponde a los tribunales de justicia y en qué aspectos y ante qué nuevas redacciones se producirá un cambio en la doctrina judicial que, hasta este momento, hubiera sido aplicable. Porque ciertamente muchos de los aspectos de la doctrina judicial clásica y consolidada seguirán siendo aplicables pese al cambio en la redacción de los preceptos que les dan soporte (como, por ejemplo, en el caso del contrato formativo o el contrato de sustitución), pero aparecen en el RDL 32/2021 nuevos términos, nuevos conceptos e incluso nuevos principios y nuevas instituciones que probablemente darán lugar a cambios o a nuevos giros interpretativos en la jurisprudencia. Todos los cambios normativos trascendentes tienen estas consecuencias, que no pueden calificarse como generadoras de incertidumbre o de inseguridad jurídica, sino más bien como desencadenantes de nuevas reflexiones y de nuevas perspectivas. La presente reforma laboral da la oportunidad de revisar e incluso actualizar interpretaciones judiciales y doctrinales a la luz de un texto que refleja el camino que los interlocutores sociales han decidido que quieren recorrer juntos.

El RDL 32/2021 tiene dos ejes temáticos claros: Hay un primer bloque temático, el de la lucha contra la precariedad y la reforma del sistema de contratación, que constituye la parte más relevante de la reforma en volumen, intensidad y alcance. A ello se dedica la primera parte del presente trabajo. El segundo bloque temático de la reforma laboral podría denominarse sistémico porque se refiere a aspectos estructurales del propio sistema de relaciones laborales, que necesitan ser acometidos para que la dinámica ordinaria de funcionamiento de las empresas sea de mayor calidad. Comprende la modernización de la negociación colectiva y el reforzamiento de la flexibilidad interna aplicable en momentos de crisis. A ello se dedica la segunda parte del presente trabajo.

Parte I

La reforma laboral de la contratación: la lucha efectiva contra la precariedad laboral

El RDL 32/2021 tiene como objetivo superar la perspectiva puntual y asistemática que ha caracterizado las reformas de lucha contra la precariedad a lo largo de los años. Tiene una perspectiva global, que afecta a varias instituciones, incluyendo la contratación formativa, el contrato fijo discontinuo, la actuación de las empresas de trabajo temporal, los incentivos de seguridad social o las peculiaridades en la Administración Pública. Por ello las herramientas utilizadas son diversas, como diversas son también las áreas afectadas.

Se trata de un plan sistemático y de amplio espectro, en el que ciertamente se podría haber tocado más teclas, pero en un contexto de dialogo social y de un enquistado hábito de precariedad de muchos años de recorrido, el principal objetivo era establecer cauces claros y no dar pasos en falso ni dejar resquicios que abrieran nuevas puertas a la misma. Los cuarenta años de lamentable experiencia indicaban claramente que era necesario no caer en la trampa de la grandilocuencia inoperante. Por eso se cierran las puertas a la precariedad inadmisibles protegiendo las temporalidades necesarias. Y en este tratamiento sistematizado desaparecen figuras (el contrato de obra), aparecen otras (el contrato eventual ocasional previsible), se reformulan instituciones a efectos de darles centralidad (contratos formativos) y se reconfiguran mecanismos de lucha contra la precariedad laboral en la Administración Pública.

Vaya por delante que el principal objetivo en esta reconfiguración del sistema ha sido reforzar la causa temporal, lo que se advierte claramente en la nueva formulación de la contratación formativa (en la que se refuerza la formación teórica) y de los contratos temporales (que atienden a causas más acomodadas a la realidad empresarial actual). No se renuncia ni mucho menos a los mecanismos automáticos de transformación en contrato indefinido por tiempo transcurrido en temporalidad, que se mejoran y se adecúan a las nuevas formas de contratación.

Es interesante destacar que la nueva regulación afecta también al mecanismo de presunciones, reflejando expresamente la presunción clásica del carácter indefinido de toda relación laboral e incorporando algunas interesantes nuevas presunciones. Aunque se trata de un principio rotundo e incuestionable de nuestro ordenamiento, su expresa mención tiene una clara dimensión estructural, como también la tienen las modificaciones que se operan para que la contratación temporal, que debe seguir existiendo para atender las necesidades temporales de las empresas, sea más efectiva en su finalidad.

Capítulo primero

LA NUEVA CONTRATACIÓN FORMATIVA

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión formativa tiene una relevancia trascendental en el RDL 32/2021. La nueva norma tiene como principal objetivo superar la perspectiva marginal, secundaria y a menudo meramente ornamental que ha tenido la formación en la historia reciente de la normativa laboral española y para ello construye un sistema que no solo incide en los momentos de la formación inicial (contrato formativo del art. 11 ET), sino que también pretende reforzar la formación continua en la empresa, sobre todo (pero no solo) en los momentos de crisis (art. 47 y 47 bis ET).

El artículo 11 ET es una pieza clave en esta nueva concepción de la formación en y para el empleo. La cronología de este precepto ha sido una historia de expectativas y decepciones. Los momentos álgidos de utilización de estos contratos han coincidido con los momentos en que se encontraban más devaluados en su vertiente formativa, lo que prueba que se han utilizado para crear empleo precario de bajo coste. Lamentablemente, la historia nos muestra que cuando como consecuencia de tales abusos la normativa ha establecido limitaciones y controles, la utilización de los contratos formativos ha decaído ostensiblemente. Es indudable que existe una clara desconfianza ante los contratos laborales formativos que se ha acentuado con la aparición de mecanismos no contractuales paralelos a bajo coste, como las prácticas no laborales, esas becas padecidas por muchas personas jóvenes que no han servido para promover su formación efectiva y su inserción estable en el mercado de trabajo sino para incrementar la precariedad generalizada y enquistada de nuestra fuerza de trabajo.

La degradación sufrida a lo largo de los años por los contratos formativos ha llegado a extremos casi estrambóticos, como cuando la ley 11/2013, de 26 de julio, en su art. 9 estableció unos incentivos para la contratación a tiempo parcial “con finalidad formativa” al margen de lo establecido en el art. 11 ET. De este modo no solo se seguía despreciando el papel de los contratos formativos, sino que se instauraba una nueva forma de contratación temporal que a falta de causa tenía excusa, incorporando un elemento añadido de precarización. Como era previsible, esta desafortunada fórmula

terminó derogada¹, lo que era esperable dado que ni siquiera consiguió crear empleo precario: cuando se crean figuras contractuales imprecisas, ambiguas y que van contra los principios elementales del ordenamiento laboral, con buen criterio las empresas prefieren obviarlas. Algo similar ocurrió con el contrato de apoyo a los emprendedores, cuyas muchas aristas y cuestionamientos motivaron también su falta de uso.

En fin, el reto principal en la regulación del nuevo contrato formativo del RDL 32/2021 es resituarlo en el lugar que le corresponde, con seguridad jurídica y configurando con rotundidad una serie de principios básicos destinados a lograr la conjunción entre efectividad de la formación y garantías para las personas trabajadoras. El nuevo contrato de formación en su versión de formación en alternancia está ahora destinado a sustituir definitivamente al histórico contrato de aprendizaje, que concluye por fin su tarea de continuador de los gremios medievales. Y el nuevo contrato formativo para la obtención de la práctica profesional aspira a que las primeras experiencias en el mercado de trabajo sean plenamente laborales y desplacen a otras fórmulas de trabajo a bajo coste.

2. DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS AL CONTRATO FORMATIVO ÚNICO: EL REFORZAMIENTO DE LA FORMACIÓN TEÓRICA

El nuevo artículo 11 del ET configura un sistema de contratación formativa que se sustenta en la unicidad. El título del precepto deja de ser “contratos formativos” para pasar a ser “contrato formativo”. Esta enunciación en singular tiene un significado especial porque refuerza el elemento común que tienen las dos modalidades del nuevo sistema contractual formativo: tanto la modalidad de formación en alternancia regulada en el nuevo art. 11.2 ET, como la modalidad de formación para la obtención de práctica profesional regulada en el art. 11.3 ET son, desde ahora, fórmulas profundamente conectadas con la formación teórica, tanto en el ámbito de los contenidos como en el espacio de las relaciones de las empresas con las entidades y centros educativos o formativos.

El reforzamiento de la formación teórica en el nuevo sistema de contratación formativa imbuye todo el artículo 11 ET, pero tiene dos manifestaciones particularmente interesantes: De un lado, el nuevo contrato de formación en alternancia es ahora un contrato que requiere la existencia de un convenio entre la entidad educativa y la empresa, así como un plan formativo individual adecuado a la situación en la que se encuentra la persona en formación. En torno a este mecanismo se configura un sistema de tutorización teóri-

¹ Por la Disposición derogatoria única 2.b RDL 28/2018, de 8 de diciembre.

co-práctica compartida y coordinada que apuntala la esencia formativa del trabajo realizado. El plan individual también se exige en el caso del contrato para la obtención de la práctica profesional. De otro lado, el nuevo contrato de formación en alternancia tiene una conexión exclusiva y excluyente con los estudios de formación reglada (tanto de formación universitaria como de formación profesional) así como con la formación para el empleo en el marco del sistema nacional de empleo. No caben otros tipos de formación teórica.

Esta nueva consideración de la formación teórica se advierte con especial claridad en la versión de formación en alternancia como sucesora del antiguo contrato de formación y aprendizaje, porque el antiguo contrato en prácticas ya tenía (y sigue teniendo) una conexión con la formación teórica, al ser la titulación académica previa requisito esencial para su realización. Aquel contrato en prácticas estaba vinculado a quien tenía una titulación; pero el contrato para la formación y el aprendizaje, que quería ser aplicable a quien estaba obteniendo esta titulación, en realidad nunca consiguió hacer efectiva su finalidad y raramente dejó de ser un mero contrato de inserción.

El antiguo contrato de formación y aprendizaje se desprende ahora de sus perennes ambigüedades e imprecisiones en el ámbito de la formación teórica y se aproxima a la otra modalidad, la de obtención de práctica profesional, hasta formar con ella un todo interconectado, que acompaña, con diferentes modalidades pero con una única finalidad y filosofía, a la persona trabajadora. En efecto, la formación teórica del antiguo contrato de formación y aprendizaje fue siempre un concepto indeterminado lo que propició su utilización como forma de inserción juvenil sin causa formativa real². Bastaba la matrícula en un curso a distancia, sin mayores concreciones ni limitaciones ni controles, para que se habilitara esta posibilidad de contratación pseudo-formativa a bajo coste de jóvenes. Más adelante se establecieron límites y condiciones³ y se vinculó la formación teórica a la formación habilitante para la formación profesional reglada así como para la obtención

² En la formulación del artículo 11.2 del ET de 1995 (RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) se establecía una obligación de formación teórica de espectro demasiado extenso como para garantizar su cumplimiento efectivo. Asimismo, las consecuencias por falta de cumplimiento de la formación teórica eran casi anecdóticas. Este precepto establecía lo siguiente: *Se entenderá cumplido el requisito de formación teórica cuando el aprendiz acredite, mediante certificación de la Administración pública competente, que ha realizado un curso de formación profesional ocupacional adecuado al oficio o puesto de trabajo objeto de aprendizaje. En este caso, la retribución del trabajador se incrementará proporcionalmente al tiempo no dedicado a la formación teórica. // Las empresas que incumplan sus obligaciones en relación con la formación teórica deberán abonar al trabajador, en concepto de indemnización, una cantidad igual a la diferencia que exista entre el salario percibido por el trabajador, en virtud del tiempo de formación teórica pactada en el contrato, y el salario mínimo interprofesional o el pactado en convenio colectivo, sin perjuicio de la sanción que proceda de acuerdo con lo previsto en el artículo 95 apartado 6 de esta Ley.*

³ Por ejemplo, la Ley 8/1997, de 16 de mayo, estableció que la falta total de formación teórica desencadenaba la consideración del contrato como por tiempo indefinido.

de los certificados de profesionalidad⁴. En ese momento el contrato para la formación y aprendizaje comenzó su progresivo declive, hasta el punto de que en los últimos años su utilización terminó limitada prácticamente a los supuestos de escuelas taller, casas de oficio y talleres de empleo. El último paso, todavía pendiente de desarrollo reglamentario cuando se promulgó el RDL 32/2021, fue la posibilidad de que el contrato de formación y aprendizaje diera cobertura a la formación universitaria mediante el contrato de formación dual universitaria⁵.

En el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, se configura finalmente un sistema de contratación formativa que acompaña a la persona en formación tanto durante el tiempo en que está obteniendo la titulación habilitante (contrato de formación en alternancia) como en el momento de la obtención de la práctica profesional (contrato de formación para la obtención de la práctica profesional), manteniendo en todo caso una conexión directa con la formación teórica, tanto a nivel de contenidos, como de coordinación con las instituciones educativas. Es significativo al respecto que la norma actual abandone definitivamente aquel término de aprendizaje, que lo vinculaba a tiempos remotos en que la formación laboral se obtenía al margen de la formación teórica y también a tiempos pasados en que la formación fue una excusa para la contratación barata de jóvenes que pretendía insertarlos en el mercado de trabajo a toda costa, pero que solo consiguió ser un elemento más para la consolidación de la precariedad.

El carácter único del sistema de contratación formativa se refuerza en el actual art. 11.4 ET, en el que se establecen normas comunes para ambas formas de contrato formativo. No existe precedente en la normativa española de una regulación sustantiva unitaria de ambas manifestaciones de contratación formativa, que siempre han tenido una regulación separada en apartados diferenciados y desconectados entre sí⁶. También es significativo que en la actual regulación del RDL 32/2021 la modalidad de formación en alternancia apa-

⁴ De un lado, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo reformó sin éxito el artículo 11 ET. De otro lado, el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual, terminó por destruir el contrato de formación y aprendizaje a base de no regular adecuadamente su formación teórica y de reforzar una formación dual paralela no contractual, que nunca tuvo trascendencia.

⁵ Por Ley de Presupuestos para 2021, Ley 11/2020, de 30 de diciembre, se creó el contrato de formación dual universitaria.

⁶ El tercer apartado del art. 11 ET nunca estuvo dedicado a establecer una base normativa común para ambos contratos, que siempre han tenido formulación y régimen jurídico totalmente diferenciado. En 1997 (por RDL 8/1997, de 16 de mayo) se introdujo un tercer apartado que sirvió para contemplar la posibilidad de que los convenios colectivos establecieran compromisos de conversión en indefinidos; y en 2010 (por RDL 10/2010) se añadió a este apartado la posibilidad de que los convenios colectivos establecieran mecanismos para conseguir la paridad por género en el ámbito de los contratos formativos. No eran propiamente elementos de régimen jurídico unitario de los contratos formativos sino precisiones respecto a la acción de la negociación colectiva.

rezca regulada en primer lugar, en el apartado segundo, lo que es consecuente con su aparición cronológica anterior a la formación para la obtención de la práctica profesional, que aparece ahora posteriormente, en el apartado tercero.

3. EL CONTRATO FORMATIVO PARA LA FORMACIÓN EN ALTERNANCIA: LA DEFINITIVA DESAPARICIÓN DEL CONTRATO DE APRENDIZAJE

El contrato formativo para la formación en alternancia en el nuevo art. 11.2 ET se sustenta en torno a dos ejes: (i) la efectividad de la formación, como concepto unitario, que abarca la formación teórica y la formación práctica, que actúan de modo coordinado y conectado; (ii) el blindaje ante las formas contractuales de bajo coste y escaso contenido formativo real que ha caracterizado hasta ahora el contrato para la formación y el aprendizaje.

3.1. Más allá de los conceptos y los nombres: lo que es y lo que no es el nuevo contrato formativo para la formación en alternancia del artículo 11.2 ET

Es preciso comenzar destacando lo que no es ni pretende ser el nuevo contrato de formación en alternancia regulado en el art. 11.2 ET, porque de ello es posible vislumbrar cuál será su evolución y también cuál es su verdadera finalidad y esencia.

En primer lugar, el contrato de formación en alternancia no es la formación dual del sistema educativo regulada en el título III del RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual. De hecho el espíritu del nuevo contrato de alternancia es absorber el sistema extralaboral de formación dual del sistema educativo configurado en ese Real Decreto para devolverlo al ámbito de la laboralidad por medio del nuevo contrato de formación en alternancia. Ello anticipa cual será el destino del RD 1529/2012 y los principios que informarán el nuevo desarrollo reglamentario.

Conviene recordar ahora los principios del sistema configurado por el RD 1529/2012. Esta norma reguló en su título II el contrato para la formación y el aprendizaje; y en su título III un sistema de trabajo extralaboral, vinculado al sistema educativo de formación profesional⁷ que autorizaba la prestación de servicios de estudiantes a partir de convenios entre los centros educativos y las

⁷ En el artículo 28 RD 1529/2021 se establecía el objeto de la formación dual del siguiente modo: *El objeto de este título es establecer el marco para el desarrollo de proyectos de formación profesional dual en el sistema educativo, con la coparticipación de los centros educativos y las empresas, cuando no medie un contrato para la formación y el aprendizaje.*

empresas. El título III del RD 1529/2012 tenía como objetivo sacar del ámbito de la laboralidad la prestación de servicios para la formación de las personas estudiantes a partir de esta formación dual sustentada en becas⁸. El contrato de formación en alternancia no es la formación dual del título III del RD 1529/2012 porque el contrato que contempla es plenamente laboral y aspira a reconducir a la laboralidad todos los mecanismos que contribuyeron a degradar los contratos formativos laborales existentes. En efecto, tanto la formación dual del RD 1529/2012 como las prácticas no laborales del RD 1543/2011, de 31 de octubre, legitimaron estas huidas que ahora es necesario reconducir al espacio del contrato laboral. No en balde el sistema alemán que suele ponerse como ejemplo de formación dual exitosa se asienta en el *ausbildung*, que es un contrato, como también lo es el *contrat d'apprentissage* francés.

En segundo lugar, el contrato formativo para la formación en alternancia es un mecanismo de alternancia con la formación reglada o para el empleo que no pretende sustituir ni absorber a las llamadas prácticas curriculares que se desarrollan durante los estudios reglados (de formación profesional o universitaria) y que forman parte del sistema de créditos imprescindible para la obtención de la correspondiente titulación. Ello no obstante resulta evidente que su espacio prevalente de actuación es el de la formación reglada. El contrato de formación en alternancia configura un sistema adicional y complementario al de las prácticas curriculares que se basa en la colaboración entre entidades educativas y las empresas.

El contrato formativo para la formación en alternancia es un contrato pues cuyo principal objeto es consolidar relaciones entre estudiantes y empresas que permitan constituir un marco formativo de mayor intensidad y compromiso que las prácticas curriculares, dentro del ámbito de las garantías laborales y de seguridad social. Es un instrumento que se pone a disposición de las empresas que asuman este compromiso con el empleo estable, posibilitando su implicación en el proceso formativo de estudiantes con la principal finalidad de captar e incorporar a su plantilla personas no solo formadas en el ámbito de la formación reglada, sino también formadas conforme a las técnicas, necesidades y estrategias de la propia empresa.

Inevitable resulta destacar que esta finalidad solo puede ser cumplida si se cierra definitivamente la puerta a los trabajos de bajo coste, porque el establecimiento de una formación de calidad y de unos contratos formativos de calidad solo puede construirse desde el convencimiento y la implicación de

⁸ De hecho el propio RD 1529/2012 reflejaba la escasa entidad que pretendía otorgar al contrato para la formación y el aprendizaje puesto que su título II apenas introducía contenidos más allá de los que ya existían en el propio art. 11.2 ET. Implícitamente el RD 1529/2012 aspiraba a la desaparición del contrato para la formación y el aprendizaje y a su sustitución por las becas de la formación dual. En este esquema el contrato de formación y aprendizaje quedaba limitado a las escuelas taller, casas de oficio y talleres de empleo a los que se dedicaba una extensa Disposición Final primera.

empresas, entidades educativas y personas trabajadoras con relaciones estables y con una formación en ciclo vital en la que deben invertir todas las partes implicadas. También debe señalarse que el esfuerzo formativo realizado por las empresas debe compensarse adecuadamente y de modo proporcional, lo que justifica la aplicación de una retribución específica y de una serie de beneficios de seguridad social.

La cuestión que puede plantearse es si la formación en alternancia será utilizada por las empresas tras la reforma operada por el RDL 32/2021 o será una más de las tantas reformas operadas en la contratación formativa que no han conseguido su objetivo. Es imposible saber cuál será la evolución de esta figura en el contexto del hábito de precariedad que ha caracterizado nuestras relaciones laborales desde hace demasiadas décadas. Son ciertamente inercias difíciles de combatir y que han afectado profundamente a los contratos formativos. Pero resulta indudable que la reforma operada por el RDL 32/2021 está estableciendo los ejes para una ruptura de la dinámica estructural de la precariedad que aspira a instaurar nuevas sensibilidades susceptibles de afectar a todas las formas de contratación, incluidas las de contenido formativo: si los contratos son mayoritariamente indefinidos también existirá un mayor interés por aprovechar la ocasión que brinda el art. 11.2 ET para seleccionar y formar específicamente a la plantilla. Al menos esa es la teoría y lo que se pretende en la reforma.

Pero el elemento clave para la efectividad real de este nuevo contrato de formación en alternancia es, sin duda, la eliminación definitiva de las puertas de huida hacia otras formas de prestación de servicios a bajo coste, particularmente si éstas son extralaborales. Será decisiva la forma en que se produzca el desarrollo reglamentario del RDL 32/2021 en el ámbito del contrato formativo en alternancia, porque solo desplazando el mecanismo extracontractual de la formación dual del RD 1529/2012 será posible construir un contrato formativo de alternancia fuerte. También será decisiva la forma en que se produzca el desarrollo del estatuto del becario al que se refiere la DA segunda del RDL 32/2021 cuya aprobación debe producirse en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor.

Los formatos extralaborales de trabajo para la formación que entran dentro del concepto genérico de becas y que han tenido numerosas manifestaciones en nuestro derecho positivo, han sido responsables de la progresiva degradación de los contratos formativos. El sistema diseñado por el RDL 32/2021 establece un claro y rotundo espacio para los dichos contratos que no se asienta en conceptos abstractos e imprecisos sobre el alcance de las obligaciones formativas, sino que establece con claridad y precisión el alcance y finalidad de las relaciones que regula. Es por ello previsible que a partir de ahora resulte más complicado que antaño justificar la legalidad de las becas cuando su finalidad y su alcance sea similar al del nuevo contrato formativo, sobre todo si por medio del desarrollo

reglamentario y de la formulación del nuevo Estatuto del becario se van cerrando las vías de escape.

Probablemente la imprecisión e inadecuación de las anteriores fórmulas de contratación formativa fueron las que, implícitamente, desencadenaron desde antiguo el reconocimiento de las becas por parte del Tribunal Supremo, que las consideró legítimas como relación extralaboral si su primera finalidad era la formativa⁹. Dado que el RDL 32/2021 establece ahora una fórmula contractual laboral cuya finalidad principal es la formación, configurando para ello un verdadero sistema que enlaza con la formación reglada y se coordina con las instituciones educativas, el espacio que antes ocupaban las becas está poco justificado. De hecho, es significativo que expresamente el nuevo artículo 11.2 ET establezca que la formación teórica y práctica son parte esencial del contrato formativo para la formación en alternancia.

3.2. La garantía de la causalidad formativa a través de la conexión directa de la formación práctica y la formación teórica

Sabido es que la gran asignatura pendiente de nuestro sistema educativo es el reforzamiento de la formación profesional. Es muy significativo que la debilidad de este espacio formativo intermedio coincida con los dos principales defectos de la educación para el empleo en España: primero, el alto porcentaje de abandono educativo, antes de obtener cualquier nivel de formación profesional reglada; y, segundo, el alto porcentaje de personas con alta cualificación (particularmente en el ámbito universitario) que se ven abocadas a la emigración para encontrar trabajos adecuados a su nivel formativo o a rebajar sus expectativas profesionales. Es ciertamente necesario seguir reforzando la calidad de la formación profesional reglada desde el propio sistema educativo¹⁰ pero también es necesario reforzarla desde el ámbito de las relaciones con las empresas, porque es en este espacio donde mejora la calidad de la formación, donde se abren las expectativas de trabajo estable y donde se produce la implicación empresarial necesaria. Este es el espacio en el que se mueve el nuevo art. 11.2 ET, que tiene como principal presupuesto incardinar estas relaciones en el ámbito laboral por medio de un contrato for-

⁹ La sentencia emblemática del Tribunal Supremo al respecto fue la STS de 13 de junio de 1988, en la que se establecía lo siguiente: *De ahí que la clave para distinguir entre beca y contrato de trabajo sea que la finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en su formación. El rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la formación del becario y no la de apropiarse de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio, obteniendo de ellos una utilidad en beneficio propio.* En similar sentido, entre muchas otras, SSTs de 22 de noviembre de 2005 (Rec. 4752/2004) o de 29 de mayo 2008 (Rec.4247/2006).

¹⁰ A este objetivo se dirigen iniciativas como el proyecto de ley orgánica de ordenación e integración de la formación profesional que, en el momento en que se redactan estas líneas, está siendo objeto de tramitación en el Congreso de los Diputados.

mativo adecuado a las circunstancias presentes de nuestro tejido empresarial y de los requerimientos formativos reales de las personas.

Ha habido varios intentos por reforzar la formación profesional reglada por medio de su vinculación a la formación práctica en empresas. Lamentablemente, sin embargo, esta vinculación no se ha sustentado hasta ahora en el contrato laboral formativo, sino en figuras extralaborales como la formación dual del RD 1529/2012, lo que pudiera haber contribuido a degradar aún más el trabajo de las personas jóvenes.

El nuevo artículo 11.2 ET establece una vinculación directa con la formación teórica dispensada en la formación profesional reglada, pero, además, se configuran también otras dos formas de formación teórica habilitantes para el contrato de formación en alternancia: los estudios universitarios y los estudios del catálogo de especialidades formativas del sistema nacional de empleo. No es nueva la formación profesional como formación teórica habilitante, que ya se encontraba en la anterior regulación del contrato de formación y aprendizaje; y, por supuesto, tampoco es nueva la formación teórica consistente en los estudios del catálogo del sistema nacional de empleo que, a través de los talleres de empleo, escuelas taller y casas de oficio, han aglutinado hasta ahora la mayoría de los contratos formativos de esta naturaleza. La nueva regulación del art. 11.2 ET no crea nuevas dinámicas, pero rediseña la normativa para que el contrato laboral formativo sea la forma natural de formación práctica en conexión directa con la formación teórica. Hay pocas palabras mantenidas del antiguo art. 11.2, porque toda la formulación ha sido reconstruida para evitar las contradicciones e imprecisiones de la técnica normativa por aluvión que había caracterizado las anteriores reformas, incluida la de 2012.

Los estudios universitarios ya habían dado lugar a una forma específica de contratación formativa, la formación dual universitaria, a partir de la introducción del art. 11.3 ET que se produjo por medio de la Ley de Presupuestos para 2021. El RDL 3/2021 unifica el contrato formativo en alternancia correspondiente a la formación profesional y la formación universitaria, lo que resulta más consecuente con la naturaleza de ambos. Tanto los estudios de formación profesional reglada como los estudios universitarios tienen establecidas prácticas curriculares que forman parte del expediente académico y que pueden ser complementadas con el contrato de formación en alternancia. Ambas formaciones parten de una alta implicación de las entidades educativas en la formación práctica, y permiten por ello un funcionamiento coordinado entre estas y las empresas, por medio de convenios de colaboración y planes individualizados.

Hay dos personas tutoras, una de la empresa y otra de la entidad docente, que funcionan de forma coordinada por la entidad educativa o formativa. Esta coordinación (que también es seguimiento y control) por parte de la entidad encargada de la formación teórica es un elemento importante para la eficacia del sistema, y asegura la directa conexión de la actividad laboral y la actividad formativa a través de la adecuada aplica-

ción del plan individual, que juega un papel fundamental en los nuevos contratos formativos.

De particular interés resulta la referencia que hace el art. 11.2.f. ET a que son parte esencial del contrato de formación en alternancia tanto la formación teórica como la “correspondiente” formación práctica. Es una expresión que no solo refuerza la conexión entre ambas y la necesidad de que ambas sean efectivas, sino que conecta con la previsión del art. 11.4.h ET cuando establece que la formación práctica inexistente o defectuosa implicará que el contrato es indefinido y a tiempo completo, una vieja consecuencia de la falta de componente formativo que la presente normativa también recalca.

Llegado el punto de las sanciones contractuales por la falta de contenido formativo de estos contratos es cuando aparece también una de las posibles razones de su escasa utilización en el pasado. La formación teórica siempre ha sido un requisito oscuro y enigmático, que tenía un importante carácter disuasorio para la contratación formativa. En la actual regulación del art. 11.2 ET la formación teórica se concreta en sus tres manifestaciones y se establecen obligaciones específicas y claras para su ejecución que se reflejan en documentos en los que consta específicamente el contenido y alcance de la formación (convenios de cooperación y planes individuales). Pero, sobre todo, el elemento más relevante en la nueva configuración del contrato formativo en alternancia es la responsabilidad de la entidad educativa y formativa en el aspecto más impreciso de la formación práctica, que es su efectividad y su conexión directa con la formación teórica. Sin duda, los comportamientos empresariales dolosos o gravemente negligentes en el desarrollo de la formación práctica que provocaran que ésta fuera inexistente o defectuosa desencadenarán los efectos previstos en el art. 11.4.h ET. Pero es evidente que la intervención coordinadora de la entidad educativa / formativa incorpora un filtro importante, que puede desviarle la responsabilidad en los casos de incumplimientos menores o puntuales de la empresa y que, desde esta perspectiva, disminuye las incertidumbres y desconfianzas que pudieran surgir en torno a una figura que ahora pasa a tener lindes más precisos que antaño.

Hay un último elemento que merece atención en el apartado correspondiente a la formación teórica del nuevo contrato de alternancia. Es el papel que juegan los clásicos certificados de profesionalidad, las novedosas micro-acreditaciones a las que hace referencia con relación a la modalidad de contrato formativo para la obtención de práctica profesional el art. 11.3. j ET, o, en general, los estudios que forman parte del catálogo de especialidades formativas del sistema nacional del empleo. Los contratos de formación en alternancia realizados con estudiantes de formación profesional o con estudiantes universitarios tienen causa formativa clara y formación teórica identificada, pero el espacio resulta más impreciso en los otros supuestos formativos.

El primer aspecto a tener en cuenta es que el tercer nivel de la formación teórica que admite contrato de formación en alternancia (además de la formación profesional y la formación universitaria) son los estudios correspondientes al catálogo de especialidades formativas del sistema nacional de empleo¹¹. Este catálogo se utiliza en la programación y ejecución de las acciones formativas del sistema de formación profesional para el empleo. En este catálogo existen estudios dirigidos a la obtención de un certificado de profesionalidad y otros que constituyen la oferta de formación no formal del sistema nacional de empleo. Por tanto, no solo los certificados de profesionalidad habilitan para la realización de contratos de formación en alternancia. Los certificados de profesionalidad fueron de gran trascendencia en su momento para reconducir a los antiguos contratos para la formación y el aprendizaje, y constituían un mecanismo fiable para identificar el contenido de la formación teórica y también las actividades que admitían este tipo de contrato. Pero en la actualidad la tendencia es a parcelar y a dividir en módulos la formación para el empleo, a efectos de posibilitar una mayor compatibilidad con el empleo, y también para favorecer la formación continua de las personas en ciclo vital¹². El objetivo es la configuración de procesos formativos interconectados y modulables, que funcionen como redes, y no como líneas. Este es el objetivo que pretende la propuesta de recomendación de la Comisión Europea de 10 de diciembre de 2021 sobre micro-acreditaciones para una formación en ciclo vital. Y en este contexto se entiende una habilitación para el contrato de alternancia vinculado a las especialidades formativas del sistema nacional de empleo, que tienen esa dimensión menor en intensidad formativa y tienden a esa estructura en red.

El segundo aspecto a tener en cuenta es el nuevo sujeto docente que surge en este tercer nivel del contrato de formación en alternancia: así como la entidad encargada de la formación teórica y de la coordinación en el caso de la formación profesional y la formación universitaria es la entidad educativa, en el caso del contrato de formación que se basa en los estudios del catálogo de especialidades formativas del sistema nacional de empleo, la entidad encargada de organizar, controlar y coordinar es la entidad encargada de la formación teórica en los términos establecidos con las entidades competentes del servicio público de empleo estatal. Ello es consecuente con que se pretende que el nuevo contrato de formación en alternancia siga siendo aplicable en los casos en los que ha sido mayoritariamente usado hasta ahora, o sea, en el ámbito de las políticas activas de empleo de los servicios de empleo.

¹¹ Catálogo regulado por Orden TMS 283/2019, de 12 de mayo.

¹² Esta tendencia a la parcelación modular se manifiesta en todos los aspectos de la formación para el empleo, como por ejemplo en el ámbito del reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por la experiencia laboral (RD 1224/2009), de 17 de julio, que se fragmenta en unidades de competencia.

3.3. La cuestión de la edad: el dilema entre promoción del empleo juvenil y el fomento de la formación continua

El antiguo contrato para la formación y el aprendizaje tenía un límite general máximo de edad de 25 años que admitía excepciones. En el nuevo contrato de formación en alternancia la edad máxima de referencia son 30 años, lo que resulta consecuente con la nueva edad de referencia utilizada para el fomento del empleo juvenil en la Unión Europea¹³ y con la edad máxima que se venía aplicando, de hecho, en nuestro país desde 2012¹⁴. La edad máxima de 30 años solo se aplica en el caso de contratos de formación en alternancia vinculados a estudios del catálogo de especialidades formativas del sistema nacional de empleo, excluyendo los certificados de profesionalidad de nivel 3 (art. 11.2.b.ET). Ello significa que, en el caso de contrato de formación en alternancia vinculado a formación universitaria, formación profesional o certificado de profesionalidad de nivel 3 (cuya obtención implica un reconocimiento similar al de bachillerato), no existe límite máximo de edad.

Pero incluso en el ámbito estricto de los estudios del catálogo de especialidades formativas del sistema nacional de empleo, y de los certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2 cabe la posibilidad de contrato de formación en alternancia para mayores de 30 años en dos situaciones: (i) cuando se establezca así por medio de programa de activación para el empleo (DA novena de la ley de empleo, ley 3/2015, de 23 de octubre, introducida por el propio RDL 32/2021); (ii) y cuando se trate de personas discapacitadas o integrantes de los colectivos en situación de exclusión social en empresas de inserción (art. 11.4.d ET).

En definitiva, el límite de la edad máxima para la formalización del contrato de formación en alternancia queda muy difuminado en la regulación del RDL 32/2021, y es un efecto buscado. La edad máxima fue en el pasado un requisito dirigido a evitar el abuso de una contratación para la formación que no tenía suficientemente garantizada su esencia formativa y que surgía en un contexto en el que la formación se desarrollaba casi exclusivamente en el momento inicial de la carrera profesional de las personas. Pero hace ya años que el concepto de formación permanente o en ciclo vital aspira a caracterizar nuestro sistema de relaciones laborales y también nuestro sistema educativo y de formación para el empleo. Por ello el nuevo contrato de formación en alternancia es un contrato mayoritariamente liberado del requisito de la

¹³ En la Recomendación del Consejo de 30 de octubre de 2020 sobre la garantía juvenil reforzada llamado *A Bridge to Jobs – Reinforcing the Youth Guarantee* se establece como edad de referencia 30 años. Esta garantía juvenil reforzada sustituye al plan de garantía juvenil aprobado por la recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013, que tenía como edad de referencia los 25 años.

¹⁴ La DT novena del RDL 3/2012 estableció que la edad máxima para el contrato de formación y aprendizaje sería de 30 años hasta que la tasa de desempleo en nuestro país bajara del 15%.

edad máxima, aunque éste requisito se siga exigiendo en algunas situaciones. No se exige edad máxima para el contrato de formación en alternancia correspondiente a formaciones regladas (formación profesional y formación universitaria) así como al certificado de profesionalidad de nivel 3, que son las formaciones de mayor nivel académico y las más exigentes desde el punto de vista de la dedicación que requieren. Son, por ello, las formaciones que mayores oportunidades profesionales proporcionan y también las que mayormente permiten reciclajes y cambios en los desarrollos profesionales de las personas. Por ello la posibilidad de acceder al contrato de formación en alternancia no puede sustraerse a quienes llevan a cabo estos estudios, sea cual sea su edad.

Los estudios del catálogo de especialidades formativas del sistema nacional de empleo, incluyendo los certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, son formaciones de menor entidad, en dedicación requerida y en capacidad de dimensionar o redimensionar la carrera profesional de las personas. Son, por ello, formaciones muy adecuadas para identificar vocaciones y para encauzar carreras profesionales en sus inicios y, por ello, el establecimiento de una edad máxima de 30 años promueve el encauzamiento formativo del colectivo de personas jóvenes sin formación. Debe quedar claro, en todo caso, que incluso en este supuesto es posible ampliar la edad máxima de 30 años si así se prevé en los programas de activación para el empleo (DA novena de la ley de empleo, ley 3/2015).

3.4. Las garantías laborales y de seguridad social del contrato de formación en alternancia

Las garantías laborales y de seguridad social del contrato de formación en alternancia recuerdan bastante las aplicables al antiguo contrato para la formación y el aprendizaje, aunque hay interesantes diferencias que refuerzan la nueva caracterización del nuevo contrato formativo. Algunas de esas garantías y derechos son las siguientes:

a) La garantía de la articulación: Queda configurado un sistema de articulación del contrato de formación en alternancia con la otra manifestación del contrato formativo (para la obtención de la práctica profesional), con la formación teórica que lo justifica o con eventuales trabajos previos que tiene como objetivo evitar el enlace de contratos formativos.

Por ello no se puede realizar un contrato de formación en alternancia (del art. 11.2 ET) con quien tenga una titulación que habilitaría para el contrato para la obtención de la práctica profesional (del art. 11.3 ET). Se trata de un requisito clásico, que ahora queda matizado para garantizar que el contrato de formación en alternancia se acomoda al derecho a la formación en ciclo vital. De ahí que la prohibición no sea absoluta. De hecho las personas que tengan un título de formación profesional o universitaria que

lleven a cabo estudios para obtener otra titulación de FP o universitaria podrán acceder a un contrato de formación en alternancia, siempre que no hubieran tenido un contrato formativo previo en una formación del mismo nivel formativo y del mismo sector productivo. Ello implica que cabrá el contrato de formación en alternancia aunque la persona estudiante haya tenido un contrato formativo previo en otro sector productivo; y que también cabrá aunque la persona estudiante haya tenido otro contrato formativo en otro nivel formativo (grado / postgrado universitario o diferentes niveles de FP), aunque se trate del mismo sector productivo. Los límites a la utilización de varios contratos de formación en alternancia quedan delimitados más por su propia naturaleza que por limitaciones externas. Esto se advierte en el resto de reglas de articulación, que en primera instancia establecen reglas prohibitivas, para a continuación permitir excepciones vinculadas a la mayor y mejor eficacia de este contrato.

De otro lado, solo podrá celebrarse un contrato de formación en alternancia por cada ciclo formativo de FP o de formación universitaria, por cada certificado de profesionalidad o por cada itinerario de especialidades formativas del catálogo de especialidades formativas del sistema nacional de empleo (art. 11.2.h ET). Pero será posible que haya varios contratos de formación en alternancia dentro del mismo ciclo, si se hacen con varias empresas y responden a varias actividades, siempre que la duración de todos ellos no sobrepase la duración máxima de dos años. Se trata de un factor de flexibilidad que persigue promocionar el uso de esta forma contractual y la mayor implicación de las empresas en la formación para el empleo.

Finalmente, tampoco podrán celebrarse contratos de formación en alternancia con quienes hubieran desempeñado la misma actividad o puesto de trabajo en la misma empresa, bajo cualquier modalidad contractual, por tiempo superior a seis meses (art. 11.2.j ET). Adviértase que también en este caso se trata de un requisito flexible porque sí que será admisible el contrato de formación en alternancia cuando la actividad previa, aun por tiempo superior a seis meses, corresponda a diferente actividad o diferente puesto de trabajo.

b) Las garantías de duración y tiempo de trabajo: La duración del contrato de formación en alternancia será la requerida por el plan o programa formativo de la formación teórica a la que se refiere, sin que pueda ser inferior a tres meses ni superior a dos años (art. 11.2.g ET). Adviértase que la duración del contrato es estrictamente causal, estando vinculada de modo rotundo a la duración requerida y establecida por el plan formativo (llámese asignatura, curso, programa, cuatrimestre, semestre...). Lo más novedoso es que será posible el desarrollo discontinuo de este contrato, enlazando incluso con otras asignaturas, cursos o demás, con la misma empresa a lo largo de la titulación, sin superar el máximo de dos años, lo que resulta consecuente con la implicación empresarial en la formación y en la estabilidad.

También es novedoso el tratamiento del tiempo de trabajo porque el contrato de formación en alternancia del nuevo art. 11.2 podrá realizarse a tiempo parcial. A tales efectos se modifica el art. 12 ET. De hecho el tiempo parcial es lo más consecuente con este tipo de contrato que por naturaleza debe compatibilizarse con la docencia teórica. En el antiguo contrato para la formación y el aprendizaje se establecía la necesidad de que el contrato fuera siempre a tiempo completo, pero ello era así porque se contabilizaba como tiempo de contrato el dedicado a la formación teórica. No ocurre así en el nuevo contrato de formación en alternancia que, de modo más realista, contempla solo el tiempo de trabajo consistente en formación práctica y, en consecuencia, debe admitir la posibilidad de trabajo a tiempo parcial. De hecho, siempre deberá ser un contrato a tiempo parcial, porque expresamente se establece que el tiempo de trabajo (formación práctica en la empresa) no podrá superar el 65 % de la jornada máxima aplicable en la empresa durante el primer año; o del 85 % durante el segundo.

Precisamente la entrada en escena del contrato a tiempo parcial obliga a establecer garantías precisas para evitar que la normativa del contrato a tiempo parcial desvirtúe la contratación formativa en alternancia. Por ello se prohíben las horas complementarias. También quedan prohibidas las horas extraordinarias (salvo las establecidas en el art. 35.3 para prevenir o reparar siniestros). Y, finalmente, tampoco es admisible la realización de trabajos nocturnos y trabajo a turnos. También estas prohibiciones tienen un régimen excepcional que posibilita su realización cuando sea necesario para la adquisición de los aprendizajes previstos en el plan formativo. No admite excepciones, sin embargo, la prohibición de periodo de prueba, que se configura con carácter absoluto, lo que resulta consecuente con un tipo de prestación de servicios en el que la persona trabajadora no está ahí para poner sus destrezas a disposición de la empresa sino para que ésta le acompañe en el proceso de adquirirlas.

c) Las garantías retributivas: La retribución del contrato de formación en alternancia será la fijada en el convenio colectivo, que deberá respetar el salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo trabajado (art. 11.2.m. ET). Si nada prevé el convenio colectivo sobre retribución del contrato de formación en alternancia, la retribución no podrá ser inferior al 60 % de la retribución prevista en el convenio para las funciones desempeñadas para el primer año; o al 75 % durante el segundo. Adviértase que el convenio colectivo no está limitado por estos límites porcentuales del 60 y 75 %, porque su único límite, cuando regula la retribución específica del contrato para la formación en alternancia, es el salario mínimo interprofesional. Es una interesante previsión, que aspira a incrementar el interés de la parte empresarial en la negociación colectiva por contemplar y regular el contrato de formación en alternancia.

d) Los derechos de seguridad social: El sistema de cotización a la seguridad social en los nuevos contratos de formación en alternancia (nueva DA

43 LGSS) mantiene el mecanismo clásico de cuota fija establecida anualmente por ley de presupuestos, lo que constituye un interesante incentivo económico. Sin embargo, en el caso de que la retribución percibida por la persona trabajadora supusiera una base de cotización superior a la base mínima por contingencias comunes del régimen general, la cotización por el exceso respecto a esa base mínima seguirá las normas ordinarias de cotización. Al tratarse de una cotización adicional solo por el exceso no es previsible que suponga una cuantía elevada y, por tanto, tampoco es previsible que tenga efecto disuasorio. Pero esta formulación tiene particular interés porque permite corregir el efecto perverso sobre las futuras prestaciones que tenía el sistema anterior. En efecto, las bases que excedan de las bases mínimas y por las que se haya producido esa cotización adicional conforme a las reglas ordinarias permitirán también incrementar la base reguladora en el caso de acceso futuro a cualquier prestación de seguridad social. Se pretende de este modo reducir el estigma económico, en términos de carrera de cotización, que supone el haber pertenecido en algún momento a estos colectivos receptores de beneficios de cotización, que hasta ahora han estado diseñados pensando tan solo en la disminución del coste para la empresa, y no en las repercusiones en la carrera de cotización de la persona trabajadora.

Por lo demás, y en tanto no se regula el nuevo sistema por ley de presupuestos se aplicará a los nuevos contratos de formación en alternancia el sistema de cotización de cuota única fija establecido para el antiguo contrato para la formación y el aprendizaje en la ley de presupuestos para 2022 (DT segunda RDL 32/2021). Esta previsión permite anticipar que no se esperan cambios relevantes en las futuras leyes de presupuestos en la cuantía de esta cuota fija, aunque ciertamente la demora de un año en su configuración permitirá tener en cuenta el desarrollo de esta figura para configurar en consecuencia la cuota fija del nuevo contrato formativo en alternancia.

4. EL CONTRATO FORMATIVO PARA LA OBTENCIÓN DE LA PRÁCTICA PROFESIONAL

La modalidad de contrato formativo para la obtención de la práctica profesional configurada por el RDL 32/2021 y regulada en el nuevo artículo 11.3 ET se asemeja mucho, es evidente, al anterior contrato en prácticas. No procedía realizar cambios estructurales intensos en una figura que tiene sus lindes bien definidos y que forma parte de nuestro ordenamiento, con escasas modificaciones esenciales, desde que se formuló en la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores en 1980. Procede recordar que aquel contrato en prácticas que ha cumplido ya cuarenta años se estableció en su momento como un mecanismo para rescatar de la extralaboralidad las prestaciones de servicios para la obtención de práctica profesional de los recién titulados. Estas relaciones al margen de la protección laboral

constituían la forma habitual y muchas veces exclusiva para acceder a determinadas profesiones y eran una clara fuente de distorsión en un sistema laboral que pretendía ser moderno, no solo porque la extralaboralidad podía desencadenar abusos, sino también porque perpetuaba sistemas de acceso al trabajo que recordaban demasiado los mecanismos gremiales. La regulación del contrato en prácticas del Estatuto de los Trabajadores de 1980 supuso, al dignificar el trabajo de las personas tituladas y al otorgar trascendencia a la obtención de la práctica profesional como continuación de la formación teórica, una mayor transparencia en el acceso a las profesiones y una mayor trascendencia de la titulación en sí.

Resulta de particular interés destacar que la evolución del contrato en prácticas en los últimos años no ha potenciado ese objetivo de dignificación perseguido por el Estatuto de 1980. Al contrario, como se sabe, nuestro ordenamiento ha promovido la expulsión de los recién titulados de la protección dispensada por el derecho del trabajo colocándolos en el limbo de las becas, también llamadas prácticas no laborales, cuya admisión generalizada se produjo por medio del RD 1543/2012, de 31 de octubre que, al regularlas, las incorporó al sistema, sin frenos ni límites. Con anterioridad las becas habían sido admitidas, pero su validez quedaba condicionada a su estricta finalidad formativa, lo que requería prueba de cumplimiento de esa finalidad primordial. Con la aprobación del RD 1543/2012 la prueba de esa finalidad formativa estricta y primordial que exigía el Tribunal Supremo se objetiviza y se simplifica. El resultado es sobradamente conocido: en la última década el contrato en prácticas ha cedido paso a las becas y prácticamente ha desaparecido. Esta es la situación que pretende revertir el nuevo art. 11.3 ET, cuya principal virtualidad no son los ajustes puntuales que en el ámbito de la duración, los plazos, la retribución o el periodo de prueba se han establecido. El principal objetivo del nuevo contrato para la obtención de práctica profesional es volver a laborar la primera experiencia de trabajo de las personas tituladas, eliminando los mecanismos extralaborales de obtención de práctica profesional de bajo coste que han resultado inoperantes tanto en el ámbito formativo como de la inserción profesional.

Los ajustes puntuales tienden a reforzar el contenido formativo del contrato y su conexión con la formación teórica previa:

(i) Se actualizan las titulaciones habilitantes para la realización del nuevo contrato para la obtención de la práctica profesional y se incorporan nuevas denominaciones acomodadas a lo establecido en la LO 5/2002, de 19 de junio de las cualificaciones y de la formación profesional, o los títulos equivalentes de enseñanzas artísticas o deportivas (art. 11.3.a ET). Las cualificaciones establecidas en esta norma son las que habilitan la contratación para la obtención de práctica profesional. La “titulación” completa obtenida es el elemento habilitante clave para la contratación, pero se abre también

las posibilidad de contratos para la obtención de la práctica profesional en caso de “micro-acreditaciones” de los sistemas de formación profesional o universitaria, lo que es consecuente con el diseño de una formación en ciclo vital de carácter modular o en red. El desarrollo reglamentario del art. 11.3 ET queda habilitado para incorporar estas micro-acreditaciones (art. 11.3.j ET), cuyo alcance real dependerá del modo en que se configuren en el sistema educativo.

(ii) El plazo para la realización del contrato de formación para la obtención de la práctica profesional desde la obtención de la titulación se reduce respecto al plazo anterior establecido para el antiguo contrato en prácticas, a efectos de reforzar la vinculación con la titulación obtenida. El plazo ordinario es de tres años y el específico para personas discapacitadas es de cinco.

(iii) La duración mínima y máxima del contrato se establece por convenio colectivo estatal o autonómico o, en su defecto, sectorial, sin que el mínimo pueda ser inferior a seis meses ni el máximo superior a un año.

(iv) Las reglas de evitación de concatenación tienen varias manifestaciones:

– Primero, se prohíbe la contratación bajo esta modalidad cuando se hubiera obtenido experiencia profesional o realizado actividad formativa por tiempo superior a tres meses (art. 11.3.b ET) Ello implica cualquier tipo de experiencia, no solo contractual, lo que incluye no solo los contratos laborales, incluyendo los formativos, sino también las becas (formación dual del RD 1529/2012 o prácticas no laborales del RD 1543/2012). Solo se excluyen las prácticas curriculares. Ello impide que se enlace un contrato de formación en alternancia (de más de tres meses) con un contrato de obtención de práctica profesional con la misma empresa, si bien la prohibición se refiere solo a la misma actividad. Esta formulación persigue evitar los enlaces de contratos formativos como técnica de sustitución fraudulenta de lo que debiera ser un contrato indefinido porque la formación práctica debe entenderse concluida. Sin embargo, se posibilita que se mantenga la relación formativa con la misma empresa cuando la experiencia previa correspondiera a una actividad diferente, lo que no tiene repercusiones graves desde el punto de vista del efecto fraudulento de sustitución dada la corta duración actual de la contratación formativa, pero puede ser una herramienta de implicación empresarial en la formación y en la estabilidad.

– Segundo, se mantiene el que una misma titulación solo admita ser contratado/a para la obtención de la práctica profesional por el tiempo máximo (de doce meses) en la vida de la persona traba-

jadora, no considerándose “misma titulación” el grado, el master y el doctorado de la misma formación universitaria, y estableciéndose asimismo que no se podrá estar contratado en formación para la misma empresa por la misma actividad por tiempo superior al máximo (un año) (art. 11.3.d ET) Es un sistema de condiciones y límites flexibles que, pese a su complejidad, resulta adecuado mantener.

(v) Se refuerza el contenido formativo de este contrato, reiterando la habitual necesidad de que la actividad desarrollada permita una práctica profesional adecuada a los estudios. Para ello se incluye como novedad la necesidad de un plan formativo individual y la asignación de tutor/a adecuado, que son elementos también concurrentes en el contrato de formación en alternancia. Se mantiene asimismo el habitual derecho a la certificación de la práctica realizada.

(vi) Se sigue estableciendo para el contrato de obtención de práctica profesional un sistema diferenciado para el periodo de prueba, respecto de lo establecido con carácter general en el art. 14 ET, pero se simplifica notablemente, al establecerse solo un límite máximo de un mes independientemente de la titulación a la que se refiere, si bien este máximo podrá modificarse por convenio colectivo.

(vii) Con relación a los conceptos de dimensión retributiva, el contrato para la obtención de la práctica profesional no admite horas extraordinarias, más allá de las establecidas en el art. 35.3 ET para la prevención o reparación de siniestros (art. 11.3.h ET). De otro lado la retribución será la fijada por convenio colectivo, y en su defecto la que corresponda en atención a las funciones desarrolladas. Ni en uno ni en otro caso (“en ningún caso”) podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional ni a la retribución mínima fijada para el contrato de formación en alternancia (60 % y 75 % de la retribución correspondiente al grupo profesional y nivel retributivo) (art. 11.3.i ET)

5. NORMAS COMUNES APLICABLES A LAS DOS MODALIDADES DEL CONTRATO FORMATIVO

Aunque las normas comunes, aplicables a las dos modalidades de contratación formativa se encuentran fundamentalmente en el nuevo art. 11.4 ET, también los apartados restantes (del 5 al 7) resultan de aplicación a ambos. Asimismo, existen referencias comunes a los dos tipos de contratación formativa en otras partes del RDL 32/2021. Estas normas comunes son las que mejor sintetizan la nueva filosofía de la nueva contratación formativa, en tanto en cuanto refuerzan su esencia formativa y establecen garantías eficientes contra los enlaces fraudulentos y el efecto sustitución de la contratación indefinida:

(i) **La naturaleza plenamente laboral de la contratación formativa a efectos de seguridad social y de antigüedad:** El punto de partida en la nueva regulación de la contratación se encuentra en el apartado a) del art. 11.4. ET en el que se establece la cobertura de seguridad social completa en el ámbito de la seguridad social de las personas contratadas con el nuevo contrato de formación, en cualquiera de sus dos modalidades. Esta referencia, en realidad, no resultaba necesaria, pero procedía contemplarla a efectos de neutralizar los efectos perversos que se habían ocasionado como consecuencia de regulaciones anteriores que habían producido un abaratamiento del coste de seguridad social de este contrato a partir de una disminución de la cobertura de seguridad social. El nuevo contrato de formación no es un contrato de segunda categoría, ni pretende ocasionar vacíos, ni restar prestaciones, ni tener consecuencias negativas en la carreras profesionales y de cotización de las personas trabajadoras. Por ello también se establece que si la persona trabajadora continuara en la empresa al término del contrato formativo deberá computarse su duración a efectos de antigüedad, sin que pueda tampoco establecerse un nuevo periodo de prueba (art. 11.4.g ET). Adviértase que la expresión utilizada es el “termino” del contrato formativo, pero no se hace referencia a que el nuevo contrato sea inmediato o realizado sin solución de continuidad, lo que permite que se aplique el computo de la antigüedad correspondiente al contrato formativo aunque no haya habido sucesión inmediata, si concurren los elementos de continuidad en la relación que se aplican con carácter general para identificar si ha habido una sola o varias relaciones contractuales.

(ii) **El reforzamiento de la esencia formativa:** El contrato formativo, que debe formalizarse por escrito, debe contener expresamente la información necesaria para asegurar su contenido formativo. En concreto debe constar el texto del plan formativo individual (con especificación de contenido de la formación y tutoría) así como del convenio de colaboración del contrato de formación en alternancia (art. 11.4.c ET). La referencia expresa en el contrato del contenido de la acción formativa, con especificación del “texto” del plan individual y del convenio de colaboración resulta de particular importancia no solo a efectos informativos, sino también a efectos de constatación del compromiso empresarial con la actividad formativa. Cumple una finalidad similar a la necesidad de constancia de causa precisa de la contratación temporal (art. 15.1 ET), aunque, la falta de constancia expresa de los extremos requeridos tiene efectos más intensos en el art. 15.1 que en el art. 11.4.c, tal y como más abajo se expondrá.

La representación legal de las personas trabajadoras y la negociación colectiva adquieren un papel esencial en la garantía del cumplimiento de la finalidad formativa del contrato:

De un lado, el convenio colectivo sectorial estatal, autonómico o, en su defecto, de ámbito inferior podrá especificar los trabajos que admiten la con-

tratación formativa (art. 11.4.e ET). Se mantiene, de este modo, la posibilidad de que los convenios colectivos sectoriales determinen los puestos de trabajo y los grupos profesionales que admiten contratación formativa (tal y como sucedía en la anterior regulación), aunque se añade que dicha especificación puede también referirse a actividades y niveles. De este modo se amplían las posibilidades de que los convenios definan los espacios en los que pueden desarrollarse las actividades formativas, que pueden no necesariamente coincidir con el concepto de puesto de trabajo ni con el de grupo profesional.

De otro lado, se establece en el art. 11.5 ET que la representación legal de las personas trabajadoras tendrá derecho a ser informada acerca de los convenios de colaboración, incluyendo también la información relativa a los planes individuales de formación, así como a las condiciones y requisitos de la tutorización. Asimismo la representación legal de las personas trabajadoras tiene también derecho a la información relacionada con la realización de varios contratos de formación en alternancia en los supuestos que concurren en un único ciclo, certificado o itinerario (en los términos establecidos en el art. 11.2.h ET)

(iii) **La aplicación a colectivos específicos:** La contratación formativa ha dado lugar tradicionalmente a normas específicas en el caso de personas trabajadoras con diversidad funcional y en situación de exclusión social. También han existido previsiones específicas en materia de contratación formativa en relación con el género, porque resulta indudable la gran influencia que tiene la formación en la lucha contra la segregación laboral. Asimismo, hay en el RDL 32/2021 una interesante referencia a las personas trabajadoras menores de edad que, sin tener contenido estrictamente formativo, afecta ciertamente a su desarrollo profesional, y desde esta perspectiva, justifica que sea analizada en este momento.

– Con relación a las personas discapacitadas el art. 11.4.d ET establece que no serán aplicables los límites de edad del contrato de formación en alternancia ni los límites en la duración de ambos tipos de contrato formativo. Tampoco se aplicarán dichos límites en el caso de contratos por parte de empresas de inserción con las personas en situación de exclusión social a las que se refiere el art. 2 de la ley de empresas de inserción (ley 44/2007, de 13 de diciembre). No se trata, sin embargo, de una exención de requisitos de edad y duración contractual automática, puesto que su efectiva aplicación queda condicionada a la aprobación de un texto reglamentario que establecerá los límites correspondientes.

La DA 20 ET ha sido objeto de una reforma en el ámbito de los incentivos para la contratación de personas discapacitadas que no tiene consecuencias ni en las empresas ni en las personas trabajadores dado que se mantiene el mismo 50 % de descuento en la cotización por contingencias comunes. El cambio normativo en este caso solo afecta a la entidad que financia estos incentivos. Con anterioridad al RDL 32/2021, la antigua DA 20 establecía “re-

ducciones” a la cotización en el caso de contratos de formación y aprendizaje realizados con personas discapacitadas, lo que significaba que su coste iba a cargo de la Tesorería General de la Seguridad Social. El antiguo contrato en prácticas era, sin embargo, objeto de bonificación. La nueva DA 32/2021 establece que son bonificaciones los incentivos establecidos para la contratación de personas discapacitadas en cualquiera de las dos modalidades del actual contrato formativo, lo que implica que la entidad que correrá a cargo de su coste, en ambos casos, será el SEPE, lo que resulta consecuente con las competencias en materia formativa y de política de empleo de esta entidad, así como con la atribución de fondos de que dispone para esta finalidad.

– Con relación a la formación como mecanismo contra la segregación laboral por razón de género, se mantiene a efectos testimoniales la redacción que estableció el Real Decreto ley 10/2010, de 16 de junio, que configuró la obligación de que los convenios colectivos establecieran criterios y procedimientos tendentes a una presencia equilibrada de hombres y mujeres en los contratos formativos. Ciertamente es importante la negociación colectiva como instrumento para eliminar la segregación en el ámbito laboral, particularmente en lo que guarda relación con el acceso a la contratación formativa. Pero resulta evidente que la obligación impuesta desde 2010 a los convenios colectivos para que abordaran esta materia no ha sido efectiva. En realidad, el papel más relevante al respecto lo tienen los planes de igualdad, que han sido reforzados en sus contenidos, en su eficacia y en su extensión por el RDL 6/2019, primero, y por el RD 901/2020, después.

– El colectivo de personas trabajadoras menores de edad también ha sido objeto de atención especial en la Disposición Final Quinta del RDL 32/2021. No se trata propiamente de un precepto directamente relacionado con la formación, pero sí indirectamente, porque es razonable pensar que las personas menores de 18 años se encuentran en pleno proceso formativo, ya tengan un contrato laboral ordinario o formativo, o al menos se encuentran en pleno desarrollo de su personalidad y futuro profesional. La DF quinta del RDL 32/2021 aborda la cuestión largamente aplazada de la elaboración de un reglamento actualizado y adecuado para la protección de las personas trabajadoras menores de edad en materia de seguridad y salud. Curiosamente, sigue parcialmente vigente en nuestro país el Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se regulan los trabajos prohibidos a mujeres y a menores. La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, derogó expresamente la aplicación de este decreto a las mujeres, aunque con anterioridad el Tribunal Constitucional ya había declarado que no se acomodaba a la Constitución una normativa preventiva como la del Decreto de 26 de julio de 1957, que aplicaba solo a las mujeres limitaciones con relación a riesgos que concurren igualmente en hombres y mujeres¹⁵.

¹⁵ La STC 229/1992, de 14 de diciembre, estableció el derecho de las mujeres a acceder al trabajo en el interior de las minas, que se encontraba expresamente prohibido en el Decreto de 26 de julio 1957.

Sin embargo, el decreto, cuyo contenido y espíritu es fácil adivinar, siguió vigente en relación a los menores de edad, estableciendo una serie de prohibiciones que resultan hoy día inoperantes porque se refieren a tiempos pasados y, sobre todo, no contempla los nuevos riesgos a los que se enfrentan los menores de edad que acceden actualmente al trabajo. La normativa laboral prevé cuestiones específicas para los menores de edad, sobre todo con relación al tiempo de trabajo (jornada máxima, descansos entre jornada, descanso semanal...). Y también las normas preventivas específicas se refieren, cuando procede en atención al riesgo que regulan, al colectivo de personas trabajadoras menores. Pero falta una normativa unificada y global, que regule de modo sistematizado y completo la prevención en el trabajo de las personas menores de edad. La propia Ley 31/1995 se refirió en su art. 27.2 a la necesidad de aprobar este reglamento de prevención específico para menores. Finalmente, la DF quinta del RDL 32/2021 establece que en el plazo de tres meses desde su entrada en vigor se iniciará el procedimiento de elaboración de un reglamento específico para la prevención de riesgos laborales de los menores de edad que comenzará con la presentación a las representaciones empresariales y sindicales más representativas de un análisis de la normativa de seguridad y salud aplicable a los menores.

(iv) La evitación del efecto sustitución y de los enlaces fraudulentos:

El art. 11 ET establece normas específicas, para el contrato de formación en alternancia y para el contrato para la obtención de práctica profesional, a fin de evitar que se sustituyan contratos indefinidos por contratos formativos o que se enlacen fraudulentamente (por no atender a su finalidad formativa) los contratos de formación. Por ello se establecen limitaciones relacionadas con la duración máxima, con el número de contratos posibles o con la realización de actividades similares. El artículo 11.4 establece garantías adicionales:

– El art. 11.4.f ET establece la posibilidad de que se contraten personas con contratos formativos durante la tramitación de los mecanismos de ERTE previstos en los artículos 47 y 47 bis ET, pero siempre que no sustituyan funciones o tareas realizadas habitualmente por las personas trabajadoras afectadas. Los nuevos procedimientos de flexibilidad interna previstos en los nuevos art. 47 y 47 bis tienen una dimensión de viabilidad futura de la empresa que puede justificar la contratación en áreas o actividades nuevas, sobre todo cuando hay implicación de la empresa en el proceso formativo por medio de contratos formativos. Por ello se admite esta posibilidad siempre y cuando no se produzca el efecto sustitución. La finalidad pretendida de evitación de efecto sustitución es un elemento clave para la interpretación del adverbio “habitualmente”, utilizado para delimitar las actividades realizadas por las personas afectadas que no pueden dar lugar a contratos formativos.

– El art. 11.4.i. ET establece que en el desarrollo reglamentario de los contratos formativos se establecerán los requisitos que deben cumplirse para la celebración de los mismos. Se menciona expresamente que tales requi-

sitos podrán consistir en un número máximo de contratos por tamaño del centro, el número de personas en formación por tutor/a o las exigencias en relación con la estabilidad de la plantilla. No se trata, claramente, de los únicos factores a tener en cuenta por el texto reglamentario para evitar el efecto sustitución y para garantizar la esencia formativa de los contratos. De hecho son solo algunos de los requisitos ya existentes en la normativa reglamentaria que hasta ahora se ha aprobado en desarrollo de las múltiples manifestaciones de contratos formativos que han existido hasta la actualidad. Lo que resulta más relevante es la mención que hace el art. 11.4.i ET a que este desarrollo reglamentario se realizará previa consulta con las Administraciones competentes en la formación objeto de realización mediante contratos formativos. Las consultas entre Administraciones competentes, implicadas o relacionadas con cualquier texto normativo forman parte de la dinámica ordinaria de funcionamiento del Gobierno. Pero esta referencia específica a las otras Administraciones implicadas (implícitamente la Administración educativa) para la elaboración del texto reglamentario tiene una relevancia especial porque incide en uno de los aspectos más relevantes de la reforma operada en los contratos formativos por medio del RDL 32/2021: la conexión directa entre formación teórica y formación práctica a todos los niveles, incluyendo el plano institucional. Es una conexión que no siempre ha existido, y cuya falta en el pasado ha sido en parte responsable de la degradación en la que han caído las contrataciones formativas en detrimento de otras fórmulas.

– El art. 11.4.6 *in fine* ET mantiene la misma referencia que existía con anterioridad a que los convenios colectivos pueden establecer compromisos de conversión de contratos formativos en indefinidos. Se trata de una posibilidad que forma parte del art. 11 ET desde 1997 y que no ha tenido demasiada eficacia debido a la degradación progresiva que han ido sufriendo a lo largo de los años los contratos formativos. Si esta tendencia se invierte y los contratos formativos recuperan el papel que les corresponde, la previsión de su transformación en indefinidos puede ser un elemento importante de estabilidad y de implicación empresarial en la formación.

– El art. 11.4.7 ET recoge el tradicional derecho de la empresa a solicitar información a los servicios de empleo sobre el tiempo ya utilizado por las personas trabajadoras del contrato formativo. Se trata de un derecho empresarial de indudable importancia dadas las consecuencias que genera el exceso en la duración máxima y dado también que esta duración máxima debe tener en cuenta las contrataciones formativas previas. Se trata de un derecho informativo que procede antes de la firma del contrato (porque se refiere a las empresas “que pretenden suscribir contratos formativos”) Se establece expresamente que dicha información, que deberá ser trasladada a la representación legal de las personas trabajadoras, tendrá valor liberatorio a efectos de no exceder la duración máxima establecida. Quiere ello decir que la eficacia liberatoria para la

empresa se refiere tan solo a las consecuencias derivadas de un exceso en la duración máxima en la contratación formativa (carácter indefinido de la relación laboral conforme a lo establecido en el art. 49.1.c ET), y que por tanto dicha información no producirá efecto liberatorio respecto al resto de materias. Adviértase también que lo que tiene efecto liberatorio es la “información” sobre las contrataciones previas y no la mera solicitud por parte de la empresa.

– La derivación del contrato formativo en contrato indefinido se contempla en el nuevo art. 11.4.h ET y en el antiguo art. 49.1.c ET (que apenas sufre cambios de adaptación terminológica). Estos dos preceptos configuran las tres causas de consideración del contrato como indefinido:

Primero, el contrato será indefinido cuando se produzca el incumplimiento de las obligaciones formativas que corresponden a la empresa, que normalmente se referirán solo a la formación práctica, aunque cabría también la formación teórica en los términos que se establecieran reglamentariamente (como ha sucedido hasta ahora con el contrato de formación y aprendizaje). (art. 11.4.h ET), en cuyo caso su falta también generaría la consecuencia de contrato indefinido. El incumplimiento que desencadena esta consecuencia es el de “sus obligaciones formativas”, lo cual implica que no tendrá esta consecuencia el incumplimiento puntual de requisitos que no tengan el carácter de esenciales. Lo relevante a efectos de determinar si concurre ese incumplimiento de sus obligaciones formativas es el alcance del incumplimiento desde la perspectiva de la repercusión en la esencia formativa del contrato, por lo que entraría aquí la falta de conexión entre formación práctica y teórica; o el incumplimiento de aspectos relevantes del plan individual de formación

Segundo, el contrato se entenderá concertado por tiempo indefinido cuando se celebre en fraude de ley (art. 11.4.h ET). Esta formulación es manifestación de lo establecido en el art. 6.4 del Código Civil cuando establece que *Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*. Siempre es compleja la determinación de existencia de fraude de ley, que obliga a descender al espacio impreciso y etéreo de la finalidad perseguida por las normas, que en el caso del contrato formativo tienen diferentes dimensiones y contenidos, sobre todo porque hay varias entidades implicadas que tienen diferentes grados de responsabilidad. Esta referencia expresa al fraude de ley que se establece en el art. 11.4 ET y que en realidad resulta innecesaria por derivar directamente del art. 6.4 del código civil tiene trascendencia, sin embargo, porque recuerda y refuerza el carácter fuertemente causal del contrato formativo, cuya validez depende siempre del respeto a su esencia formativa.

Tercero, el contrato formativo se transforma en indefinido, conforme a lo establecido en el art. 49.1.c ET, cuando se sobrepasa el plazo máximo de duración aplicable (por ley o convenio), en tanto que la prestación de servicios realizada más allá de la duración máxima pactada, pero sin llegar a esta duración máxima implicará la prórroga del contrato hasta la misma. En este aspecto no hay novedad respecto a lo que resultaba aplicable hasta ahora para los anteriores contratos formativos.

– Por lo demás, el último precepto común a los dos nuevos tipos de contrato formativo es el referido a su fecha de entrada en vigor, que se pospone hasta el transcurso de tres meses desde la publicación del RDL 32/2021 (DF octava). A los contratos formativos no les resulta de aplicación lo establecido para los contratos temporales en la DT cuarta, por lo que todos los contratos formativos realizados conforme a la regulación anterior, que pueden suscribirse hasta el 30 de marzo de 2022, se regirán totalmente por esa normativa anterior, incluyendo la duración máxima.

Capítulo segundo

LA REFORMULACIÓN DE LOS CONTRATOS TEMPORALES

1. ALCANCE GENERAL Y PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN POR TIEMPO DETERMINADO

La lucha efectiva contra la precariedad es, sin lugar a dudas, el contenido más relevante de la reforma operada por medio del RDL 32/2021. También es la materia que con mayor intensidad se contempla en los compromisos adquiridos por España ante la Unión Europea en el componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. La lamentable costumbre de la precariedad, que ha caracterizado las relaciones laborales españolas de las últimas décadas, tiene mucho que ver con una normativa laboral que no ha acometido hasta ahora la cuestión desde una perspectiva global y sistemática, sino que ha ido actuando de modo aluvional y demasiadas veces contradictorio. No han servido para revertir la costumbre de la precariedad ni los incentivos económicos (reducciones y bonificaciones de seguridad social), ni la disminución del coste del despido improcedente, ni la configuración de contratos indefinidos de bajo coste y precariedad incorporada (como el contrato de apoyo a los emprendedores), lo que indica que la corrección solo puede producirse por medio del reforzamiento de la causalidad. Ello a su vez requiere una revisión en profundidad de las fórmulas de temporalidad existentes a efectos de identificar sus defectos y de asegurar que sirven para dar cobertura a las necesidades reales de contratación temporal de las empresas.

El RDL 32/2021 opera una reformulación de la contratación laboral en nuestro país que pretende reforzar la centralidad del contrato indefinido y la estricta causalidad de los contratos temporales. Los principios en los que se basa son los siguientes:

Primero, RECONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL. El RDL 32/2021 diseña de nuevo los contratos temporales que pueden formalizarse en el ámbito laboral español. Ya no hay tres formas de contratación temporal sino dos. Lo más llamativo es que desaparece el contrato de obra, una fórmula contractual que legitimaba contratos temporales de larga duración (de hasta tres años, o cuatro por convenio colectivo sectorial), con lo que el primer efecto que se espera que tenga la aplicación de lo

establecido en materia de contratación temporal por el RDL 32/2021 es la desaparición de los contratos temporales de larga duración. Este efecto es de particular relevancia porque refuerza la causalidad temporal real de los contratos.

La contratación temporal admisible ahora se limita al contrato por circunstancias de la producción y al contrato de sustitución. Estas denominaciones recuerdan mucho a los antiguos contratos de eventuales y de interinidad, pero aunque el contrato de sustitución se parece ciertamente bastante al antiguo de interinidad no sucede lo mismo con el nuevo contrato por circunstancias de la producción, que se define de modo diferente a como se definía el antiguo contrato de eventuales. Por lo demás, el nuevo contrato por circunstancias de la producción admite una variante particular en el caso de circunstancias ocasionales previsibles, que también carece de precedentes en la experiencia española.

Segundo, REDEFINICIÓN EXPANSIVA DEL CONTRATO INDEFINIDO: de modo paralelo a la redefinición de las causas de temporalidad contractual laboral se opera también una redefinición expansiva del espacio correspondiente al contrato indefinido. Esta redefinición expansiva tiene dos manifestaciones claras:

De un lado, se establece una nueva regulación del contrato fijo discontinuo a efectos de que pueda dar cobertura adecuada a los contratos correspondientes a necesidades cíclicas. El objetivo de la nueva redacción del art. 16 ET es precisamente que la figura del fijo discontinuo pueda absorber buena parte de los contratos que, pese a ser cíclicos, se estaban formalizando hasta ahora como contratos temporales. Para que esta derivación opere no solo era necesario contener y limitar el espacio de actuación de los contratos temporales, sino que también resultaba imprescindible actualizar la normativa reguladora de los fijos discontinuos y acomodarla no solo a las circunstancias económicas y productivas actuales, sino también a un contexto general en el que probablemente los contratos fijos discontinuos tendrán una relevancia mayor de la que han tenido hasta ahora.

De otro lado, entra en juego un mecanismo de presunción del carácter indefinido de la relación laboral que no es nuevo, pero que ahora tiene formulación expresa: el art. 15.1 ET comienza ahora estableciendo de modo rotundo que *el contrato se presume concertado por tiempo indefinido*. Esta expresión sustituye a la expresión anterior en la que se admitía tanto la contratación indefinida como la de duración determinada, dando la incorrecta impresión de que la contratación temporal estaba al mismo nivel que la contratación por tiempo indefinido. La nueva configuración expresa de la presunción tiene una clara dimensión estructural y de futuro porque establece, como principio rector del sistema de contratación en España, el carácter excepcional y estrictamente causal de la contratación temporal.

De particular interés es que esta presunción se completa, en la frase posterior, con una referencia exclusiva y excluyente a las formas posibles de contratación temporal, porque el contrato de trabajo por tiempo determinado “solo” podrá celebrarse por las dos causas recogidas en el art. 15 ET. Ello implica que no caben resquicios para nuevas formas de contratación temporal más allá de estas dos, ni por convenio colectivo ni por aplicación de lo establecido en el art. 49.1.b ET. El adverbio “solo” tiene especial importancia porque ya no existe en la actual redacción la antigua previsión normativa que establecía que los convenios colectivos solo podían identificar (antiguo art. 15.1.a ET) o determinar (antiguo art. 15.1.b ET) las actividades que admitían contratos temporales, lo que fue interpretado por la jurisprudencia como la imposibilidad de incorporar por vía convencional causas de contratación temporal diferentes de las legales¹⁶. La incorporación del adverbio “solo” refuerza, pues, esta doctrina. También impide este adverbio que se admitan nuevas formas de contratación laboral por la vía del art. 49.1.b ET, que establece la posibilidad de que se extinga un contrato por las causas consignadas válidamente en el mismo. Este precepto precisamente fue el que en el pasado dio pie a que se admitiera que pudieran existir contratos temporales vinculados a la duración de una contrata¹⁷.

Debe señalarse, en todo caso, que esta limitación a “solo” dos contratos temporales que se establece en el art. 15.1 ET se limita a las causas relacionadas con las necesidades empresariales, pero no impide las formas de contratación temporal con causas y motivaciones específicas establecidas en otros preceptos en atención a la naturaleza de la actividad o a la finalidad perseguida. Así pues, tiene carácter temporal la contratación formativa contemplada en el art. 11 ET. Y también debe considerarse que se mantiene vigente la posibilidad de contratación coyuntural en fomento del empleo de las personas trabajadoras con discapacidad en los términos establecidos en la Ley 42/1994.

Tercero, ENDURECIMIENTO DE LAS CONSECUENCIAS DE LA ILEGALIDAD: La nueva regulación de los contratos temporales incide en las causas de la contratación temporal pero no renuncia a seguir utilizando los mecanismos de control de la temporalidad de carácter formal, externo e incluso automático.

– Una de las manifestaciones de ello es que se mantiene y se mejora en su formulación y alcance el mecanismo específico contra el enlace de contratos temporales consistente en el establecimiento de un límite temporal máximo, que no solo se refiere al supuesto de enlace de varios contratos en

¹⁶ Por todas, STS de 7 de marzo de 2003, Rec. 36/2002.

¹⁷ Por todas, STS de 15 de enero de 1997, Rec. 3827/1995.

una sola persona, sino también al caso de enlace de varios contratos con diversas personas en el mismo puesto de trabajo (art. 15.5 ET).

La nueva regulación limitativa de los enlaces contractuales tiene las siguientes características:

(i) Se establece que la existencia de dos o más contratos por circunstancias de la producción, continuos o discontinuos, en el mismo o diferente puesto de trabajo durante más de 18 meses en un periodo de referencia de 24 meses supone la adquisición de la condición de fijeza. El supuesto básicamente, salvo en la duración, es el mismo que en la regulación anterior, aunque actualmente se refiere solo a los contratos por circunstancias de la producción dado que han desaparecido los contratos temporales de obra. La dimensión temporal es diferente, porque antes era de 24 meses en 30 meses y ahora es de 18 meses en 24 meses, lo que permite actuar antes frente a la existencia de enlaces ilegales. Al acortarse la duración máxima y el periodo de referencia del sistema de control de enlaces y, sobre todo, al eliminarse el contrato de obra, el sistema de 18 en 24 cambia de naturaleza y se convierte en una segunda red de seguridad para el contrato temporal por circunstancias de la producción.

(ii) Se establece que adquirirá la condición de fija la persona contratada que se encuentre ocupando un puesto de trabajo que hubiera estado ocupado durante más de 18 meses en un periodo de 24 meses por medio de contratos por circunstancias de la producción, directos o por medio de empresas de trabajo temporal. En la regulación anterior se establecía la posibilidad de que los convenios colectivos establecieran mecanismos para evitar que un puesto de trabajo fuera ocupado sucesivamente por varias personas trabajadoras. El RDL 32/2021 eleva a rango de ley la protección contra los enlaces en el mismo puesto de trabajo por varias personas, y configura el derecho a ser indefinido de la persona que ocupara el puesto de trabajo en el momento en que se superan los umbrales establecidos (18 meses en 24 meses). Se trata de un sistema cuya finalidad es esencialmente disuasoria, y que no trata de encontrar a la persona trabajadora con mejor derecho a ocupar la plaza con carácter indefinido en atención, por ejemplo, al tiempo que la hubiera ocupado, sino que sencillamente identifica a la persona que, independientemente del tiempo que lleve, se encuentra en ese puesto que, por aplicación del art. 15.5 ET, tiene *per se* naturaleza de indefinido. Es indudable que esta formulación tiene también un efecto promocional de la reclamación por parte de las propias personas trabajadoras.

– Un aspecto de especial relevancia en el control externo de la contratación temporal es que el RDL 32/2021 revisa el modo de aplicación de las sanciones por incumplimiento de la normativa laboral sobre contratación, puesto que a partir de ahora se considerará una infracción por cada persona trabajadora afectada, tanto cuando se trata de contrato temporal directo como

en el caso de contrato temporal a través de empresa de trabajo temporal (art. 5 RDL 32/2021 que modifica la ley de infracciones y sanciones en el orden social –LISOS–, RD legislativo 5/2000, de 4 de agosto). También se incrementa la cuantía de las sanciones por infracción grave en materia de contratación temporal (nuevo art. 40.1.c bis LISOS).

– Asimismo, se modifica la tradicional penalización de los contratos temporales de corta duración por medio de una modificación del art. 151 LGSS que, hasta ahora, establecía un recargo del 40% en la cotización por contingencias comunes en los contratos de menos de cinco días. Ahora la penalización se refiere a los contratos de menos de 30 días, con lo que se amplía el ámbito aplicativo de la misma, y también la recaudación total, aunque quedan fuera de la misma el trabajo por cuenta ajena agrario, el trabajo de empleados/as de hogar, el trabajo en el régimen especial de la minería del carbón, y los contratos de sustitución. La cuantía concreta de la nueva penalización se fija en atención a la cuantía de las bases mínimas de cotización y a la cuota empresarial por contingencias comunes por lo que al ser una cuota fija e igual independientemente de la duración del contrato y de la cuantía retributiva¹⁸ en algunos casos será inferior a la que se producía bajo la anterior regulación (en caso de bases altas), pero en otros será superior (bases bajas y contratos de pocos días).

– También se refuerzan los mecanismos de control de la ilegalidad de los contratos temporales por medio de una nueva formulación de las consecuencias contractuales de los contratos temporales ilegales. En el art. 15.4 se establece con rotundidad que, en el caso de que se incumpla lo establecido en el art. 15 (contrato por circunstancias de la producción o contrato de sustitución) las personas contratadas adquirirán la condición de fijas. En la redacción anterior al RDL 32/2021 se establecía la presunción de carácter indefinido cuando el contrato temporal se hubiera celebrado en fraude de ley. Por tanto, la nueva formulación establece la consecuencia de contrato indefinido cuando se incumple cualquier aspecto de lo previsto en el art. 15 ET; mientras que en la regulación anterior la consecuencia de indefinido se aplicaba en el caso de que el contrato se hubiera celebrado en fraude de ley. Resulta evidente que la consecuencia de calificación como indefinido resulta más sencilla y automática con la actual regulación dado que procede en caso de que concurra cualquier ilegalidad, sin que necesariamente el comportamiento deba ser constitutivo de fraude.

Pero la nueva formulación del art. 15.4 podría tener otra consecuencia: con la regulación anterior la consecuencia del fraude de ley en la contratación temporal era el carácter indefinido de la relación laboral. Ahora no existe pre-

¹⁸ Conforme a los datos de bases mínimas y de cuotas a la cotización por contingencias comunes vigentes en el momento en que se redactan estas líneas la penalización sería de 26,57 euros a la finalización del contrato.

visión expresa en la norma laboral de cuál es la consecuencia en el caso de fraude de ley o abuso de derecho por lo que, si se aplica la consecuencia prevista en el art. 6 de Código Civil para el fraude de ley o en el art. 7 del Código Civil para el abuso de derecho, procede *la aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir* (art. 6 del Código Civil) o *la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso* (art. 7 del Código Civil). Las consecuencias que prevé el Código Civil para el fraude de ley o el abuso de derecho van, como es sabido, más allá de la declaración de indefinido. También es sabido que el debate acerca del posible retorno del despido nulo más allá de los supuestos expresamente referidos en el art. 55. ET se ha abierto en muchas ocasiones, con nuevos argumentos, como ocurrió durante la crisis sanitaria a partir de la prohibición de despido cuando era posible utilizar el procedimiento de ERTE, previsto en el art. 2 RDL 9/2020¹⁹. Las palabras, tanto cuando aparecen como cuando desaparecen en las normas, tienen siempre consecuencias y, es claro, que el RDL 32/2021 en este aspecto ha querido reabrir debates.

– Hay, asimismo, un elemento de control formal de la legalidad del contrato temporal que tiene especial trascendencia: en la última frase del art. 15.1 ET 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*. Se establece de este modo la necesidad de que los contratos temporales establezcan con precisión los elementos concretos que justifican la temporalidad, considerando como tales la causa habilitante (circunstancias de la producción o sustitución), las circunstancias concretas que la justifican (la causa de sustitución o la que motiva el incremento de la actividad o la oscilación) así como su conexión con la duración prevista (duración prevista de la sustitución, o duración prevista del incremento de la actividad). Estas referencias deben reflejarse “con precisión”, lo que implica que no será suficiente con una referencia general en la que no se hagan constar los hechos y circunstancias concretas que justifican la temporalidad²⁰. Esta exigencia de que se haga constar con claridad y precisión la causa o la circunstancia de la contratación temporal ya se refleja desde antiguo en el RD 2720/1998, de 18 de diciembre, en desarrollo del art. 15 ET.

Sin embargo, la nueva frase incorporada al art. 15.1 ET sobre lo que debe constar en el contrato de trabajo temporal tiene una dimensión especial por

¹⁹ La expresión utilizada en el art. 2 RDL 9/2020 para dar preferencia al ERTE frente al ERE en los casos de emergencia sanitaria (no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido) dio pie a que algunos Tribunales de Justicia interpretaran que la consecuencia de esta ilegalidad era la nulidad del despido. STSJ del País Vasco de 26 de enero de 2021, Rec. 1583/2020.

²⁰ Tal y como, desde antiguo, viene exigiendo el Tribunal Supremo. Por todas, STS de 18 de noviembre de 1998, Rec. 1449/1998.

dos razones: en primer lugar, no solo deben constar datos estáticos (causa y duración), sino que también deben constar datos dinámicos o de conexión en relación con las previsiones de duración de la causa de la temporalidad. Pero, en segundo lugar, el rasgo más interesante de lo establecido en esta última frase del art. 15.1 ET es que dicha referencia expresa a la causa, las circunstancias y la conexión constituye requisito imprescindible para que “se entienda que concurre causa justificada de temporalidad”. A sensu contrario ello supone que la falta de dicha referencia en el contrato en los términos establecidos en el art. 15.1 ET supone que no concurre causa justificada de temporalidad. Adviértase que se utiliza la fórmula habitual para el establecimiento de presunciones (“se entienda” como causa justificada) sin que se establezca la posibilidad de prueba en contrario. De hecho es una presunción configurada de modo particularmente contundente (“para que se entienda...será necesario”)

La constancia precisa de la causa de la temporalidad en relación con los hechos y circunstancias que la justifican, tal y como está formulada ahora en el art. 15.1 ET supone que las personas trabajadoras deberán conocer desde el principio la causa concreta de la temporalidad en todo su alcance, un elemento fundamental para que la persona trabajadora conozca sus expectativas y, sobre todo, para que pueda identificar ilegalidades. También serviría para una más adecuada posición en caso de procedimiento judicial, dado que, desaparecería la posibilidad de que la causa de la contratación temporal se expusiera en el momento del juicio y sirviera para convalidar un trabajo que *ad initium* no tenía causa temporal.

– El nuevo sistema antiprecariedad establecido por el RDL 32/2021 no opera una modificación en las indemnizaciones; ni en las que corresponden por fin de contrato temporal por circunstancias de la producción (que se mantienen en 12 días de salario por año de servicio conforme a lo establecido en el art. 49.1.c ET); ni en las que corresponden por despido improcedente cuando tal calificación derivara de una contratación temporal con defectos de legalidad. Tampoco se aborda en el RDL 32/2021 un posible cambio en la calificación del despido que se produjera como consecuencia de una contratación temporal sin causa. Ello es consecuente con la formulación del componente 23 que señalaba el perímetro del dialogo social, y que no hacía referencia a estos mecanismos que, aunque tienen una clara potencialidad disuasoria contra la utilización abusiva de la contratación temporal, tienen también una dimensión sistémica que excedía del perímetro marcado. Por ello el sistema de consecuencias por ilegalidad de la contratación temporal queda diseñado en el RDL 32/2021 en torno a otras consecuencias, fundamentalmente las sanciones administrativas y la determinación de los enlaces que conducen a la consideración de contrato indefinido, sin que ello obste a interpretaciones judiciales que pudieran abrir otras posibilidades²¹.

²¹ En las SSTSJ de Cataluña de 23 de abril de 2021, Rec. 5233/2021 y de 14 de julio de 2021, Rec. 1811/2021, se estableció que procedía una indemnización por daños, adicional a la

Cuarto, MANTENIMIENTO Y REFUERZO DE LAS GARANTIAS CLÁSICAS APLICABLES A LOS CONTRATOS TEMPORALES: los derechos y garantías ya existentes con carácter general para los contratos temporales vigentes con anterioridad se mantienen y, en algunas ocasiones, se mejoran y refuerzan.

– Así, se mantiene igual la adquisición de la condición de fijas de las personas trabajadoras temporales que no hubieran sido dadas de alta una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente procediera para el periodo de prueba (art. 15.4 ET). También se mantiene con igual redacción el derecho a no recibir un trato peyorativo por tratarse de una contratación temporal, incluyendo el derecho a las personas trabajadoras temporales de los derechos vinculados a la antigüedad (art. 15.6 ET)²².

– Se refuerza el derecho, que ya existía con anterioridad, a la información sobre existencia de vacantes a las personas con contrato temporal: ahora, esta información deberá ser trasladada también a la representación legal de las personas trabajadoras (art. 15.7 ET). Asimismo, se incorpora como novedad el derecho a la información sobre las vacantes indefinidas ordinarias a las personas trabajadoras fijas discontinuas, a efectos de que puedan solicitarlas de acuerdo a lo que pudieran prever al respecto los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de empresa (art. 16.6 ET y art. 6.5 LISOS).

– En la regulación anterior el papel otorgado a la negociación colectiva para contribuir a la lucha contra la precariedad era bastante limitado. Apenas se hacía referencia en el anterior art. 15 ET a la posibilidad de que por convenio se establecieran criterios objetivos y compromisos de contratación indefinida, así como medidas para el acceso efectivo a la formación. El nuevo art. 15.8 ET mantiene estas referencias, pero incorpora otras temáticas anti-precariedad que pueden configurar los convenios colectivos: planes de temporalidad; volumen de contratos temporales en relación con la plantilla de la empresa; porcentajes máximos de temporalidad; y consecuencias derivadas de su incumplimiento²³.

establecida para el despido improcedente, en el caso de un despido del que fue objeto una persona contratada temporal sin causa.

²² Esta previsión es desarrollo del art.4 de la Directiva 99/70, de 28 de junio, acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, en cuyo art. 4 se establece lo siguiente: *1. Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.*

²³ Probablemente entre estas últimas se encontraría, por ejemplo, la previsión de que correspondiera a la persona trabajadora la opción entre indemnización o readmisión en el caso de despido improcedente por defectos de causalidad en la contratación temporal, una previsión para la que tienen competencia los convenios colectivos.

– Se mantiene asimismo la obligación de información a la persona trabajadora de su condición de indefinida por superación de tiempo de enlaces, por transcurso del periodo legal de prueba sin alta en seguridad social y por incumplimiento de lo establecido en el propio art. 15. También se mantiene el derecho de la persona trabajadora a que el SEPE emita certificado donde consten los contratos de duración determinada a efectos de poder acreditar su condición de fijas. En la nueva regulación se amplían los destinatarios de este certificado, que no serán solo la persona trabajadora y la empresa, sino también la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con lo que se extienden también las posibilidades de control efectivo de este derecho a la fijeza.

Quinto, PREVISIÓN DE EVALUACIÓN Y COMPROMISO DE REDUCCIÓN DE LA TASA DE TEMPORALIDAD. La efectividad es el principal objetivo de la nueva normativa para la lucha contra la precariedad. Por ello no basta con el establecimiento y corrección de medidas antiprecariedad, sino que es necesario también configurar mecanismos que permitan evaluar la efectividad de las mismas para adoptar, en su caso, las medidas correspondientes. Esta es la finalidad del mecanismo establecido en la nueva DA 24 ET, titulado *Compromiso de reducción de la tasa de temporalidad*.

La principal característica del sistema de evaluación de la DA 24 ET es que se configura como un mecanismo permanente y periódico de control de efectividad de las medidas antiprecariedad establecidas en el RDL 32/2021, siendo la primera evaluación al cabo de tres años (en enero de 2025) y las siguientes cada dos años. El precepto establece que dicha evaluación deberá realizarse a partir de los datos de contratación temporal e indefinida de los que se disponga, que serán a su vez objeto de publicación. Se trata de un mecanismo de evaluación que se construye en torno a resultados derivados de datos objetivos y que tiene previstos mecanismos reactivos en caso de que no se avance en la reducción de la tasa de temporalidad, porque si dicho avance no se produce el Gobierno deberá elaborar una propuesta de medidas adicionales que será presentada a la mesa de diálogo social para su discusión y eventual acuerdo. El carácter negociado de la reforma de 2021 se inserta con carácter permanente en la propia dinámica de evolución de la norma laboral sobre contratación temporal, estableciendo los mecanismos adecuados para que la norma se corrija en lo que no resultara adecuada en atención a los datos, pero también para que evolucione y se ajuste a nuevos acontecimientos, nuevas previsiones o nuevas estrategias de acuerdo con los interlocutores sociales. Anticipa, por tanto, un nuevo sistema de generación y evolución de la normativa laboral que, tal y como ha sucedido en los últimos dos años, se asienta fuertemente en el diálogo social.

La previsión de evaluación es particularmente relevante en una norma como la presente, que altera sustancialmente el marco de la contratación temporal y también el marco de relaciones entre la contratación temporal y la contratación indefinida. Hay dos figuras nuevas que suponen impor-

tantes cambios en estos nuevos marcos y que justifican la configuración de un mecanismo de evaluación eficiente: de un lado, el nuevo contrato de circunstancias de la producción, particularmente en su modalidad de contrato ocasional previsible (art. 15.2 cuarto párrafo ET), incorpora nuevos parámetros tanto en la identificación de la causa de la temporalidad (conceptos de ocasionalidad y de previsibilidad), como en el mecanismo de aplicación de las duraciones máximas (90 días por año natural) que carece de precedentes en la normativa laboral española. Es necesario seguir de cerca la evolución de esta figura para comprobar si cumple su finalidad de dar cobertura a las situaciones reales y justificadas de temporalidad contractual que pudieran tener las empresas, sobre todo a partir de la desaparición del contrato de obra. Es particularmente importante también detectar a tiempo cualquier derivación o efecto sustitución que pudiera producirse. De otro lado, la reconfiguración del contrato de fijo discontinuo en el nuevo art. 16 ET establece nuevos parámetros en el funcionamiento de esta figura, que expande notablemente su ámbito aplicativo a partir del nuevo diseño de la contratación temporal, pero sobre todo a partir de la entrada en escena de dos nuevos actores: las empresas contratistas, subcontratistas y concesionarias de un lado; y las empresas de trabajo temporal de otro. Unas y otras adquieren un papel claramente relevante en el funcionamiento del nuevo contrato de fijo discontinuo, lo que supondrá la incorporación de nuevas dinámicas que requieren seguimiento cercano y que difícilmente pueden anticiparse. Ni que decir tiene que la mera existencia de este mecanismo de evaluación que se basa en datos objetivos y resultados fehacientes, puede tener un efecto disuasorio frente a utilizaciones abusivas de las nuevas figuras o contrarias a su finalidad.

Es interesante destacar que el RDL 32/2021 no establece en ningún caso medidas cuya fecha de caducidad venga determinada por la consecución de cierta tasa de desempleo (15%), algo bastante habitual en las medidas anti-precariedad que se han ensayado, con escaso éxito, a lo largo de los años. Figuras como el contrato a tiempo parcial de finalidad formativa (Ley 11/2003) o el contrato de apoyo a los emprendedores (Ley 3/2012) surgieron en su momento con una vigencia limitada en el tiempo a que se consiguiera determinada tasa de desempleo. Como se sabe, estas figuras desaparecieron de nuestro ordenamiento antes de que se cumpliera dicho objetivo. El compromiso de reducción de la temporalidad del RDL 32/2021 se configura de modo totalmente diferente porque supone una evaluación permanente, que es lo que procede cuando la política anti-precariedad tiene también una dimensión estructural y permanente.

Sexto, CONFIGURACIÓN DE UN SISTEMA TRANSITORIO QUE CONJUGA INMEDIATEZ Y EXPECTATIVAS DE ANTIGUOS CONTRATOS. La entidad de los cambios operados en la contratación temporal por medio del RDL 32/2021 obliga a un peculiar sistema transitorio, contenido en su DF octava, en su DT tercera y en su DT cuarta cuya principal carac-

terística es que el plazo de entrada en vigor se fija en tres meses. En torno a este plazo se configura un sistema dinámico de derechos pasados, futuros y emergentes que pretende mantener derechos y expectativas adquiridos, dar tiempo suficiente a las empresas para acometer los cambios necesarios y asegurar la inmediata aplicación, en términos de razonabilidad, de lo establecido en el RDL 32/2021.

Conforme a todo ello el mecanismo transitorio diferencia los siguientes espacios temporales: (i) los contratos temporales celebrados antes del 31 de diciembre de 2021 se mantienen vigentes conforme a la normativa en la que se suscribieron hasta la duración máxima que tuvieran establecida. Esto se refiere al contrato de obra, al contrato de eventuales, al contrato de interinidad y al contrato fijo de obra de la construcción (DF octava y DT tercera); (ii) Durante el espacio de tiempo comprendido entre el 31 de diciembre de 2021 y el 30 de marzo de 2022 se podrán seguir celebrando los contratos temporales de obra, de eventualidad y de interinidad antiguos (DF octava), si bien los contratos de obra y de eventualidad tendrán una duración máxima de seis meses (DT cuarta). La duración del contrato de interinidad de sustitución viene determinada por su causa, tanto en la regulación anterior como en la actual, por lo que no requiere ajuste de carácter transitorio. También hay coincidencia en la duración máxima del antiguo contrato de interinidad por vacante y en la duración máxima del contrato de sustitución por la misma causa (tres meses) por lo que tampoco en este caso procede el ajuste transitorio.

El nuevo sistema contra el enlace contractual del art. 15.5 ET, configurado por el RDL 32/2021 también tiene establecido un peculiar sistema transitorio en la DT quinta del RDL 32/2021. El nuevo mecanismo (18 meses máximo en un periodo de 24 conforme al RDL 32/2021, art. 15.5 ET) se aplicará solo a los contratos “suscritos” a partir de la entrada en vigor del mismo, lo que implica que existe una clara línea de división entre la aplicación de las reglas limitativas de enlaces antigua (24 meses máximo en un periodo de 36) y la nueva, que se rige por la fecha de suscripción del correspondiente contrato. Sin embargo, el contrato vigente en el momento de entrada en vigor de la nueva norma será adicionado a los que se suscribieran con posterioridad a efectos de determinar el enlace que regula el nuevo art. 15.5 ET.

Esta regulación pretende asegurar la irretroactividad de la nueva normativa de enlace, a efectos de que no quede afectada la expectativa de legalidad de quien en su momento suscribió contratos temporales. Es evidente que con ello se produce cierta validación de los contratos temporales suscritos con anterioridad, que no serán tenidos en cuenta (más allá del contrato temporal vigente en el momento de entrada en vigor de la norma) para la aplicación de las reglas contra el enlace contractual del nuevo art. 15.5 ET, pero se trata de una validación solo aparente: primero,

porque el contrato vigente en el momento de entrada en vigor de la nueva norma podrá ser adicionado a los antiguos para comprobar si se cumple el enlace de 24 meses en 30 que regía con anterioridad; y, segundo, porque en todo caso se aplica el principio de que los contratos sin causa deben ser calificados como contratos indefinidos, y las características del enlace contractual en relación con el trabajo realizado pueden conducir a dicha calificación aunque no se llegue a los umbrales para el enlace establecidos en el antiguo (o el nuevo) art. 15.5 ET.

2. EL NUEVO CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN

El art. 15.2 ET en sus párrafos primero, segundo, tercero y quinto regula el nuevo contrato por circunstancias de la producción que podría llamarse común, general u ordinario. Hay, sin embargo, una interesante versión del mismo, que atiende a situaciones “previsibles”, y que cuenta con una regulación diferenciada en el párrafo cuarto del art. 15.2 ET. Aunque ambos mecanismos obedecen a una misma causa de naturaleza productiva o a necesidades temporales estructurales de la empresa, procede su análisis diferenciado a efectos puramente expositivos.

2.1. El contrato por circunstancias de la producción ordinario o común: la madurez del antiguo contrato de eventuales

2.1.1. Sobre la causa

La causa que justifica la nueva contratación temporal por circunstancias de la producción en el primer párrafo del art. 15.2 ET es la siguiente: *el incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no responda a los supuestos incluidos en el art. 16.1*

Si comparamos la causa del antiguo contrato de eventuales con la causa que justifica el nuevo contrato por circunstancias de la producción nos encontramos con que la técnica utilizada por el antiguo contrato de eventuales se centraba exclusivamente en sustantivos, en puros datos no graduados ni valorados: Efectivamente, *las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos* que definían el antiguo contrato de eventuales en realidad atendían a situaciones comunes y ordinarias en la dinámica de cualquier empresa. La técnica utilizada en el nuevo art. 15.2 ET es radicalmente distinta: el nuevo precepto deja de definir lo obvio y de utilizar sustantivos, e introduce en la norma el elemento conceptual que efectivamente identifica la concurrencia de una necesidad esencialmente

temporal de mano de obra por razones productivas o empresariales. Esta vez no utiliza sustantivos sino adjetivos. Esta es la función que tiene la expresión utilizada en el nuevo art. 15.2 ET que menciona el *incremento de la actividad “ocasional e imprevisible”*²⁴ y *las oscilaciones*. Son dos los supuestos que se contemplan:

(i) el incremento de la actividad ocasional e imprevisible; (iii) las oscilaciones.

(i) EL INCREMENTO DE LA ACTIVIDAD OCASIONAL E IMPREVISIBLE. El término “ocasional” tiene una dimensión fáctica, objetiva, material o estrictamente cuantitativa, en tanto el término “imprevisible” tiene una dimensión subjetiva, finalista o intencional relacionada con la planificación empresarial.

El término “ocasional” es el que principalmente identifica la naturaleza de las situaciones que deben justificar la contratación temporal desde una perspectiva material u objetiva. El diccionario de la RAE define este adjetivo del siguiente modo: *Que solo ocurre o actúa en alguna ocasión*. Por tanto, el incremento de la actividad que justifica la nueva contratación temporal por circunstancias de la producción no forma parte de la dinámica ordinaria de funcionamiento habitual de la empresa. Es, sin embargo, un incremento que no debe ser necesariamente excepcional, porque puede tratarse de la actividad normal de la empresa, tal y como expresamente refiere el art. 15.2 ET. De este modo se incorpora a la norma expresamente el elemento indiscutible que diferencia el contrato temporal del fijo discontinuo²⁵. Esta previsión se refuerza y ratifica con lo establecido en el último inciso del primer párrafo del art. 15.2, que hace referencia al concepto de fijo discontinuo establecido en el art. 16.1 ET para que constituya el límite infranqueable del nuevo contrato temporal por circunstancias de la producción.

El término “imprevisible” incorpora a la definición el elemento subjetivo o intencional. Según el diccionario de la RAE imprevisible es lo que *no se puede prever (ver con anticipación)*. En contexto empresarial, imprevisible es lo que no se puede ver con anticipación porque no entra en la planificación ordinaria de la empresa. Por ello no entran en el ámbito del contrato por circunstancias de la producción las actividades de lanzamiento de nuevo producto o de nueva actividad que, desde antiguo habían sido dejadas al margen de la contratación eventual por los tribunales de justicia²⁶. Imprevisible, en el contexto de funcionamiento empresarial, es lo que surge desde fuera de la planificación empresarial, básicamente por incremento

²⁴ El entrecomillado es de la autora.

²⁵ Por ejemplo, en la STS de 26 de octubre de 2016, Rec. 3826/2015, se refiere el carácter “esporádico” como el elemento capaz de justificar el contrato temporal en lugar del de fijo discontinuo.

²⁶ STS de 9 de marzo de 2009, Rec. 3839/2007.

de la demanda, aunque pudiera ser razonablemente anticipado en el plano de las expectativas empresariales (a fin de cuentas, la finalidad empresarial básica es expandirse).

Adviértase, en todo caso, que ambos términos (ocasional e imprevisible) se refieren a cosas diferentes y que, por lo tanto, no son reiterativos: lo ocasional, según el diccionario de la RAE, es lo que ocurre solo en alguna ocasión, por tanto se refiere al momento en que se produce. Ocasional es opuesto a habitual, y se mide en términos objetivos, en atención a la naturaleza de la actividad. En cambio, el término “imprevisible” incorpora la vertiente subjetiva o intencional. Indica falta de conocimiento razonable por parte de la empresa. Es posible, por tanto, la existencia de una situación “ocasional y previsible”, que es el supuesto de la modalidad de contrato por circunstancias de la producción de duración máxima de 90 días por año que se expone más abajo. Lo que califica el contrato por circunstancias de la producción en ambos casos es, por tanto, la ocasionalidad.

(iii) LAS OSCILACIONES. Según la RAE oscilación es la acción de oscilar que a su vez significa *efectuar movimientos de vaivén a la manera de un péndulo o de un cuerpo colgado de un resorte o movido por él*. Ciertamente, el concepto de “oscilación” tiene aparentemente poco que ver con el término “ocasional e imprevisible” que define el primer supuesto de contrato por circunstancias de la producción, pero queda condicionado, como él, a que genere un *desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere* y, sobre todo, solo opera cuando *no responda a los supuestos incluidos en el art. 16.1*. Por tanto, el termino oscilaciones en ningún caso justifica que transiten a la temporalidad las situaciones que deben dar lugar a contratos de fijos discontinuos, que seguirán aglutinando, sin quiebras ni excepciones, las relaciones laborales que se refieren a las actividades habituales de la empresa.

Por ello cabe entender que las oscilaciones a las que se refiere el art. 15.2 ET serán solo las oscilaciones externas, fundamentalmente las motivadas por diferencias en la demanda. No parece razonable que dichas oscilaciones se refieran a la dimensión interna de funcionamiento de la empresa, aquella antigua interpretación judicial que admitía la eventualidad cuando se producía un desajuste entre el empleo estable disponible y el que se requiere *motivado porque se mantiene dentro de los límites de la normalidad el referido trabajo pero, por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo*²⁷. El propio concepto del contrato lo impide porque ya no es un contrato de “eventuales” sino un contrato “por circunstancias de la producción”: las circunstancias organizativas o derivadas de la gestión de personal no son circunstancias de

²⁷ El texto en cursiva corresponde a la STS de 7 de diciembre de 2011, Rec. 935/2011, que admite esta situación para el antiguo contrato de eventualidad.

la producción. En todo caso, si concurrieran las circunstancias para ello, el contrato que sería admisible sería el de sustitución, para lo cual deberá constar causa concreta y persona concreta que genera la necesidad de mano de obra por sustitución.

Especial atención merece lo establecido en el segundo párrafo del art. 15.2 ET en el que se señala que *entre las oscilaciones a que se refiere el párrafo anterior se entenderán incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales*. Como se sabe, los tribunales españoles han negado la posibilidad de que el antiguo contrato de interinidad (actual contrato de sustitución) sea utilizado para cubrir las ausencias de las personas trabajadoras en vacaciones, dado que en tales casos la ausencia no es debida a una suspensión con derecho de reserva de puesto, tal y como se requiere, antes y ahora, para este tipo de contrato²⁸. Las vacaciones son ausencias que forman parte de la dinámica ordinaria de funcionamiento de la empresa y que debieran gestionarse con plantilla estable. Debe señalarse que esta misma jurisprudencia ha admitido que pueda utilizarse en la situación de sustitución por vacaciones el contrato de eventuales²⁹.

Pero esta referencia expresa a las vacaciones del nuevo art. 15.2 ET para justificar el contrato por circunstancias de la producción no significa que el resto de las necesidades ordinarias de personal de carácter interno que deben ser previstas y atendidas por medio de personal indefinido de plantilla, puedan realizarse por medio del nuevo contrato por circunstancias de la producción. Ello es así porque existe en el art. 15 una clara y rotunda preferencia del art. 16 frente al art. 15.2, lo que significa que, cuando concurre causa para realizar un fijo discontinuo ésta deberá ser la figura contractual y no el contrato por circunstancias de la producción. La referencia a la posibilidad de que las vacaciones den cobertura a contratos por circunstancias de la producción tiene un claro carácter excepcional, que existe en el art. 15.2 ET porque las partes en la mesa de dialogo social han querido que se mantenga la doctrina jurisprudencial que, hasta ahora, ha admitido la posibilidad del contrato de eventuales para la cobertura de vacaciones, pero que no tiene carácter expansivo a otras situaciones de gestión ordinaria de personal en la empresa que requieren contratos por tiempo indefinido.

2.1.2. Sobre la desaparición del antiguo contrato de obra

– La razón de la desaparición del clásico contrato temporal de obra, que existe en el ordenamiento laboral español desde la primera redacción

²⁸ STS de 12 de junio de 2012, Rec. 3375/2011. Con anterioridad, STS de 12 de julio de 1994, Rec. 121/1994.

²⁹ En la STS de 12 de junio de 2012, Rec. 3375 se estima el recurso de la empresa que había utilizado el contrato de eventuales para cubrir la ausencia de las personas trabajadoras en vacaciones.

del Estatuto de los Trabajadores de 1980, se debe a su trágica deriva hacia contratos sin verdadera causa temporal que podían prolongarse más allá de lo que resulta razonable para una relación temporal (tres años ampliables a cuatro por convenio sectorial).

El contrato de obra no es, en sí, una figura perniciosa ni esencialmente perversa. De hecho forma parte desde hace mucho del ordenamiento laboral alemán sin que en este país se hayan producido los efectos de precariedad masiva que se han producido en España. Pero tampoco se trata de una figura imprescindible para dar cobertura a todas las situaciones de temporalidad laboral justificadas, como prueba el hecho de que no forme parte de los sistemas de contratación laboral temporal directa en ordenamientos como Francia, Italia o Portugal.

– En el ordenamiento español el contrato temporal para la realización de obra o servicio determinado ha convivido siempre con el contrato de eventuales, aunque no siempre se referían a supuestos claramente diferenciables. Efectivamente, tanto uno como otro podían referirse a actividades normales de la empresa, y si bien el contrato de obra se calificaba por la existencia de una obra con autonomía y sustantividad, el contrato de eventuales podía realizarse cuando lo requirieran las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos. Dado que los criterios identificativos atendían a diferentes criterios y no eran excluyentes podía suceder que, en una determinada situación, pudiera legítimamente realizarse tanto un contrato de obra como de eventuales. No puede decirse, pues, que este sistema favoreciera la contención de la contratación temporal.

Los elementos identificativos del antiguo contrato de obra, la autonomía y sustantividad de la obra, tampoco sirvieron para clarificar el panorama y para evitar el efecto sustitución de contratos indefinidos por temporales. Existe un gran número de sentencias que se han pronunciado acerca de este crítico concepto de autonomía y sustantividad. En el plano de los principios, el contrato de obra (como el de eventuales) no podía realizarse para la realización de tareas habituales y ordinarias de la empresa que, por su naturaleza, debían realizarse por personal indefinido. Por ello, no resultaba posible utilizar el contrato de obra cuando se realizaba una parcelación artificiosa de las tareas habituales³⁰ y por ello no cabía, por ejemplo, el contrato de obra, para el desarrollo de las actividades correspondientes a un curso escolar³¹. Pero con esta declaración de principios no terminó definitivamente el problema de la difícil determinación de aquella autonomía y sustantividad.

– De hecho, el devenir del contrato de obra ha sido tan atormentado como criticado y cuestionado. Un momento particularmente importante en este devenir fue cuando el Tribunal Supremo admitió que pudiera dar cobertura a las actividades correspondientes a una contrata o concesión

³⁰ Por todas, STS de 15 de julio de 2009, Rec. 3787/2008.

³¹ STS de 27 de marzo de 2002, Rec. 2267/2001.

administrativa³², lo que fue finalmente corregido por el propio Tribunal Supremo años más tarde³³. Otros momentos importantes se produjeron cuando el contrato de obra empezó a usarse utilizando como causa justificativa una subvención, lo que también tuvo que corregirse por medio de la introducción de una causa específica de despido objetivo para el caso de fin de subvenciones (art. 52.e) ET)³⁴, lo que permitió considerar injustificados como contratos de obra aquellos que dependieran exclusivamente de la existencia de una subvención³⁵. Otros momentos álgidos de este cuestionado contrato de obra han traspasado nuestras fronteras, como cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció que el contrato llamado “fijo de obra”, aplicable en el sector de la Construcción, contravenía lo establecido en la Directiva 99/70, de 28 de junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada³⁶.

En este contexto, resultaba imprescindible la acomodación de las fórmulas de contratación temporal de naturaleza productiva a las necesidades reales de las empresas, estableciendo un linde preciso y claro con el contrato por tiempo indefinido. El nuevo contrato por circunstancias de la producción aglutina los antiguos contrato de obra y de eventuales resaltando el elemento característico de ambos y reforzando su médula estrictamente causal, que no es ni la autonomía y sustantividad, ni la acumulación de tareas o el exceso de pedidos. El elemento clave, tal y como más arriba se expone, es el incremento de la actividad ocasional. Al abrigo de este principio se establece expresamente en el actual art. 15.2 *in fine* ET que la realización de trabajos dentro del marco de contrata, subcontrata o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa no puede justificar el contrato temporal por circunstancias de la producción. Adviértase que ello no significa que las empresas contratistas no puedan celebrar contratos por circunstancias de la producción cuando concorra causa justificada para ello, o sea, cuando se produzca un incremento de actividad ocasional e imprevisible.

– La cuestión que quedaba por resolver era la posible existencia de posibles causas justificativas de temporalidad que no cupieran bajo el paraguas de lo ocasional e imprevisible, pero cuya existencia fuera requerida por las actuales formas de producción sin generar riesgos de precarización. Este es el sentido de la modalidad de contrato por circunstancias de la producción para situaciones previsibles regulado en el párrafo cuarto del art. 15.2 ET, cuyo análisis se realiza más abajo, y que queda incorporado al concepto general de contrato temporal por circunstancias de la producción con específicas limitaciones y condiciones.

³² STS de 4 de octubre de 2007, Rec. 1505/2006.

³³ STS de 29 de diciembre de 2020, Rec. 240/2018.

³⁴ Por Ley 12/2001, de 9 de julio.

³⁵ STS de 4 de marzo de 2020, Rec. 2165/2017.

³⁶ STJUE de 24 de junio de 2021, C-550/19.

2.1.3. *Sobre la duración del nuevo contrato por circunstancias de la producción ordinario o común*

– La duración máxima del actual contrato por circunstancias de la producción es un elemento importante para asegurar que concurre su carácter de ocasional e imprevisible, pero ni es el único elemento a tener en cuenta ni es siquiera el más importante. El reforzamiento del sistema de duraciones máximas que se advierte en el nuevo art. 15 ET no significa que el elemento causal pierda relevancia sino todo lo contrario. La duración máxima del contrato por circunstancias de la producción en su modalidad ordinaria o común es de seis meses, ampliable hasta un año por convenio colectivo sectorial, pero en todo caso la duración efectiva de cada contrato debe acomodarse a la duración de la ocasionalidad e imprevisibilidad que legitiman su existencia.

Se simplifica de este modo el sistema de duración máxima aplicable, que deja de estar referido a aquel complejo parámetro de referencia que, en el fondo, no hacía sino legitimar la sucesión de contratos, de modo continuo o discontinuo, hasta el máximo posible dentro del periodo de referencia. En efecto, si la causa se mantiene lo que procede es la continuidad del contrato mediante una prórroga del mismo. Pero es difícil explicar que concorra la misma causa cuando se permite que prosiga de modo discontinuo la actividad laboral si se hace dentro del periodo de referencia. Por tanto, la aplicación de una duración máxima sin periodo de referencia resulta consecuente con el objetivo de reforzamiento de la causalidad del contrato temporal por circunstancias de la producción.

– El art. 15.2 admite la prórroga del contrato, si se mantiene la causa de la temporalidad, hasta el máximo legal mediante acuerdo de las partes, por una única vez, lo que se aplica en caso de prórroga expresa. Pero también resulta aplicable el sistema de prórroga tácita establecido en el art. 49.1.c ET, que permite considerar ampliada la duración del contrato hasta el máximo legal o convencional aplicable si la persona trabajadora continúa prestando servicios más allá del tiempo establecido en el contrato, siempre y cuando (resulta evidente) se mantenga la causa de la temporalidad.

– La eliminación del periodo de referencia plantea la cuestión del posible enlace de contratos sucesivos por circunstancias de la producción. La posibilidad de estos enlaces queda condicionada por dos factores: (i) solo será posible un nuevo contrato por circunstancias de la producción si se produce una nueva causa de temporalidad; (ii) los contratos por circunstancias de la producción que se realicen no podrán sobrepasar la duración máxima de 18 meses en el periodo de referencia de 24.

2.2. El contrato por circunstancias de la producción ocasional pero previsible: la causalidad con término estricto

– El contrato por circunstancias de la producción da lugar a una novedosa modalidad en el párrafo cuarto del art. 15.2 ET que se puede formalizar

para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada en los términos previstos en este párrafo. De este modo, el supuesto al que se refiere este precepto atiende a una situación que tiene tres elementos característicos: es ocasional; es previsible; y tiene una duración reducida.

Con relación al alcance del término “ocasional” poco cabe añadir a lo que más arriba se ha expuesto sobre la modalidad general u ordinaria del contrato por circunstancias de la producción (primer párrafo del art. 15.1 ET). El término ocasional indica que no se sustrae espacio del contrato de fijo discontinuo, porque la actividad a la que se refiere no puede ser la habitual en la empresa. El término “previsible” es algo más complejo, pero es fácil advertir que es este término el que diferencia la modalidad ordinaria o común del contrato por circunstancias de la producción del párrafo primero del art. 15.2 ET de la modalidad especial y novedosa regulada en el párrafo tercero del art. 15. 2 ET. Por tanto, el párrafo tercero del art. 15.2 ET contempla la posibilidad de esta forma especial de contratación por circunstancias de la producción para atender situaciones que no son habituales en la empresa, pero que sí que se pueden anticipar o son previsibles. No hay paradoja ni contradicción en una situación ocasional y previsible, porque la ocasionalidad se refiere a la frecuencia; y lo previsible o imprevisible atiende al conocimiento previo y capacidad de anticipación que tiene el actor (*supra*).

– Los supuestos a los que se refiere esta modalidad de contrato obedecen a necesidades empresariales puntuales, tanto en el sector servicios (particularmente hostelería o comercio) como en otros sectores (por ejemplo, el sector agrícola), que se corresponde con las actividades propias de la empresa (por ello son previsibles) y para las cuales existe ya una plantilla estable con las correspondientes personas trabajadoras indefinidas (ordinarias y/o fijas discontinuas). Pero pese a esta asignación del personal estable para su realización, pueden existir necesidades adicionales, bien porque se desarrollen en espacios temporales para los cuales no está prevista la intervención de los fijos discontinuos por tener momentos de realización indeterminados (por ejemplo, campañas de comercio con momentos de realización variable); o bien por corresponder a momentos determinados por campañas (por ejemplo, Navidad en comercio; verano en hostelería; o cosecha en sector agrario) en las que existe la posibilidad de que no sea suficiente la plantilla estable existente y en las que puede existir dificultad para que la cobertura se realice por medio de fijo discontinuo, en atención a su poca certeza y a su corta duración

– A efectos de que la utilización de esta figura pueda atender a su finalidad, que es real pero de muy compleja determinación, dentro del marco del control estricto de la temporalidad que caracteriza la actual regulación de la contratación temporal, el párrafo tercero del art. 15.2 ET establece fuertes límites de duración máxima a este contrato por circunstancias de la producción ocasional pero previsible: las empresas solo podrán utilizar esta moda-

lidad durante un máximo de 90 días en el año natural, independientemente del número de personas que fueran necesarias cada uno de esos días; estos noventa días no podrán realizarse de modo continuado; y deberá entregarse a la representación legal de las personas trabajadoras al fin de cada año una previsión del uso de estos contratos para el año siguiente.

Es un nuevo sistema de duración máxima que atiende, pues, a sus días de utilización a lo largo del año natural por parte de la empresa, y no a la duración de cada contrato de trabajo, que ha sido el sistema tradicional de cómputo de la duración máxima de los contratos temporales. Este sistema permite una mayor conexión con la ocasionalidad de la figura y proporciona un sencillo mecanismo de contratación que garantiza agilidad en su gestión, teniendo en cuenta que está previsto para situaciones de duración breve. Para las situaciones de mayor duración procedería la contratación de fijos discontinuos si fueran previsibles, o de eventuales ordinarios si fueran ocasionales e imprevisibles.

– Debe tenerse en cuenta que la introducción de esta figura no está pensada para ser aplicada en aquellos casos que requieren (y siempre han requerido) fijo discontinuo. Tampoco abre, ni mucho menos, la puerta a la temporalidad sin causa cuando no se llega a los umbrales de duración establecidos, porque siempre será necesaria la vinculación a una ocasionalidad concreta que deberá quedar convenientemente reflejada en el contrato en los términos establecidos en el art. 15.1 ET. De hecho, esta figura queda blindada, por sus estrictas reglas de duración máxima, frente a la utilización abusiva contraria a su finalidad. El contrato de circunstancias de la producción ocasional y previsible surge, en cambio, para dar cobertura a las situaciones de temporalidad justificadas, que con anterioridad daban lugar a contratos de obra legítimos, y que quedan desprovistos de fórmula contractual adecuada al quedar derogado el contrato por obra o servicio determinado.

– Por lo demás, el contrato por circunstancias de la producción ocasional y previsible es una modalidad del contrato temporal por circunstancias de la producción, una rama adicional que admite aplicarse a las situaciones ocasionales aunque no sean imprevisibles, siempre y cuando concurren los límites y condiciones establecidas. Ello implica que no es una nueva modalidad con una regulación diferente a la del contrato por circunstancias de la producción ordinario. Por ello se le aplican los límites y condiciones establecidos con carácter general para el contrato por circunstancias de la producción ordinario, incluida la duración máxima, lo que puede ser relevante en el caso de que tras el contrato ocasional previsible se realice un contrato ocasional imprevisible (o viceversa).

3. EL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN

– El nuevo contrato de sustitución configurado por el RDL 32/2021 se parece mucho al antiguo contrato de interinidad, tanto en su regulación,

como en las dos modalidades que contempla: sustitución de persona trabajadora en suspensión con derecho de reserva, de un lado; y sustitución por cobertura de vacante, de otro. El único problema que plantea la nueva denominación de este contrato (sustitución en lugar de interinidad) es que obliga a buscar una nueva denominación para lo que antes llamábamos contrato de interinidad por sustitución, y que probablemente ahora podría llamarse contrato de sustitución puro.

– La contratación de sustitución se rige por principios diferentes a los aplicables a la contratación por circunstancias de la producción, dado que su causalidad es mucho más firme, por lo que las posibilidades de efecto sustitución respecto a la contratación indefinida son menores. Incluso en el caso de sustitución por cobertura de vacante en la empresa privada existen mecanismos de control adecuados, porque requiere identificación de la plaza y porque tiene una duración máxima de tres meses o la inferior que pudiera establecerse por convenio colectivo, sin que pueda celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada la duración máxima.

El contrato de sustitución no solo carece de muchos de los peligros vinculados al abuso de la temporalidad, sino que en ocasiones su promoción resulta adecuada y conveniente, porque coadyuva a evitar la estigmatización de las personas que ejercitan su derecho a suspender su contrato de trabajo con derecho de reserva, particularmente en caso de ejercicio de derechos de conciliación³⁷. Ello explica que ni se tenga en cuenta a efectos de constatación de duración máxima de los enlaces contractuales (art. 15.e ET) ni tenga prevista indemnización por fin de contrato (art. 49.1.c ET)³⁸.

De este principio general de comprensiva aceptación del contrato de sustitución solo escapa el contrato de sustitución por cobertura de vacante en la Administración Pública que, por generar periodos de temporalidad injustificadamente largos y por carecer de causa temporal al dar cobertura a necesi-

³⁷ Este es el sentido que tienen los incentivos a la contratación de personas interinas/sustitutas para sustituir a personas con su contrato suspendido por nacimiento, adopción, acogimiento de hijo/a o riesgo durante el embarazo o la lactancia, que tuvo su primera formulación en el RDL 11/998, de 4 de septiembre; o la que se aplica a las personas en sustitución de otras que han sido víctimas de violencia de género (art. 21.3 LO 1/2004, de 28 de diciembre, Ley de Violencia de Género). El RDL 32/2021 en su disposición derogatoria única deroga la DA 21 ET, en la que se configuraba una reducción en la cotización a la seguridad social por contingencias comunes de la persona interina que sustituyera a una persona trabajadora titular que estuviera en excedencia por cuidado de hijos/as o familiares, probablemente debido a su escasa utilización y a efectos de conseguir el objetivo de reordenación general del sistema de bonificaciones a la contratación. Será necesario prestar atención en el futuro a otros mecanismos más eficaces para evitar la estigmatización de las personas trabajadoras que hacen uso de sus derechos de conciliación.

³⁸ La falta de previsión indemnizatoria en caso de fin de contrato de interinidad por sustitución ha sido respaldada por la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 5 de junio de 2018, C-677/16; y STJUE de 21 de noviembre de 2018, C-619/17) y del Tribunal Supremo (por todas STS de 13 de marzo de 2019, Rec. 3970/2016) a pesar de las dudas creadas después de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-594/14.

dades permanentes de la Administración, ha sido considerado contrario a la Directiva 99/70 por parte del TJUE³⁹. La cuestión no se aborda en la reforma operada por el RDL 32/2021 por tratarse de una materia relativa al funcionamiento de las Administraciones Públicas que corresponde resolver en otros ámbitos (Anteproyecto de Ley de la Función Pública) y que, de hecho, en el momento en que se redactan estas líneas está pendiente de tramitación y, en su caso, aprobación en sede parlamentaria.

– Los supuestos que admiten la contratación de sustitución son iguales que los que, conforme a la anterior regulación, admitían la contratación de interinidad. Uno de ellos es el supuesto de sustitución para completar la jornada reducida de quien hubiera accedido a una reducción de jornada, que ahora se menciona expresamente en el texto del art. 15.3 ET, aunque con anterioridad no se regulaba en el ET sino en el art. 5 del RD 2820/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 ET en materia de contratos por tiempo determinado. Este art. 5 RD 2820/1998 regula la interinidad a tiempo parcial de un modo más detallado que en la redacción nueva del art. 15.3 ET. Por ejemplo, el RD de 1998 no solo prevé la posibilidad de contrato de sustitución para completar la jornada de quien accede a una reducción de jornada, sino que también contempla la posibilidad de contrato de sustitución a tiempo parcial en aquellos casos en que se sustituye a una persona contratada a tiempo parcial. No hay contradicción entre la regulación más extensa del RD 2720/1998 y la más sintetizada del nuevo art. 15.3 ET, por lo que lo establecido al respecto en el RD 2720/1998 se mantendrá vigente hasta que sea sustituido, en su caso, por otro desarrollo reglamentario.

– En dos ocasiones menciona el art. 15.3 ET la necesidad de que conste en el contrato de trabajo de sustitución la persona sustituida y la causa de la sustitución: primero, con relación al contrato de sustitución a tiempo completo (art. 15.3 primer párrafo ET); y, después, con referencia al contrato para sustituir a una persona en reducción de jornada (art. 15.3. segundo párrafo ET). De hecho, ni siquiera hubiera sido necesaria esta referencia en el nuevo art. 15.3 ET dado que ya consta con carácter general y amplio espectro en el art. 15.1 ET la necesidad de referencia concreta a la causa para todos los contratos temporales. En todo caso, dado que en la anterior redacción del art. 15.1.c ET se hacía expresa referencia a la necesidad de que constara el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución, es prudente mantener la misma previsión, incluso por duplicado, en la nueva redacción a efectos de que su supresión no sea considerada como una eliminación de este requisito.

Por lo demás, la necesidad de que conste la persona sustituida y la causa de la sustitución no impide, como se ha venido haciendo hasta ahora, que la

³⁹ STJUE de 19 de marzo de 2020, C-103/2018.

persona contratada en sustitución no realice el trabajo concreto de la persona con su contrato suspendido sino el de otra persona trabajadora que es la que realiza el trabajo de la persona ausente. Esta situación, expresamente mencionada en el art. 4 del RD 2720/1998, ya se contempló como posible desde antiguo por parte del Tribunal Supremo⁴⁰ por lo que debe entenderse que sigue vigente. En todo caso, conforme a lo establecido en el art. 15.1 ET deberá expresarse con precisión en el contrato quien sustituye a quien, y en concepto de qué lo hace, incluyendo los posibles corrimientos de puestos, con identificación de las personas que los ocupan y que cambian de posición a raíz de la sustitución.

– El nuevo art. 15.3 ET en su primer párrafo establece una previsión nueva de cierto interés, que en los muchos años de vigencia de esta forma de contratación temporal nunca se había planteado: a partir de ahora será posible que la persona sustituta inicie su relación laboral antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida, a fin de que se produzca el intercambio de información necesario para el desempeño adecuado del puesto, sin que este periodo anticipado pueda ser superior a quince días. Se trata de una posibilidad que incrementa la funcionalidad de la sustitución y que no ocasiona peligros desde la perspectiva del control de la precariedad porque sigue estando vinculada a una causa perfectamente identificada (la suspensión con derecho de reserva).

4. EL CONTRATO TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

4.1. El contexto de la precariedad enquistada en la Administración: los históricos privilegios

El uso de la contratación laboral temporal en la Administración, como es bien sabido, ha alcanzado niveles de uso excesivos y en buena parte injustificados, como acreditan los datos y también los repertorios de jurisprudencia. De hecho, la gran mayoría de las sentencias del TJUE que en los últimos años se han dictado contra la normativa española por contravención a la Directiva 99/70, de trabajo de tiempo determinado, han recaído sobre relaciones de trabajo en la Administración Pública⁴¹. No deja de ser paradójico que el uso de la contratación temporal en la Administración haya llegado a estos niveles, hasta el punto de superar su uso en el sector privado y constituirse en una forma habitual de trabajo en el sector público, pese a que los principios de

⁴⁰ STS de 30 de abril de 1994, Rec. 2446/1993.

⁴¹ Por todas, STJUE de 21 de noviembre de 2018, C-619/17; o STJUE de 3 de junio de 2021, C-726/19.

igualdad, capacidad y mérito en el acceso a la Administración tienen rango constitucional (art. 103.3 CE).

La normativa laboral es la normativa aplicable a los contratos laborales en la Administración Pública pero resulta indudable su conexión directa con la normativa administrativa puesto que la causa del exceso de temporalidad se encuentra en la estrechez de su plantilla estable, un problema endémico de la Administración española agravado en los últimos años por las tasas de reposición. El exceso de temporalidad laboral en la Administración no solo debe resolverse por medio de la recuperación causal y reconfiguración normativa que, con carácter general y para todos los sectores de actividad supone la reforma operada por medio del RDL 32/2021, sino que además requiere una actuación comprometida con la ampliación y estabilización de su plantilla fija. Este es, como se sabe, el objetivo de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el sector público⁴², que no solo establece el proceso para la estabilización del personal temporal que presta servicios en la Administración sino que también configura los principios y reglas para la cobertura en tiempo de las vacantes.

La Ley 20/2021 también establece un mecanismo que tiene como objetivo asegurar que los procesos de cobertura no duren más de tres años y, sobre todo, que respeten este plazo máximo los contratos de interinidad por vacante⁴³. No podía ser de otra manera, después de que el TJUE hubiera declarado contrario a la Directiva 99/70 que el ordenamiento español permitiera en la Administración contratos de interinidad por vacante que se perpetuaban en el tiempo perdiendo su causa temporal por servir realmente para atender necesidades habituales y permanentes en la Administración⁴⁴. Este pronunciamiento del TJUE sobre la grave deficiencia de los contratos de interinidad por vacante, que se sumaba a los muchos otros pronunciamientos del Tribunal Europeo que afeaban a la Administración Española su abuso de la temporalidad, derivó en el cambio de doctrina del Tribunal Supremo, que finalmente estableció que los contratos de interinidad por vacante no podían durar más de tres años⁴⁵, que era el plazo máximo para la cobertura de vacantes establecido en el art. 70 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Con los puntos de referencia establecidos por el TJUE y por el TS, la Ley 20/2021 introdujo una nueva Disposición Adicional en el EBEP (DA 17), que establecía la obligatoria extinción del contrato de interinidad por vacante que llegara al plazo máxi-

⁴² Tramitado como proyecto de ley tras el RDL 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

⁴³ Como establece el art. 70 del Estatuto Básico del Empleado Público, RD legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

⁴⁴ STJUE de 3 de junio de 2021, C-726/19.

⁴⁵ STS de 28 de junio de 2021, Rec. 3623/2019.

mo establecido, con previsión de la correspondiente indemnización y con referencia a los limitados supuestos de mantenimiento de la actividad más allá del plazo máximo establecido.

Independientemente de las dudas interpretativas y las cuestiones aplicativas a las que puede dar lugar la formulación de esta nueva DA 17 EBEP, lo cierto es que de modo radical pone término a toda una cultura de la precariedad insertada en la forma de actuar de la Administración española y tolerada por los Tribunales de Justicia. La contratación laboral en la Administración Pública dio lugar desde hace varias décadas a una doctrina judicial bastante tolerante en las causas y en los procedimientos de los contratos temporales, que se acompañó de preceptos legales específicos que establecían excepciones a la normativa laboral ordinaria y que sirvieron de hecho para incentivar la cultura de la precariedad en la Administración.

Así, los Tribunales admitieron desde antiguo que en la Administración se pudiera contratar con carácter temporal mientras se producía la cobertura de vacantes. Fue una interpretación judicial extensiva del contrato de interinidad que se inició en el ámbito de la contratación laboral en la Administración Pública y que terminó extendiéndose a todos los sectores de actividad cuando se incorporó al art. 4 RD 2720/1998. La interinidad por vacante terminó formando parte del ordenamiento español como una expansión judicial del contrato de interinidad en la Administración y, pese a que se generalizó a todos los sectores, siempre fue un espacio de temporalidad mucho más tolerado y consentido que en el sector privado.

Pero existen muchas otras manifestaciones de esta histórica alta tolerancia de los Tribunales de justicia españoles respecto a los contratos temporales en la Administración, que en ocasiones saltaron al sector privado. Así, por ejemplo, los Tribunales de Justicia admitieron desde antiguo la utilización del contrato de eventuales en la Administración cuando se produjera una genérica “insuficiencia de plantilla”⁴⁶; y también admitieron la validez de un contrato temporal cuando la figura contractual escogida fuera incorrecta si, en el fondo, concurría causa temporal⁴⁷. Todo ello probablemente coadyuvó a la normalización del contrato temporal en la Administración, y también a crear cierta conciencia de impunidad respecto a su utilización indebida que probablemente terminó también influenciando el desarrollo de la cultura de la precariedad en todos los sectores de actividad.

La propia construcción de la figura del contrato indefinido no fijo es también una suavización de las reglas ordinarias de la contratación laboral temporal cuando se aplica en la Administración ciertamente con pocas alternativas,

⁴⁶ Por todas, STS de 3 de febrero de 1995, Rec. 2232/1993.

⁴⁷ Por todas, STS de 19 de enero de 1999, Rec. 1543/1997.

pero que en todo caso no deja de ser una solución complaciente. El contrato indefinido no fijo fue una construcción jurisprudencial, aunque actualmente tiene una implícita referencia normativa⁴⁸, que pretendía resolver la paradoja de la consecuencia de indefinido del contrato temporal sin causa que establece la norma laboral, cuando la entidad empleadora carece de la capacidad para hacerlo efectivo por aplicación de lo establecido en el art. 103.3 CE. De este modo se instaló en nuestro ordenamiento una figura contractual teóricamente indefinida, pero en realidad sometida a condición resolutoria cuando surgiera una persona con mejor derecho para ocupar la plaza, por lo que su acomodación a la Directiva 99/70 podría plantear otro dilema jurídico⁴⁹.

La contratación temporal en la Administración desarrollada durante varias décadas con cierta complacencia, se ha encontrado de repente ante la enérgica y contundente respuesta del TJUE, que ha cuestionado su adecuación a la Directiva 99/70 y que ha obligado a cambios importantes en la concepción del sistema de contratación en la Administración. Así como el RDL 32/2021 constituye la ejecución del componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, la Ley 20/2021 es la ejecución de componente 11, que exige el establecimiento de mecanismos adecuados para luchar contra la precariedad y el uso abusivo de la contratación temporal en la Administración Pública.

Sirva todo lo expuesto para reflejar el estado de la cuestión respecto a la contratación temporal en la Administración cuando se produjo el dialogo social que dio lugar a la reforma de la contratación temporal por medio del RDL 32/2021. Son otros los cauces en los que se está desarrollando el control de la precariedad en la Administración puesto que requiere ajustes en las formas de acceso a la Administración, en la estructuración de las plantillas y en la propia organización de la prestación de servicios públicos que enlaza con principios constitucionales y con dinámicas de funcionamiento inveteradas, cuya reversión requiere normas globales que exceden del ámbito de la normativa laboral y también del dialogo social. Sin embargo, en el plano de la complementariedad de la normativa administrativa, el RDL 32/2021 debía prestar cierta atención a la contratación temporal en la Administración, aunque esta vez no para exceptuarla ni para mantener sus históricos privilegios.

4.2. El RDL y la contratación temporal en la Administración: su influencia en la estabilidad de la plantilla en el sector público

Es en el contexto de la normativa administrativa donde se han producido y se deben seguir produciendo los cambios necesarios para revertir la cos-

⁴⁸ En los art. 8.2.c y 11.1 EBEP.

⁴⁹ Este es el tema de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona por Auto de 27 de julio de 2021.

tumbre de la precariedad en la Administración Pública. Pero es indudable que la normativa laboral tiene un papel en esta reconducción del sistema de contratación en la Administración que es complementario y que debe servir para asegurar que se cumple el principio de estabilidad en la Administración que se está construyendo. Para ello procede, de un lado, seguir avanzando en la completa equiparación de la contratación temporal en el sector público y en el privado, aunando conceptos y objetivos y cerrando excepciones; y, de otro lado, procede también identificar y mantener aquellas peculiaridades en la aplicación de la normativa laboral que resulten imprescindibles en atención a las peculiaridades de la prestación de servicios en la Administración. Un sumario de estas previsiones podría ser el siguiente:

(i) La desaparición del contrato de obra que se opera por medio del RDL 32/2021 se refiere a todos los contratos laborales en todos los sectores de actividad y, por ello, se aplica también en el sector público, lo cual quiere decir que no podrán a partir de ahora celebrarse contratos de obra en la Administración. Es necesario señalar la gran importancia que va a tener la desaparición del contrato de obra en la Administración, modalidad que ha sido durante décadas la forma de contratación sustentadora de la mayoría de actividades administrativas, en todas las áreas, en todas las materias y en todas las Administraciones. Debe resaltarse que el RDL 32/2021 no ha sucumbido a la tentación de excluir a la Administración Pública de esta nueva vida al margen del contrato de obra. De hecho, ni siquiera la nueva forma de contratación temporal que se crea rescita de ningún modo el contrato de obra y, al contrario, evita cualquier conexión con el mismo, lo que por sí mismo es una importante declaración de intenciones. La Administración deberá acomodarse a partir de ahora a las formas ordinarias de contratación laboral, que son el contrato por circunstancias de la producción (vinculado a la ocasionalidad y limitado por duraciones máximas) y el contrato de sustitución. Es razonable pensar que en la etapa que se inicia a partir de ahora las tradicionales suavizaciones interpretativas de estos contratos temporales podrían tener sus días contados, no solo porque la norma laboral no establece excepciones ni exclusiones cuando se aplican en la Administración, sino sobre todo porque se ha iniciado una nueva línea de tendencia que aspira a la estabilidad de la fuerza de trabajo en la Administración, al menos como principio.

(ii) Es especialmente interesante la expresión utilizada en la Disposición derogatoria única, apartado tercero, del RDL 32/2021, que expresamente señala la derogación de *las disposiciones referidas a los contratos temporales previstos en el art. 15.1.a ET*, lo cual significa que desaparecen todos los contratos con regulación específica propia, derivados de la justificación causal otorgada por el art. 15.1.a ET. Es fácil advertir que, aunque existieron estas derivaciones en el sector privado (por ejemplo, el contrato fijo de obra en la construcción) la mayoría de estos contratos de obra con regulación específica se encontraban en el sector público. Es, por ello, muy significativo, que la Disposición derogatoria única, apartado tercero, del RDL 32/2021, además

de derogar expresamente todas estas derivaciones específicas del contrato de obra, establezca expresamente que quedan derogados los peculiares contratos de obra establecidos en la Ley Orgánica de Universidades (LO 6/2002, de 21 de diciembre) y en la ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (Ley 14/2011, de 1 de junio). La investigación y la ciencia son ámbitos plagados de proyectos de duración concreta y de financiación variable, lo que ha sido un campo abonado para la contratación temporal de obra. Los contratos de esta naturaleza se mantendrán en los términos establecidos en las disposiciones transitorias tercera y cuarta del RDL 32/2021, pero deberán dar lugar después a otra forma de prestación de servicios en el ámbito de la investigación y la ciencia, que debe también aspirar a la estabilidad de las plantillas y a la consolidación de las carreras profesionales de las personas investigadoras en España y no fuera de nuestras fronteras. También esa es una competencia que excede del ámbito aplicativo de la reforma laboral operada por el RDL 32/2021, y que enlaza con el diseño de un nuevo marco universitario, de investigación y ciencia.

En todo caso, procede señalar que la nueva regulación no impide que se abran otras formas de contratación por tiempo determinado específicas en algún sector, o en alguna actividad de la Administración Pública que así lo requiriera, porque lo único que hace el RDL 32/2021 en la Disposición Derogatoria es actuar hacia el pasado, eliminando las derivaciones del derogado contrato de obra en la Administración. También es cierto, en todo caso, que las formas nuevas de contratación temporal que pudieran eventualmente establecerse (o transformarse) en las Administraciones Públicas deberán atender a los nuevos principios, objetivos y finalidades configurados tanto en el RDL 32/2021 como en la Ley 20/2021, y no podrán sustentarse ya en el contrato de obra, que con su configuración y su evolución había perdido causalidad y justificación. Las nuevas figuras que eventualmente pudieran surgir deberán acomodarse a las figuras existentes en el ET (sustitución y circunstancias de la producción) o deberán tener una base muy sólida que permita su existencia, así como una regulación específica que asegure sus objetivos y les blinde frente a abusos.

(iii) Pero aunque el contrato de obra desaparece en la Administración, la DA quinta del RDL 32/2021 abre la posibilidad de contratos de duración determinada para la ejecución de proyectos vinculados a la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, así como para la ejecución de programas cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea, que en todo caso deberán respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Esta previsión abre la puerta a una específica forma de contratación temporal a la que no denomina de obra, aunque es evidente que hubiera cabido en la definición del antiguo contrato de obra. El nuevo contrato que se crea en la DA quinta tiene importantes limitaciones dirigidas a reforzar su carácter causal y a evitar el efecto sustitución. Por ello se establece que los contratos vinculados a la ejecución del Plan de Recuperación,

Transformación y Resiliencia deben estar asociados a la “estricta” ejecución del plan y deben existir “solo por el tiempo necesario” para dicha ejecución. Asimismo, respecto a los contratos temporales para la ejecución de programas de la Unión Europea se señala que procederá el contrato temporal cuando dichos programas también tengan carácter “temporal”, y solo será posible cuando resulte “necesario” para su ejecución. El problema que ciertamente surge es cuál será el régimen jurídico de esta nueva forma de contratación, que tiene la esencia del antiguo contrato de obra pero que carece de cualquiera de sus requisitos y limitaciones que, aunque considerablemente suavizados en la Administración, suponían al menos un límite que ahora no existe. También pueden surgir problemas relacionados con la identificación del supuesto que permite este contrato, porque los proyectos vinculados a financiación de la Unión Europea son por propia naturaleza cofinanciados. Le correspondía solo al RDL 32/2021 establecer los cauces generales y los principios en torno a los cuales debe producirse el desarrollo posterior que procede enmarcar en el contexto de la nueva normativa administrativa.

(iv) Es conocido que la interinidad por vacante en la Administración ha sido una figura que ha en demasiadas ocasiones ha excedido su finalidad dando lugar a una cobertura temporal ficticia para una gran cantidad de relaciones que debían ser indefinidas. La DA cuarta del RDL 32/2021 establece para los supuestos de cobertura de vacante en la Administración una específica duración máxima, que no es la de tres meses establecida con carácter general para el sector privado, pero que deberá estar vinculada a la duración del proceso de selección para su cobertura definitiva y acomodarse a lo establecido en la Ley 20/2021. Como venía sucediendo hasta ahora, los contratos para la cobertura de vacante en la Administración pueden superar el periodo máximo de duración de tres meses establecido para el sector privado pero se aplica el mecanismo de fin súbito del contrato por cobertura de vacante cuando llega el plazo máximo de tres años en los términos establecidos en la Ley 20/21, particularmente con relación a la nueva DA 17 que introduce el EBEP⁵⁰.

(v) El RDL 32/2021 admite expresamente la posibilidad de que se realicen contratos indefinidos fijos discontinuos en la Administración Pública (DA cuarta RDL 32/2021) “cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las Administraciones Públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tengan encomendados, previa expresa acreditación”. Los requisitos de esencialidad y previa acreditación que se requieren para el contrato de fijo discontinuo en la Administración se requieren también para los contratos indefinidos ordinarios, porque la DA cuarta del RDL 32/2021 les da un tratamiento conjunto en esta materia, lo que implica el carácter normalizado que aspira a tener la contratación de indefinido fijo discontinuo, al menos tan normalizado como el que tiene el contrato indefinido.

⁵⁰ Tal y como ya había establecido la STS de 28 de junio de 2021, rec. 3623/2019 tras la STJUE de 3 de junio de 2021, C-726/2019.

El fijo discontinuo no se configura, pues, como una excepción, sino como una posibilidad que procede cuando resulte “esencial” para el cumplimiento de los fines públicos, por lo que el fin público perseguido o, dicho de otro modo, la finalidad del servicio, delimitan el uso de esta modalidad. Esta admisión normalizada del contrato de fijo discontinuo en la Administración resulta necesaria para que absorba a los defectuosos contratos temporales que, por no resultar admisible esta figura, se han venido realizando en la Administración para dar cobertura a necesidades permanentes o habituales, aunque de carácter cíclico, periódico o sin momento de ejecución determinada.

(vi) La limitación prevista en el art. 15.5 ET para el enlace de contratos temporales avanza en extensión aplicativa en la Administración Pública en el RDL 32/2021, pero sigue admitiendo excepciones, que son, en esencia, las mismas que regían con anterioridad. Así, aunque se derogan los apartados 1 y 2 de la DA 15 ET sobre contratos de obra en la Administración, se mantiene la vigencia de su apartado tercero, en el que se establece que la regla de limitación de enlaces contractuales del art. 15.5. ET no se aplicará a las “modalidades particulares de contrato de trabajo” previstas en la Ley Orgánica de Universidades o “en cualesquiera otras normas con rango de ley”. Toda vez que las modalidades específicas de contrato de obra han sido derogadas (disposición derogatoria única apartado 3 RDL 32/2021), incluyendo las correspondientes a actividades universitarias, científicas o de investigación, hay que entender que estos enlaces contractuales que escapan a la limitación establecida en el art. 15.5 ET se refieren a las modalidades de temporalidad específicas de la Administración que no sean derivación del art. 15.1. a ET. Parece que cabrían aquí los contratos temporales para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia así como de programas cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea (DA quinta RDL 32/2021).

(vii) Hay una última previsión en el RDL 32/2021, en el ámbito de la lucha contra la precariedad en la Administración Pública, que no se refiere al acceso al empleo sino a la salida o al momento extintivo: La Disposición Derogatoria deroga la DA 16 ET, que extendía la aplicación de los artículos 51 y 52 c a la Administración Pública. La posibilidad abierta de despido por causa ETOP en la Administración fue siempre una causa extraña al funcionamiento y finalidad de la Administración⁵¹, que dio lugar a numerosos pronunciamientos judiciales que progresivamente fueron limitando su uso. Un momento importante en esta progresiva desaparición del despido ETOP en la Administración fue la declaración de ilegalidad de la descripción de las causas económicas establecidas en el art. 35.3 del RD 1483/2012 para este sector⁵². En fin, la derogación de la DA 16 ET por medio del RDL 32/2021 devuelve la cuestión al punto inicial, declarando la esencial incompatibili-

⁵¹ STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de diciembre de 1997, Rec. 3776/1996.

⁵² STS (contencioso administrativo) de 19 de mayo de 2015.

dad entre la finalidad de la Administración Pública y la finalidad del despido ETOP, sirviendo asimismo para reforzar el principio constitucional de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la Administración Pública (art. 103 CE) y potenciando el principio de plantillas estables en las AAPP. Por lo demás, la derogación de la DA 16 ET no afecta a las empresas públicas, que quedan fuera del concepto de Administración Pública a estos efectos, y que, de acuerdo con su finalidad empresarial, siempre han estado incluidas en el ámbito natural de aplicación de los despidos por causas ETOP.

Capítulo tercero

LA REGENERACIÓN NORMATIVA DEL CONTRATO DE FIJOS DISCONTINUOS

1. INTRODUCCIÓN

El nuevo contrato de fijos discontinuos regulado por el RDL 32/2021 es una herramienta fundamental para reconducir al carácter indefinido los contratos temporales sin causa. Resultaba necesario reforzar esta especial formulación del contrato indefinido para operar un efecto sustitución a la inversa, y que de este modo muchos de los contratos incorrectamente calificados como temporales transitaran hacia su correcta calificación como indefinidos. También resultaba necesario eliminar los desincentivos a esta figura contractual que se encuentran en el funcionamiento del sistema de protección por desempleo asistencial, y ello explica que la DF sexta del RDL 32/2021 configure el compromiso del Gobierno de abordar la reforma del sistema asistencial de la prestación por desempleo para equiparar la protección dispensada a los fijos discontinuos en este ámbito a la del resto de personas trabajadoras. La configuración de una protección adecuada en el ámbito del desempleo asistencial es el gran reto en los sectores con una alta participación de fijos discontinuos, como es el caso del sector agrícola.

Los primeros fijos discontinuos surgieron para dar cobertura a relaciones de trabajo en el campo. Desde entonces hasta ahora han aparecido muchas otras actividades laborales más allá del sector agrícola que no implican prestación de servicios todos los días del año, y cuyo momento concreto de ejecución se mueve en un espacio temporal más o menos incierto. A lo largo de estos años, sin embargo, no parece que estas relaciones laborales hayan encontrado un acomodo fácil en el contrato de fijos discontinuos, como evidencia la alta litigiosidad judicial en torno a esta figura que se advierte en todo tipo de sectores. Evidencian los repertorios de jurisprudencia que se ha evitado sistemáticamente la utilización del fijo discontinuo en relaciones laborales referidas a actividades permanentes o habituales en la empresa si bien de carácter cíclico o discontinuo, utilizando en su lugar el contrato de eventuales e incluso el contrato de obra. Ha sido la interpretación judicial la que ha reconducido al ámbito de los fijos discontinuos actividades tan dispares como las complementarias a la educación en centros escolares (conserjería, comedores, limpieza)⁵³

⁵³ Por todas, STS de 1 de octubre de 2001, Rec. 3286/2000.

o la extinción de incendios forestales⁵⁴. Ni que decir tiene que tan consustancial resulta la figura del fijo discontinuo al sector agrícola como al de hostelería. Quedaba pendiente la tarea de construir una regulación del fijo discontinuo que posibilitara el tránsito a la contratación indefinida, adecuando la figura a las nuevas necesidades y haciéndola más accesible. Esto es lo que pretende la regulación del RDL 32/2021.

Esta operación de retorno a la contratación indefinida tiene manifestaciones concretas y expresas en el RDL 32/2021. Existen actividades que se han radicado en el ámbito de la contratación temporal y que debían retornar clara y rotundamente al espacio de la contratación por tiempo indefinido, como es el caso de las actividades laborales para la ejecución de contrataciones y subcontratas a las que se hace expresa referencia en el nuevo art. 16 ET. Existe también un espacio hasta ahora inexplorado y de enorme interés para la reducción de la precariedad en el sector público, que es el reconocimiento de la posibilidad de contratación de fijo discontinuo que opera la DA cuarta del RDL 32/2021. Y también es importante la posibilidad que ahora se abre de contratos de fijos discontinuos por parte de las empresas de trabajo temporal, porque también de ese modo se expande el concepto de estabilidad a todo tipo de empresas.

Esta apertura a la realidad de la nueva figura de los fijos discontinuos y esta expectativa de absorción de las contrataciones temporales inadecuadas tiene un límite muy preciso, bajo cuya óptica debe interpretarse y aplicarse. La figura del fijo discontinuo no puede dar lugar a contratos indefinidos de segunda categoría y, por supuesto, no puede ser entendida en ningún caso como una habilitación de los trabajos a llamada. El nuevo art. 16 ET contiene las garantías al respecto que, en todo caso, se integran dentro del marco establecido por la Directiva 2019/1152 de 20 de junio de 2019, sobre condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

2. EL FIN DE LA ARTIFICIOSA DIFERENCIACIÓN ENTRE CONTRATO FIJO PERIÓDICO Y CONTRATO FIJO DISCONTINUO

Una de las principales características del nuevo contrato de fijo discontinuo introducido por el RDL 32/2021 es que termina definitivamente con las disquisiciones sobre la naturaleza jurídica del contrato fijo periódico y el contrato de fijo discontinuo, cuya diferenciación ha sido siempre bastante artificial, y solo se explica en el contexto de una evolución normativa tortuosa y muchas veces paradójica.

⁵⁴ Por todas, STS de 4 de noviembre de 2010, Rec. 160/2010.

El contrato de fijos discontinuos forma parte del ordenamiento español desde antes de nuestra democracia. Estaba regulado en normas administrativas sectoriales preconstitucionales (Reglamentaciones y Ordenanzas) correspondientes fundamentalmente al sector agrícola y, desde allí, pasó al art. 16 de la Ley de Relaciones Laborales⁵⁵. Curiosamente, este art. 16 de la Ley de Relaciones Laborales fue la única ocasión en que la naturaleza del trabajo fijo discontinuo quedó más o menos clara. Por entonces, ni era un contrato a tiempo parcial, ni era (por supuesto) un contrato temporal, sino una especialidad del contrato indefinido. Su mención en la ley de 1976 resultaba comprensible en una sociedad eminentemente agraria que estaba habituada a esta forma de contratación.

La naturaleza del contrato se complicó en las normas laborales posteriores, comenzando con el propio Estatuto de los Trabajadores de 1980, que incorporó el fijo discontinuo al listado de contratos temporales (art. 15.1.e ET de 1980), configurando la primera paradoja de este tipo de contrato, porque al mismo tiempo se le reconocía su carácter indefinido. Algo mejoró con la Ley 32/1984, de 2 de agosto, cuando excluyó a los fijos discontinuos del listado de contratos temporales, aunque los siguió manteniendo en el mismo art. 15, en su apartado 6. En el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995⁵⁶, el contrato de fijo discontinuo se incorporó al art. 12 ET, formando parte de los contratos a tiempo parcial, y abandonando definitivamente aquella extraña conexión con los contratos temporales. Allí, en el espacio de los contratos a tiempo parcial convivieron el trabajo a tiempo parcial fijo periódico y el contrato a tiempo parcial fijo discontinuo apenas seis años, hasta 2001⁵⁷, cuando el contrato de fijo periódico se quedó en el art. 12 ET con una sucinta referencia, mientras que el fijo discontinuo transitaba de nuevo a un apartado diferenciado del art. 15, aunque en el mismo artículo que los contratos temporales. Y allí se quedó hasta la refundición del Estatuto de los Trabajadores de 2015⁵⁸, cuando se le resituó en el art. 16, curiosamente el mismo número de artículo que tenía cuando por primera vez se incorporó a la normativa laboral en la Ley de Relaciones Laborales de 1976.

En fin, el RDL 32/2021 termina con esta larga crisis de identidad de los fijos periódicos y de los fijos discontinuos. El nuevo art. 16 se refiere

⁵⁵ Ley 16/1976, de 8 de abril, en cuyo art. 16 se establecía lo siguiente: *Uno. Cuando se trate de trabajos fijos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo, los trabajadores que realicen tal actividad deberán ser llamados cada vez que vaya a realizarse y tendrán la consideración, a efectos laborales, de fijos de trabajos discontinuos. Dos. El llamamiento que se considera en el párrafo anterior deberá hacerse por rigurosa antigüedad dentro de cada especialidad, y en caso de incumplimiento, el trabajador podrá instar el procedimiento de despido ante la Magistratura de Trabajo, iniciándose el plazo para ello desde el día que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.*

⁵⁶ RD legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

⁵⁷ RDL 5/2001, de 2 de marzo.

⁵⁸ RD legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

fundamentalmente a las actividades con periodo de ejecución incierto en su determinación (inicio y fin) y que, por ello, requieren llamamiento. La principal novedad es que el nuevo art. 16 ET admite también la posibilidad de que los contratos de fijos discontinuos den cobertura a trabajos con periodo de ejecución cierto y también determinado, un supuesto que parece alejarse de la institución del llamamiento pero que no tiene porqué alejarse del concepto de fijo discontinuo, al menos si las partes no quieren.

Ello implica que, en aquellos casos en que el momento de prestación de servicios sea cierto y la duración de los servicios concreta en el tiempo se podrá seguir realizando un contrato a tiempo parcial, aunque también pueda realizarse el contrato de fijo discontinuo. Lo permite el actual art. 12 ET, cuando admite la posibilidad de contrato a tiempo parcial en cómputo anual, y también el propio art. 16 ET cuando se refiere a trabajos intermitentes que tengan periodos de ejecución ciertos y determinados. La derogación del art. 12.3 ET no implica que haya desaparecido la posibilidad de realizar contratos de trabajo a tiempo parcial en cómputo anual. El art. 12.3 se ha derogado para permitir que las relaciones que antes debían ser calificadas como fijas periódicas puedan ahora ser calificadas, si las partes lo deciden así al realizar el contrato, como fijas discontinuas.

Si se opta por un contrato a tiempo parcial en cómputo anual, los periodos de trabajo deberán constar con la concreción que requiere el art. 12 ET, que también determinará el régimen jurídico aplicable, incluyendo la posibilidad de horas complementarias o incluso la posibilidad de que el trabajo sea a tiempo parcial horizontal (en cómputo anual) y simultáneamente también vertical (en cómputo diario, semanal o mensual). Si se opta por el contrato de fijo discontinuo el régimen jurídico aplicable será el establecido en el art. 16 ET, que no admite el pacto de horas complementarias y que tampoco admite el trabajo a tiempo parcial a menos que se encuentre expresamente previsto en convenio colectivo, aunque admite una mayor flexibilidad en el momento de inicio y fin de la actividad que, en todo caso, como más abajo se expone, deberá configurarse con ciertas garantías respecto al momento y la duración de la actividad cuando se produzca el llamamiento. En definitiva, las diferencias existentes entre las garantías, derechos y obligaciones configurados para el fijo discontinuo y para el tiempo parcial en cómputo anual no son cuantitativas sino cualitativas. No se trata de que uno tenga más nivel que el otro en el plano de los derechos y garantías. Se trata de que los derechos y garantías son diferentes para uno y otro porque son diferentes sus reglas de funcionamiento y diferente el alcance de la flexibilidad organizativa que proporcionan.

La consecuencia lógica de todo ello es que se mantendrán los contratos a tiempo parcial en cómputo anual realizados hasta ahora, del mismo modo que resultarán admisibles los que se realicen bajo esta modalidad a partir de ahora, aunque hubieran podido haber sido realizados bajo la modalidad de contrato de fijo discontinuo.

3. LOS SUPUESTOS PARA LA CONTRATACIÓN DE FIJOS DISCONTINUOS

El art. 16.1 ET establece que la figura del fijo discontinuo se aplicará *para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados*. Esta formulación da cobertura a dos tipos de actividades: (i) las actividades de carácter estacional o de temporada; (ii) las actividades que, sin ser estacionales o de temporada, son intermitentes y tienen periodos de ejecución ciertos, pudiendo ser estos periodos determinados o indeterminados. En ambos casos, tal y como se ha reconocido hasta ahora, el contrato de fijo discontinuo puede suscribirse tanto cuando se trata de empresas que tienen actividad intermitente como en el caso de empresas con actividad continua que aumenta en periodos concretos.

Esta redacción incide más en el tipo de actividad concreta que da lugar al contrato de fijo discontinuo (estacionalidad, temporada e intermitencia con ejecución cierta), y menos en lo que hasta ahora habían hecho las regulaciones precedentes, que se basaba fundamentalmente en la constatación de lo evidente en cualquier contrato indefinido: que se corresponde al volumen normal de actividad de la empresa. Lo que ahora contiene el art. 16 ET, en conjunción con la definición de contrato temporal por circunstancias de la producción del art. 15 ET, sintetiza la doctrina judicial de que procede el contrato de fijo discontinuo cuando los trabajos tienen carácter esporádico⁵⁹ y se corresponden con las actividades normales de la empresa⁶⁰, mencionando en primer lugar los trabajos de naturaleza estacional o de temporada, que son los conceptos que en más ocasiones han servido a los Tribunales para identificar la existencia de contratos fijos discontinuos, aunque admitiendo también con carácter extensivo que entren en esta definición las actividades intermitentes que tengan periodos de ejecución ciertos, ya sean determinados o indeterminados.

La utilización del término “periodos de ejecución ciertos” se refiere a la certeza de que la actividad se llevará a cabo por pertenecer a la dinámica de funcionamiento ordinaria, permanente y habitual de la empresa. También se refiere a que debe existir cierta certeza acerca del momento que desencadena el llamamiento. Adviértase que, con esta formulación, el contrato de fijo discontinuo marca una clara diferencia con el contrato a llamada, que sigue radicalmente fuera del ordenamiento español.

Obviamente la referencia del nuevo art. 16 a los periodos de ejecución “ciertos” no tiene nada que ver con lo que establecía el antiguo art. 16 sobre

⁵⁹ STS de 19 de febrero de 2019, Rec. 971/2007.

⁶⁰ Por todas, STS de 13 de febrero de 2018, Rec. 3825/2015.

la repetición en fechas “ciertas”. El antiguo y el nuevo art. 16 utilizan el mismo término para referirse a cosas diferentes. En el nuevo art. 16 ET la certeza se refiere al hecho de que la actividad existirá, porque constituye parte de la actividad normal, habitual o permanente de la empresa y porque se refiere a un periodo de tiempo previsible o, al menos, que admite estimación. La certeza de que la actividad tendrá lugar es el término que sirve para incorporar el carácter indefinido de la contratación a la definición. No se han utilizado otros términos, como por ejemplo previsibilidad, porque era necesario no crear contradicciones con los términos utilizados en el art. 15 ET. Así, pues, dado que caben contratos por circunstancias de la producción tanto por circunstancias imprevisibles como previsibles (art. 15.2 cuarto párrafo), procedía que en la definición del contrato de fijo discontinuo se utilizara una terminología complementaria, que abundara en la identificación de la actividad permanente, habitual y normal de la empresa que requiere la contratación por tiempo indefinido, pero que no utilizara el término previsible. Poniendo en conexión el art. 15 y el art. 16 resulta que ese contrato indefinido intermitente, que no requiere actividad todos los días del año, se caracteriza por ser no ocasional (art. 15 ET) y por tener periodos de ejecución ciertos, entendiéndose por tales los periodos en los que se reanudará con certeza la necesidad de mano de obra, tanto por reanudarse la propia actividad tras un periodo de cierre, como por reanudarse la necesidad de mano de obra puntual por pico de actividad.

3.1. El contrato de fijo discontinuo en empresas de trabajo temporal

El último párrafo del art. 16.1 ET establece ahora la posibilidad de que las ETT puedan realizar contratos de trabajo de fijo discontinuo, con el fin de que las personas trabajadoras para ser puestas a disposición por medio de contratos temporales tengan una relación estable con la ETT en la que vayan alternando periodos de actividad e inactividad. Este nuevo precepto se completa con la reforma que la DF primera del RDL 32/2021 realiza en la ley de empresas de trabajo temporal⁶¹, y que incorpora un nuevo segundo párrafo al art. 10.3 de la misma en el que se admite la posibilidad de que las ETT celebren contratos de fijos discontinuos *para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias, en los términos previstos en el art. 15 ET*. La nueva norma neutraliza la prohibición de que las ETT contraten fijos discontinuos para ser cedidos a diferentes empresas usuarias que había establecido el Tribunal Supremo en 2020⁶². El Tribunal Supremo negó en esta sentencia esta posibilidad porque entendió que el art. 16 ET por entonces vigente no daba cobertura a los fijos discontinuos en las ETT, dado que éstas estaban legitimadas para actuar tan solo en el caso de contrataciones temporales, en tanto en cuanto el contrato

⁶¹ Ley 14/1994, de 1 de junio.

⁶² STS de 30 de julio de 2020, Rec. 3898/2017.

de fijo discontinuo es por definición un contrato indefinido. La reforma operada en el art. 16 ET por medio del RDL 32/2021 posibilita expresamente el contrato de fijo discontinuo por parte de las ETT y, de este modo, permite también que se realicen contratos indefinidos de puesta a disposición, una previsión que estaba presente en el art. 10.1 de la ley de empresas de trabajo temporal desde su primera redacción⁶³ y que nunca había sido posible hasta ahora.

La posibilidad de que las ETT puedan realizar contratos de puesta a disposición con carácter de fijo discontinuo suscita algunas reflexiones:

En primer lugar, el fijo discontinuo en las ETT no es una obligación sino una posibilidad (“podrá concertarse”). En el resto de empresas cuando concurren las características de una relación por tiempo indefinido intermitente, debe realizarse el contrato de fijos discontinuos y no el temporal por circunstancias de la producción. Pero en el caso de las ETT se trata verdaderamente de una opción, tal y como establece el art. 10.1 de la Ley 14/1994.

En segundo lugar, no cabe el fijo discontinuo para cubrir necesidades de fijo discontinuo de una empresa, sino para cubrir necesidades estrictamente temporales que se van produciendo con carácter sucesivo, continuo o discontinuo, en varias empresas, debiendo concurrir en cada momento de actividad la causa temporal concreta justificativa. A tener en cuenta que, si la persona trabajadora fija discontinua de una empresa de trabajo temporal prestara servicios para una empresa que no son temporales sino que constituyen una actividad fija discontinua de la empresa usuaria se estaría produciendo una cesión ilegal de trabajadores, por lo que se desencadenarían las consecuencias previstas en el art. 43 ET.

En tercer lugar, el contrato de trabajo fijo discontinuo en las empresas de trabajo temporal debe cumplir los requisitos establecidos en el art. 16 ET, por lo que requerirá la previa especificación de los momentos en que se estima que puede concurrir actividad conforme a lo establecido el art. 16.2 ET. La posibilidad de que las ETT puedan realizar contratos de trabajo fijo discontinuo no está habilitando que se puedan realizar por esta vía contratos a llamada, con momento de ejecución de servicios totalmente indeterminada. La referencia a la posibilidad de que los convenios colectivos aplicables a las empresas de trabajo temporal, sectoriales o de empresa, fijen una “garantía de empleo” que hace el art. 10.3 segundo párrafo de la ley 14/1994, conforme a la nueva redacción por RDL 32/2021, no exime de la obligación de que en cada contrato de trabajo fijo discontinuo que realice la ETT consten los aspectos previstos en el art. 15.2 ET (*infra*). Asimismo, la referencia a

⁶³ Art. 10.1 Ley 14/1994: 1. *El contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición.*

los periodos de inactividad o al plazo de espera entre actividades que hace el nuevo art. 10.3 de la Ley 14/1994 no significa que estos periodos puedan ser totalmente indeterminados y obliguen a la persona trabajadora a estar permanentemente disponible. La posibilidad de fijo discontinuo que se abre para las empresas de trabajo temporal sirve para aquellos supuestos en que hay cierta previsibilidad acerca de la causa y momento de los llamamientos. En efecto, la cartera de clientes de una ETT puede permitir identificar aquellos momentos en el año en que se produce un incremento de actividad que se reitera en los años posteriores desde el punto de vista de la ETT, tomando como referencia su cartera de clientes; pero que constituye una verdadera contratación temporal para la empresa usuaria que en un momento dado lo contrata por tener una necesidad de mano de obra efectivamente temporal⁶⁴.

En cuarto lugar, el nuevo art. 10.3 de la Ley 14/1994 establece que las referencias a convenio colectivo sectorial o de empresa realizados en el art. 16 ET deben entenderse referidas al convenio correspondiente de la empresa de trabajo temporal, lo que resulta consecuente con quien ostenta la condición de empleadora en esta relación y con el sistema español de determinación del convenio aplicable.

3.2. El contrato de fijo discontinuo para actividades de contrata, subcontrata o concesión administrativa

La posibilidad que prevé el actual art. 16 ET (en su apartado 1, segundo párrafo y en su apartado 4) de suscribir contratos de fijo discontinuo en caso de contrataciones previsibles que formen parte de la actividad ordinaria de la empresa es consecuencia de la STS de 29 de diciembre de 2020, Rec. 240/2018. Como se sabe, en esta trascendental sentencia el Tribunal Supremo alteró la doctrina que había estado aplicando desde 1997 y estableció que, cuando la contrata forma parte de la actividad ordinaria de la empresa, no procede la realización de contrato de obra con causa en dicha contrata. Fue un cambio de doctrina por parte del pleno, que ya había tenido precedentes en otras sentencias del propio Tribunal Supremo⁶⁵ y que se produjo al calor de las múltiples sentencias del TJUE que, por entonces, estaban cuestionando el sistema español de contratación temporal. Con este punto de referencia, la nueva regulación del art. 16 ET admite la po-

⁶⁴ La STS de 30 de julio de 2020, que negó la posibilidad de que las ETT pudieran realizar contratos de fijo discontinuo, tuvo un voto particular que argumentó que el contrato de fijo discontinuo por ETT sí que podía entrar en el ámbito del entonces vigente art. 16 ET para dar cobertura temporal a las empresas usuarias sin que ello constituyera absoluta disponibilidad para la ETT dado que esta posibilidad de contratación se referiría a la previsibilidad de contrataciones en atención a la cartera de clientes de la ETT, y a cierta previsibilidad que derivaba de la misma. Con esta argumentación evitaba la aplicación al contrato de fijo discontinuo en las ETT de la plena disponibilidad (que no rige en el ordenamiento español).

⁶⁵ Por todas, STS de 19 de julio de 2018, Rec. 823/2017.

sibilidad de que estas relaciones indefinidas puedan dar lugar a contratos indefinidos no fijos, configurando un régimen jurídico particular para esta situación que tiene las siguientes características:

Primero, POSIBILIDAD LIMITADA DE CONTRATO TEMPORAL. Las actividades de las empresas contratistas que son contrataciones indefinidas y no contratos temporales son aquellas que forman parte de la actividad ordinaria de la empresa. Por tanto, será posible la realización de contratos temporales por circunstancias de la producción cuando no se trate de actividades habituales u ordinarias de la empresa, siempre que concurren las circunstancias previstas en el art. 15.2 ET, cuando pese a tener la plantilla estable correspondiente para llevar a cabo esta actividad, la empresa se enfrenta a un incremento de actividad o a una oscilación ocasional en los términos establecidos en el art. 15.2 ET. La posibilidad de que en estos casos se utilice legítimamente por parte de las empresas contratistas la figura del contrato temporal por circunstancias de la producción se contempla expresamente en el art. 15.2 último párrafo ET.

Segundo, POSIBILIDAD DE OPTAR ENTRE INDEFINIDO ORDINARIO Y FIJO DISCONTINUO. Cuando una empresa que se dedica con carácter habitual a la contrata se plantea la forma de contratación indefinida que puede realizar, bajo la actual regulación caben dos posibilidades: Cabe, en primer lugar, que se lleve a cabo una contratación indefinida ordinaria, en cuyo caso al final de cada contrata deberá producirse la recolocación en otra contrata, con carácter preferente a personal externo, pudiendo dar lugar, si ello no es posible, a medidas de flexibilidad interna (por ejemplo, movilidad o ERTE) e incluso, si se dieran los requisitos para ello, a despido por causa ETOP. La contratación indefinida ordinaria fue la solución establecida por el Tribunal Supremo para los supuestos de contrato temporal que debía ser calificado como ilegal por sustentarse en la ejecución de una contrata⁶⁶.

Debe señalarse que es libre la opción entre un contrato por tiempo indefinido ordinario o uno de fijo discontinuo. Así se deriva de la expresión utilizada por el art. 16.1 segundo párrafo (“podrá concertarse”). Y resulta evidente que cada uno de ellos tiene ventajas e inconvenientes para ambas partes. El indefinido ordinario asegura una indemnización inmediata pero la pérdida de la prioridad para ser llamado; el fijo discontinuo no da derecho a indemnización (salvo que lo establezca el convenio colectivo –art. 16.6.tercer párrafo ET–⁶⁷).

⁶⁶ STS de 29 de diciembre de 2020, Rec. 240/2018.

⁶⁷ El tercer párrafo del art. 16.5 ET parece establecer que solo pueden establecer estas indemnizaciones por fin de llamamiento los convenios sectoriales pero es claro que cualquier convenio, también el de empresa, podrá establecer indemnizaciones por fin de contrata en caso de fijo discontinuo, siempre y cuando respete lo establecido en convenio sectorial (si existiera y tuviera alguna previsión al respecto).

Si se opta por la figura del contrato indefinido ordinario será posible que el contrato sea a tiempo parcial, aunque no lo prevea el convenio colectivo sectorial; y no será aplicable el régimen del periodo de inactividad establecido para el fijo discontinuo en el art. 16.4, lo que significa que tras el fin de la contrata, si no hay posibilidad de recolocación, la persona trabajadora seguirá siendo trabajadora de la empresa a todos los efectos incluidos los retributivos (art. 30 ET). En esta situación, si concurren las circunstancias y requisitos para ello, y si razonable y proporcionalmente no caben medidas de flexibilidad interna (que resultan exigibles en todo caso porque el despido es, en nuestro ordenamiento, la *ultima ratio*), podrá aplicarse el despido por causa ETOP. En tal caso la persona trabajadora tendrá derecho a percibir la indemnización prevista de 20 días de salario por año de servicio, con el límite de doce mensualidades.

Si se opta por la figura del contrato fijo discontinuo no será posible que el contrato sea a tiempo parcial a menos que lo prevea el convenio colectivo sectorial (art. 16.5 ET). Al final de cada contrata, la empresa seguirá obligada a recolocar a la persona trabajadora en otra contrata antes de contratar a personal externo (porque la persona trabajadora es indefinida y tiene derecho a ello), pero si no existe esta contrata disponible entrará en el periodo de inactividad característico de los contratos fijos discontinuos. Este periodo de inactividad no podrá prolongarse más allá del periodo que establezca el convenio colectivo sectorial que, si no existiera, será de tres meses.

Tercero, RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PERIODOS DE INACTIVIDAD EN CASO DE FIJO DISCONTINUO: Cabe también en estos casos que se realicen contrataciones indefinidas de fijo discontinuo, en cuyo caso resultará de aplicación lo establecido en el art. 16. 4 para los periodos de inactividad entre contratas. La situación prevista en el art. 16.4 ET es muy particular, porque conduce a periodos de inactividad cuya duración es imprevisible y que mantienen a la persona trabajadora en una situación de disponibilidad que le impide buscar otro trabajo. Por ello se regula en el art. 16.4 ET la duración máxima de estos periodos de inactividad, que será la establecida en convenio colectivo sectorial, siendo de tres meses si nada se estableciera. Una vez transcurrido este plazo la empresa adoptará las medidas coyunturales (ERTE) o definitivas (ERE) que procedan.

La previsión que el art. 16.4 realiza para los periodos de inactividad entre contratas se aplica solo para el caso de los fijos discontinuos de contratas, y no se puede extender a ningún otro supuesto de fijo discontinuo, que deberá reflejar los periodos estimados de actividad, y que, por tanto, no puede sustentarse en periodos de inactividad de duración y alcance indeterminado e imprevisible, ni siquiera con las garantías de duración máxima establecidos para las contratas en el art. 16.4 ET.

El régimen jurídico de este periodo de inactividad es el correspondiente al “periodo de espera” entre contrata⁶⁸. Es un periodo de expectativa de recolocación en el que la persona trabajadora mantiene el derecho al trabajo que corresponde a cualquier persona trabajadora indefinida, y que obliga a la empresa a ofrecerle el puesto vacante en otra contrata que resultara adecuado conforme a las condiciones previstas en su contrato. Al mismo tiempo este periodo de espera es también el periodo de inactividad correspondiente al trabajo fijo discontinuo, en el que no hay derecho a percibir retribución, independientemente del derecho a la prestación de desempleo que pudiera corresponderle si se cumplen los requisitos para ello. Asimismo, durante este tiempo la persona trabajadora tiene la obligación de estar disponible para la empresa porque la “espera” configurada es un derecho/obligación que corresponde a ambas partes.

Se establece en el art. 16.4 ET que, si al final del periodo de espera no existiera trabajo adecuado en otra contrata, la empresa “adoptará” las medidas coyunturales (ERTE) o estructurales (ERE con indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el límite de 12 mensualidades) que procedieran. El modo imperativo utilizado (adoptará) puede resultar chocante, porque en condiciones normales, tanto la aplicación de medidas de flexibilidad interna como externa son posibilidades y no obligaciones, que la empresa puede utilizar o no. Pero en el caso del periodo de espera la situación es diferente porque la persona trabajadora no percibe retribución y debe estar disponible, por lo que el alargamiento de este periodo transformaría la naturaleza de su contrato en un contrato a llamada. Lo que indica el art. 16.4 ET con el uso del modo imperativo es que al final del periodo de espera la empresa tendrá que dejar libre a la persona trabajadora respecto a su obligación de disponibilidad, y deberá darle alguna solución: o un ERTE, si concurren las circunstancias para ello (art. 47 ET); o un cambio de condiciones por medio de la flexibilidad interna (art. 40 ET o 41 ET); o una extinción indemnizada conforme a lo establecido para los ERE.

Esta duración máxima establecida por el art. 16 ET permite llegar a la conclusión de que el contrato, considerado en su conjunto, tiene un patrón de trabajo “previsible” y, por ello, es razonable pensar que no entra en el supuesto de las actividades con patrón de trabajo imprevisible, respecto de las cuales es necesario cumplir los requisitos establecidos en el art. 10 de la Directiva 1152/2019. La posibilidad de que en la actividad llevada a cabo por la persona trabajadora, puedan existir periodos de inactividad que pueden llegar

⁶⁸ En el art. 16.4 ET se habla de plazos de espera de recolocación entre “subcontrataciones”, aunque es evidente que se aplica no solo al caso de subcontratas sino también al de contrata, y que en este caso se ha utilizado para evitar la confusión que se generaría al hablar de “contrataciones”. El uso del término “subcontrataciones” como aglutinante de contrata y subcontratas se ha generalizado en el uso normal del lenguaje jurídico y se advierte también en otras redacciones del RDL 32/2021.

hasta un máximo de tres meses, que solo podrán concurrir por causa justificada (periodo entre contrataciones) y en los que concurrirá derecho de preferencia, entra bien en el concepto de patrón de trabajo previsible, puesto que la disponibilidad tiene escasa entidad en duración y en consecuencias. Al menos es indudable que esta situación, aunque suponga cierta imprevisibilidad, no entra en el concepto de patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible que en la Directiva 2019/1152 es lo opuesto de patrón previsible.

La posibilidad de que una vez concluida la contrata, y estando en espera para otra, la persona trabajadora acceda a un trabajo que no se corresponda con lo establecido en su contrato inicial solo podrá producirse por acuerdo entre las partes. Se trataría en este caso de una novación contractual que requiere el acuerdo plenamente libre de ambas partes. Es dudoso que durante este periodo de espera fuera posible la modificación sustancial de condiciones (art. 41 ET) o la movilidad geográfica con cambio de residencia (art. 40 ET) a iniciativa empresarial, porque la flexibilidad interna es una prerrogativa que el art. 16.4 reserva solo al momento en que haya transcurrido el periodo de espera y la persona trabajadora no haya podido ser recolocada.

4. LA NECESIDAD DE PREVISIBILIDAD EN EL CONTRATO DE FIJO DISCONTINUO: LA APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN LA DIRECTIVA 2019/1152

El art. 16.2 ET parece un precepto menor, que establece meras cuestiones de formalización, pero en realidad es el apartado más importante del nuevo art. 16 porque establece las reglas de previsibilidad del contrato de fijos discontinuos, blindando este contrato frente al trabajo a llamada y cumpliendo lo establecido en la Directiva 2019/1152 sobre la necesidad de que todas las personas trabajadoras tengan condiciones de trabajo previsibles. Dado que la nueva regulación amplía el ámbito de la contratación de fijo discontinuo conviene que esta precisión sea el punto de partida de su régimen jurídico.

El contrato de fijo discontinuo tiene los mismos mecanismos para atender situaciones excepcionales o imprevisibles en materia de reorganización del tiempo de trabajo que el resto de contratos. Así, se aplica a estos contratos la posibilidad de distribución irregular de la jornada prevista en el art. 34.2 ET, que admiten también horas extraordinarias e incluso, si se autorizara por convenio colectivo, pueden ser contratos a tiempo parcial con sus correspondientes horas complementarias. Por tanto, el ordenamiento laboral español tiene mecanismos adecuados, que pueden ser ajustados por acción de la negociación colectiva, para que la propia plantilla de la empresa pueda reorganizarse cuando resulte necesario. No son mecanismos complejos de ajuste del tiempo de trabajo, ni que requieran arduos procedimientos de determinación, ni que impliquen difíciles pruebas de causalidad. Al contrario,

ni la distribución irregular, ni las horas extraordinarias ni las horas complementarias requieren que concurra causa justificada relacionada con una situación excepcional y extraordinaria en la empresa. Y si no fuera posible con esos mecanismos atender las necesidades de mano de obra ocasionales de la empresa, concurriría justa causa para la contratación temporal por circunstancias de la producción prevista en el art. 15.2 ET

El contrato de fijo discontinuo nunca ha sido en España un trabajo a llamada y tampoco lo es con la nueva regulación. El carácter indeterminado del momento concreto en que se iniciará y se terminará el trabajo no implica que sea admisible su utilización para trabajos en esencia imprevisibles, ni que la persona trabajadora tenga la obligación de estar permanentemente disponible y preparada para la llamada al trabajo. Al contrario, el llamamiento que pone en marcha el retorno al trabajo en el contrato de fijo discontinuo es un sistema de concreción puntual respecto a un trabajo cuyo momento de ejecución ya está previsto y delimitado en el contrato de trabajo, siquiera con carácter estimado. Este ha sido el sistema en el que ha funcionado siempre en España el contrato de fijo discontinuo y éste también es el sistema de previsibilidad contractual que se configura en la Directiva 2019/1152 y que España está obligada a respetar.

La Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, establece en el párrafo 31 de su preámbulo que *Deben establecerse por escrito al comienzo de la relación laboral los días y las horas de referencia que deben ser entendidos como tramos horarios en los que el empleador puede solicitar los servicios del trabajador*. Consecuentemente con esta rotunda declaración de principios, la Directiva 2019/1152 establece lo siguiente cuando el trabajo es total o mayoritariamente imprevisible: primero, que deberá informarse a la persona trabajadora sobre *la cantidad de horas pagadas garantizadas*, lo que implica que debe configurarse en todos los contratos una garantía de volumen de trabajo garantizado en términos cuantitativos; segundo, que debe constar de modo previo el periodo *de referencia* en el que se le puede exigir a la persona trabajadora que trabaje; y, tercero, que tiene que existir un preaviso *razonable* para la reanudación de cada periodo de actividad⁶⁹.

⁶⁹ El art. 4.2.m de la Directiva 2019/1152 establece lo siguiente: *Si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, el empleador informará al trabajador sobre: (i) el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas; (ii) las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje; (iii) el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación a que se refiere el artículo 10, apartado 3*. El art. 10 de la Directiva 2019/1152 establece asimismo lo siguiente: *Artículo 10. Previsibilidad mínima del trabajo. 1. Si el patrón de trabajo de un trabajador es total o mayoritariamente imprevisible, los Estados miembros garantizarán que el empleador no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes: a) el trabajo tiene lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso*

Consecuentemente con lo establecido en la Directiva 2019/1152, el actual art. 16.2 ET establece unas condiciones de previsibilidad más concretas que las que regían en la anterior regulación para el fijo discontinuo.

(i) TIEMPO DE TRABAJO GARANTIZADO: Deberá constar en el contrato la “duración del periodo de actividad”, lo que significa que deberá constar el tiempo de trabajo garantizado, en términos cuantitativos, lo que es la traslación en España de lo establecido en el art. 10 de la Directiva 2019/1152, cuando requiere que consten las *horas pagadas garantizadas*.

El convenio colectivo sectorial podrá establecer un periodo mínimo de llamamiento anual (art. 16.5, tercer párrafo), lo que significa que el convenio sectorial podrá establecer previsiones cuantitativas acerca de los periodos mínimos de llamamiento que deberán respetar las empresas cuando contraten fijos discontinuos, pero aunque no existiera esta previsión, todos los contratos deberán contener un tiempo de trabajo garantizado. En la anterior regulación del art. 16 ET se establecía que debía constar “una indicación sobre la duración estimada de la actividad”, pero la actual regulación establece que debe constar la “duración” de la misma. Obviamente, podrá superarse este tiempo, si están de acuerdo las partes, pero la referencia a la duración del contrato establecida en el art. 16 ET significa dos cosas: primero, que el empresario deberá garantizar el tiempo de trabajo que conste en el contrato debiendo, si no lo hace, abonar de todos modos a la persona trabajadora la retribución correspondiente (por aplicación de lo establecido en el art. 30 ET); y, segundo, que no puede considerarse incumplimiento de sus obligaciones la negativa de la persona trabajadora a prestar servicios más allá del tiempo establecido en el contrato, lo que es un derecho que tiene importancia evidente cuando la persona trabajadora desempeña otros trabajos, simultáneamente o no. Debe recordarse que la Directiva 2019/1152 protege especialmente a la persona trabajadora que tiene varios empleos⁷⁰.

(ii) LA JORNADA DE TRABAJO (EL FIJO DISCONTINUO A TIEMPO PARCIAL). Deberá constar la jornada de trabajo, lo que implica que deberá constar en el contrato si se trata de trabajo de fijo discontinuo a tiempo completo o a tiempo parcial. Debe tenerse en cuenta que el fijo discontinuo a tiempo parcial solo resultará posible cuando se haya “acordado” así en con-

ii), y b) el empleador informa al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso iii).

⁷⁰ El art. 9 de la Directiva 2019/1152 establece lo siguiente: *Empleo paralelo*. 1. Los Estados miembros garantizarán que un empleador ni prohíba a un trabajador aceptar empleos con otros empleadores fuera del calendario de trabajo establecido con dicho empleador; ni lo someta a un trato desfavorable por ese motivo. 2. Los Estados miembros podrán fijar las condiciones para la utilización de restricciones por incompatibilidad por parte de los empleadores basadas en causas objetivas, tales como la salud y la seguridad, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público o la prevención de conflictos de intereses.

venio colectivo sectorial, procediendo solo “cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen”. Esta necesidad de que los contratos a tiempo parcial fijos discontinuos sean autorizados por los convenios sectoriales no es una novedad del RDL 32/2021, sino que reproduce literalmente la redacción del antiguo art. 16 ET que, a su vez, procede de los tiempos en que el fijo discontinuo estaba dentro del ámbito de los trabajos a tiempo parcial. El trabajo a tiempo parcial vertical integrado en un trabajo a tiempo parcial horizontal complicaba la naturaleza de la institución al tratarse de una doble parcialidad. Debe tenerse en cuenta también que el contrato a tiempo parcial no siempre ha sido una modalidad contractual admisible en todo caso: en momentos anteriores de la historia del derecho del trabajo solo podían realizarse contratos a tiempo parcial con causa justificada.

En fin, lo que se constata con el mantenimiento de la autorización del convenio colectivo sectorial para que pueda existir el contrato a tiempo parcial insertado en un contrato de fijo discontinuo es que se ha querido mantener esta limitación que ha regido desde los orígenes de la figura el fijo discontinuo. Puede parecer anacrónico que, en un momento como el actual, en el que el contrato a tiempo parcial es una posibilidad libre de condicionamientos, se mantenga la necesidad de que el convenio colectivo sectorial deba autorizarlo en el caso de contrato de fijo discontinuo. Pero no puedo olvidarse, no obstante, que el contrato a tiempo parcial admite una serie de posibilidades de flexibilidad en la determinación del tiempo de trabajo (por ejemplo, horas complementarias) que, sumadas a las que, por propia naturaleza, supone el contrato de fijos discontinuos (periodo de trabajo estimado y necesidad de llamamiento), implican un aumento en la disponibilidad exigible a la persona trabajadora que hace conveniente la existencia de controles. Y el convenio colectivo sectorial es, sin duda, el lugar más adecuado para que se establezcan las correspondientes garantías.

(iii) LA DISTRIBUCIÓN HORARIA O EL PERIODO DE REFERENCIA. El contrato de trabajo fijo discontinuo deberá contener la distribución horaria del periodo de actividad, aunque podrá realizarse con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento. La necesidad de que la distribución horaria se fije en el contrato, pudiendo constar de modo orientativo, se establecía de modo similar en el antiguo art. 16 ET. La estimación de la distribución horaria es el reflejo de la naturaleza del contrato de fijo discontinuo, en el que los periodos de actividad no vienen determinados por fechas concretas, sino por días de trabajo vinculados a momentos estacionales agrícolas, acontecimientos comerciales, periodos vacacionales o situaciones similares. La especificación concreta de la reanudación de la actividad se produce por medio del llamamiento, pero la determinación de los espacios de tiempo en los que la persona puede ser llamada para trabajar debe constar en el contrato, aunque sea en forma estimada. De este modo se cumple en el ordenamiento español el requisito establecido en el art. 10 de la Directiva 219/1152, de que la persona trabajadora debe conocer los periodos

de referencia en los que se le puede requerir para trabajar. Tal y como se establece en el art. 10.2 de la Directiva, si se le requiere al trabajador/a para que trabaje en periodos diferentes a los fijados de referencia podrá negarse a ello sin que tenga consecuencias desfavorables⁷¹. Pero si se le llama dentro de esos periodos de referencia tendrá la obligación de acudir a la llamada salvo que concurra causa justificada para no hacerlo (*infra*). Por lo demás, el periodo de referencia deberá acomodarse a la naturaleza de la actividad y no podrá consistir en periodos excesivamente extensos o no adecuadamente determinados, porque en tal caso se estaría configurando una situación de completa disponibilidad sin garantías que contrariaría lo establecido en el art. 10 de la Directiva 2019/1152.

5. EL LLAMAMIENTO

El llamamiento, que es el rasgo más característico del contrato de fijo discontinuo, tiene en el actual art 16 ET una regulación más extensa y detallada de la que ha tenido en momentos anteriores. Los aspectos más relevantes de la nueva regulación del llamamiento en el contrato de fijo discontinuo son los siguientes:

(i) No hay referencia al “orden” de llamamiento en la actual regulación del art. 16 ET, que daba la sensación de que pudieran quedarse fuera del llamamiento las últimas personas de la lista. Efectivamente, en el art. 16.3 primer párrafo ET se establece que deberán constar por convenio o, en su defecto, por acuerdo de empresa los “criterios” por los que debe regirse el llamamiento de las personas trabajadoras fijas discontinuas, teniendo todas ellas derecho a ser llamadas cuando llega el periodo de referencia que consta en su contrato. El llamamiento se puede producir en diferentes momentos de la misma campaña o ciclo para cada una de las personas trabajadoras, dependiendo de la climatología o de las características de la campaña, y por ello requiere especificación de criterios, pero no necesariamente un orden del que pueda quedar descolgada alguna persona trabajadora.

(ii) No se establece expresamente en el actual art. 16 ET la necesidad de que la forma y el orden del llamamiento conste en el contrato de trabajo, pero será necesario que se reflejen los datos que permitan cumplir el requisito de constancia de los elementos “esenciales” del contrato que establece el art. 16.2 ET. Ello implica que, si en el contrato no consta el sistema de llamamiento específicamente aplicable, deberá constar el pre-

⁷¹ Art. 10.2 Directiva 2019/2021: 2. *Si no se cumple uno o ninguno de los requisitos establecidos en el apartado 1 (días y horas de periodo de referencia; y preaviso razonable), el trabajador tendrá derecho a rechazar una tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorables.*

cepto o acuerdo donde se regula, así como las precisiones que fueran necesarias para que la persona trabajadora tenga constancia del contenido y alcance del mismo.

(iii) Los criterios de llamamiento deberán fijarse por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo de empresa, y deberán ser criterios “objetivos y formales”. Lo que significan estas palabras se expresa mejor por sus opuestos: el artículo 16 ET establece que los criterios de llamamiento no podrán ser subjetivos (o arbitrarios) ni informales (o imprecisos). Por supuesto, estos criterios tampoco podrán ser discriminatorios, ni directa ni indirectamente; ni contrarios a la legislación. Como viene siendo habitual en las normas precedentes, no se establece ningún criterio subsidiario, para el caso de que no constara ningún criterio de llamamiento⁷²

(iv) El nuevo art. 16 ET establece que el llamamiento deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación. De este modo el llamamiento queda configurado como un acto de carácter recepticio, que solo puede considerarse realizado si hay constancia de que ha llegado a la persona destinataria. Se asemeja al sistema de comunicación del despido, y ello no es extraño, dado que la falta de llamamiento puede tener consecuencias similares al mismo. Por lo demás, la tecnología actual ofrece la posibilidad de numerosas formas de comunicación que permiten la acreditación de la llegada a destino de la comunicación y, en todo caso, los supuestos en los que existieran dudas al respecto tendrán que ser resueltos en sede judicial, como tantas veces lo han sido las cuestiones relacionadas con la recepción o no de una carta de despido, teniendo en cuenta que ambas partes deben cumplir las expectativas razonables en relación con la emisión y recepción del llamamiento.

(v) La notificación de llamamiento deberá contener indicaciones precisas sobre las condiciones de la incorporación, y deberá producirse asimismo con una antelación “adecuada”. Es una referencia bastante general a la obligación de preaviso, pero permite cumplir con lo establecido en el art. 10 de la Directiva 2019/1152, que requiere que se garantice un preaviso razonable.

(vi) La empresa deberá informar a la representación legal de las personas trabajadoras al inicio de cada año natural un calendario con las previsiones de llamamiento. Se puede presumir de la terminología utilizada (calendario) que esta información se refiere a la previsión sobre el momento concreto de llamamiento, así como sobre expectativas de duración concreta de la campaña. Asimismo, deberá informar a los /las representantes sobre las altas efectivas de las personas fijas discontinuas cuando se vayan produciendo. Se amplían,

⁷² El art. 16.2 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 establecía el criterio de la antigüedad.

de este modo, los derechos de información de la representación legal de las personas trabajadoras respecto a un tipo de contrato, el de fijo discontinuo, que aspira a tener mayor relevancia.

(vii) Los incumplimientos relacionados con el llamamiento podrán dar lugar a que las personas trabajadoras fijas discontinuas emprendan las acciones judiciales oportunas (“acciones que procedan” es la expresión utilizada por el art. 16.3 último párrafo). Es interesante que se haya sustituido la anterior redacción, que expresamente hacía referencia a la acción por despido, por una referencia general a las acciones que procedan. Este cambio de redacción no implica que no proceda la acción por despido cuando se incumple la obligación de llamamiento, y sirve para llamar la atención sobre la posible reclamación judicial por incumplimientos en relación con la obligación de llamamiento que no constituyan necesariamente despido. Así, por ejemplo, cabría la reclamación de cantidad, por ejemplo, cuando el incumplimiento de los criterios de llamamiento y la preterición repercutiera en el número de días de trabajo; o cuando no se le hubiera dado a la persona trabajadora el mínimo trabajo garantizado en su contrato. También cabría una acción declarativa por parte de la persona trabajadora, que en caso de incumplimiento de la obligación de llamamiento no quiere dar por terminada la relación reclamando por despido, sino que prefiere reclamar los perjuicios que le hubiera ocasionado la falta de llamamiento por parte de la empresa y asegurar que la próxima campaña el llamamiento se producirá de modo adecuado. Cuando el incumplimiento empresarial contra el que se reclama judicialmente fuera la falta de llamamiento el art. 16.3 establece que el *dies a quo* será tanto el momento de la falta de llamamiento como el momento en que conociesen la falta de llamamiento. De este momento se posibilita que la persona pueda reclamar judicialmente cuando efectivamente no se le llama, aunque con anterioridad se le hubiera dicho que no se le iba a llamar, dado que de una campaña a otra pueden cambiar las expectativas y es razonable no exigir a la persona trabajadora que demande por despido hasta que no tenga certeza absoluta de que la empresa definitivamente no le llama⁷³.

6. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CONTRATADAS COMO FIJAS DISCONTINUAS

El nuevo art. 16 contiene una serie de previsiones que configuran un marco de derechos de las personas trabajadoras fijas discontinuas. La mayoría de estos derechos no son nuevos, pero por primera vez se formulan de modo expreso en un art. 16 ET que es mucho más detallado en su formulación que sus precedentes. Estos derechos son los siguientes:

⁷³ Al respecto, STS de 27 de marzo de 2002, Rec. 2267/2001.

(i) DERECHO A NO ATENDER EL LLAMAMIENTO POR CAUSA JUSTIFICADA. El artículo 16.6 ET establece que los fijos discontinuos no podrán sufrir perjuicios por el ejercicio de sus derechos de conciliación, ausencias con derecho de reserva y otras causas justificadas reconocidas por ley o convenio colectivo. En principio, resulta claro que nadie, sea o no fijo discontinuo, puede sufrir perjuicios por el ejercicio de cualquiera de sus derechos, sean los mencionados en el art. 16.6 ET o cualesquiera otros. Pero la referencia que hace el art. 16.6 ET nos recuerda que la persona trabajadora puede negarse justificadamente a atender el llamamiento cuando se encuentra ejercitando un derecho de ausencia al que tiene derecho, ya sea por tratarse de un derecho de conciliación (por ejemplo, la excedencia por cuidado de hijos o familiares del art. 46.3 ET), por tratarse de una suspensión con derecho de reserva de puesto de trabajo (por ejemplo, una incapacidad laboral) o por concurrir cualquier otra causa justificada reconocida por ley o convenio colectivo (un permiso de formación por ejemplo). No establece el art. 16.6 ET que una causa justificada para no responder al llamamiento sea la existencia de otro trabajo, lo que resulta consecuente con el hecho de que en el contrato de trabajo fijo discontinuo deben constar las fechas de referencia en las que la persona trabajadora puede ser llamada.

(ii) DERECHO A UN COMPUTO DE LA ANTIGÜEDAD QUE NO SEA DISCRIMINATORIO. El nuevo art. 16.6 ET segundo párrafo incorpora a la normativa española la doctrina del TJUE⁷⁴ que establece, con carácter general, que no pueden establecerse diferencias de trato peyorativas para las personas trabajadoras fijas discontinuas porque ello implica un trato discriminatorio indirecto contra las mujeres, que son colectivo mayoritario en este tipo de trabajo. La igualdad de trato entre personas trabajadoras indefinidas y fijas discontinuas debe referirse, según el TJUE, a todas las condiciones de trabajo, incluyendo las condiciones económicas, lo que incluye más conceptos además de los retributivos⁷⁵. Este presupuesto general está formulado con carácter expansivo porque su origen es la normativa antidiscriminatoria por razón de sexo, que establece que ninguna condición laboral⁷⁶, sea cual sea su expresión o naturaleza, puede implicar discriminación por razón de sexo, ni directa ni indirectamente. Con carácter específico, y en aplicación de este principio general, el TJUE ha establecido que el sistema de cálculo

⁷⁴ Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019, acumulados C-539/18 y C-472/18.

⁷⁵ En el párrafo 31 del Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 se establece lo siguiente: *A este respecto, una interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo Marco que excluyera del concepto de «condiciones de empleo», a los efectos de dicha cláusula, las condiciones económicas, como las relacionadas con la retribución, equivaldría a reducir, haciendo caso omiso del objetivo asignado a esa misma cláusula, el ámbito de protección reconocido a los trabajadores afectados frente a las discriminaciones, al introducir una distinción, basada en la naturaleza de las condiciones de empleo, que los términos empleados en la propia cláusula no sugieren en absoluto.*

⁷⁶ Art. 1.b de la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

de los complementos de antigüedad de las personas fijas discontinuas debe ser igual al de las personas trabajadoras con contratos de trabajo indefinidos ordinarios, y por ello debe tenerse en cuenta a efectos de determinación de dichos complementos, todo el tiempo de existencia del contrato y no solo el tiempo de trabajo efectivo⁷⁷.

El art. 16.6 ET introduce en la normativa española el principio de no discriminación con relación al cálculo de la antigüedad en los términos establecidos por el TJUE, expresando que las personas trabajadoras tienen derecho a que en dicho cálculo se tenga en cuenta toda la duración de la relación laboral (que es el criterio aplicable en el contrato indefinido ordinario), y no solo el tiempo de servicios efectivamente prestados. El art. 16.6 ET establece a continuación que, ello no obstante, sería posible utilizar un criterio diferente para el computo de la antigüedad, que se sustentara en el tiempo de trabajo efectivo y no en el tiempo de contrato, si así se exigiera *en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia*. Esta posibilidad es la formulación del principio de *pro rata temporis*, configurado en la cláusula cuarta de la Directiva 97/81, de 15 de diciembre, acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial, que permite la reducción proporcional de los derechos de las personas con contrato a tiempo parcial⁷⁸. La referencia que se hace en el art. 16.6 ET a que es posible la aplicación del criterio *pro rata temporis* para reducir la cuantía de los derechos de alcance económico de las personas trabajadoras fijas discontinuas, cuando así se derive de su naturaleza, requiere que ello se haga con objetividad⁷⁹, con proporcionalidad (este es el alcance de la regla *pro rata temporis*) y con transparencia (que es criterio exigible en todos los casos de discriminación por razón de género).

El art. 16.6 ET no se limita a reconocer el derecho de antigüedad en atención a la duración del contrato solamente con relación al complemento de antigüedad, porque el propio TJUE ha señalado que la igualdad en este ámbito se aplica, en principio a todas las condiciones de trabajo. Pero

⁷⁷ Este es el sentido del fallo del Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019. En similar sentido, para el supuesto específico del cómputo de la antigüedad para la determinación del complemento de antigüedad se ha pronunciado el TS en su sentencia de 1 de febrero de 2021, Rec. 4073/2018, atendiendo a lo establecido al respecto por el TJUE.

⁷⁸ En la STJUE de 10 de junio de 2010, C-395/08 y C-396/08 se contempla la posibilidad de que se reduzcan proporcionalmente al tiempo de trabajo efectivo, los derechos retributivos de las personas trabajadoras a tiempo parcial. Literalmente se establece en su párrafo 38: *De ello se desprende que la reserva del artículo 2, apartado 6, del Acuerdo sobre la política social, recogida en el artículo 137 CE, apartado 5, no impide interpretar la cláusula 4 del Acuerdo marco en el sentido de que impone a los Estados miembros la obligación de garantizar a los trabajadores a tiempo parcial la aplicación del principio de no discriminación también en materia de retribuciones, teniendo en cuenta, cuando resulte apropiado, el principio de pro rata temporis*.

⁷⁹ En el fallo de la STJUE de 10 de junio de 2010, se establece que la diferencia de trato entre indefinidos ordinarios e indefinidos no fijos solo resulta posible cuando concurren “razones objetivas”.

debe tenerse en cuenta la posibilidad de que exista una causa justificativa, razonable, proporcionada y transparente que conduzca a la aplicación del criterio *pro rata temporis*. Eso es lo que prevé la redacción del actual art. 16.6 ET.

Con relación a otros derechos de contenido económico, como por ejemplo las indemnizaciones por despido, el TS se ha pronunciado considerando que está justificado que el tiempo de antigüedad relevante para el cálculo en el trabajo de los fijos discontinuos sea el correspondiente al tiempo de trabajo efectivo, y no el tiempo de duración del contrato⁸⁰. Considera el Tribunal Supremo que con esta solución no se causa perjuicio a la persona trabajadora, alegando que existen razones para justificar una solución diferente con relación al sistema de cálculo de la antigüedad para la indemnización por despido, sin que sea posible cuestionar esta interpretación en tanto en cuanto el TJUE no llegue a conclusión diferente sobre este concreto aspecto.

(iii) DERECHO A LA FORMACIÓN: En el art. 16.8 ET se establece que los fijos discontinuos son colectivo prioritario para acceder a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo durante los periodos de inactividad. Asimismo, el art. 16.5 establece la posibilidad de que por convenio colectivo sectorial se establezcan bolsas sectoriales de empleo con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua.

(iv) MECANISMOS ESPECÍFICOS QUE PUEDEN PREVER LOS CONVENIOS COLECTIVOS. El art. 16 ET contiene numerosas referencias a las posibilidades que tienen los convenios colectivos para asegurar que el contrato de fijos discontinuos cumpla su función dentro del marco de garantías y derechos que corresponden a las personas trabajadoras. Los convenios colectivos sectoriales pueden establecer la posibilidad de trabajo fijo discontinuo a tiempo parcial; pueden establecer un periodo mínimo de llamamiento (con las precisiones que se han expuesto más arriba); y pueden también incluso establecer una cuantía indemnizatoria por fin de actividad si no existe nuevo llamamiento sin solución de continuidad. Por convenio colectivo, o en su defecto por acuerdo de empresa, se establecerán asimismo los criterios para el llamamiento. Y también por convenio colectivo, en este caso sectorial, podrá determinarse el plazo máximo de inactividad entre contratos constitutivo de periodo de espera.

Además de estas previsiones, hay dos posibles actuaciones de los convenios colectivos con relación a los trabajos fijos discontinuos, que tienen particular relevancia porque implican cierta ordenación de cara al futuro del colectivo: de un lado, el art. 16.5 ET establece la posibilidad de que los convenios colectivos sectoriales establezcan bolsas sectoriales de em-

⁸⁰ STS de 30 de julio de 2020, Rec. 324/2018.

pleo para favorecer no solo la formación continua de este colectivo, sino también su contratación. Estas bolsas pueden servir para facilitar la contratación durante campañas, aunque ello debe hacerse con pleno respeto a la normativa sobre fijos discontinuos, de modo que el sistema de bolsa sectorial de empleo no puede en ningún caso ser un sistema paralelo de empleo al margen de las normas generales de contratación. De otro lado, los convenios sectoriales también pueden establecer la obligación de que las empresas incluidas en su ámbito elaboren un censo anual del personal fijo discontinuo que tengan contratado, lo que puede ser un buen sistema para facilitar la acción de la representación de las personas trabajadoras en la empresa y en el ámbito supraempresarial, al tiempo que puede acrecentar el conocimiento que las personas trabajadoras de los derechos que les corresponden en relación con el llamamiento o los derechos relacionados con los periodos de inactividad.

Parte II
La reforma laboral sistémica

– Los sistemas de relaciones laborales eficientes son aquellos diseñados para adaptarse a los cambios en el sistema productivo y empresarial. Un diseño normativo preparado para la adaptabilidad debe ser adecuado tanto para el funcionamiento ordinario y cotidiano de las empresas como para los momentos de crisis, regeneración o reestructuración. Son dos momentos que no pueden acometerse con la misma filosofía ni con las mismas herramientas. En los capítulos que siguen se trata de modo diferenciado, de un lado, el tratamiento de las crisis de empresa, que requiere actuar sobre los mecanismos de flexibilidad interna sustitutivos del despido (capítulo cuarto) y, de otro lado, el establecimiento y regeneración de las fórmulas de adaptabilidad permanentes en la empresa, que posibilitan el desarrollo de proyectos empresariales sanos y competitivos en términos de calidad integral, combatiendo la competencia en costes. La herramienta fundamental para esta adaptabilidad es la negociación colectiva (capítulo quinto).

– El sistema español de relaciones laborales que nació de la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores de 1980 no estableció un sistema coordinado y sistematizado para los momentos de crisis, capaz de actuar conjunta e incluso gradualmente. Al contrario, el sistema que nació de aquel Estatuto, y cuyos principios se mantienen en la actualidad, tiene los mecanismos de crisis dispersos a lo largo de su articulado: así, el despido colectivo (art. 51 ET) se encuentra en la misma sección que el despido disciplinario (art. 54 ET) y en diferente sección que la suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (art. 47 ET), que se encuentra, en cambio, compartiendo espacio con excedencias y suspensiones por causas tan dispares como la conciliación de responsabilidades o la incapacidad temporal.

En este marco se ha ido consolidando, año a año, y reforma a reforma, un sistema de crisis de empresa en el que la suspensión y el despido por causa ETOP no se complementan y coordinan entre sí. Al contrario, la tendencia de las últimas reformas laborales ha sido la de reforzar la autonomía del despido por causa ETOP, que puede actualmente utilizarse sin necesidad de justificar que no es razonablemente posible la aplicación de instrumentos de menor impacto, dando lugar a una doctrina jurisprudencial muy cuidadosa en la delimitación del concepto de “oportunidad”, que corresponde exclusiva-

mente a la empresa y que por tanto difícilmente puede ser objeto de valoración judicial, ni siquiera en relación con la virtualidad de otros mecanismos que proporciona el ordenamiento laboral⁸¹. La reconfiguración del sistema de crisis en la empresa para que opere una conexión integral entre flexibilidad interna y externa es, sin duda, parte fundamental de la reforma integral de un nuevo Estatuto que debe acometerse y excede de los objetivos de la presente reforma. Dentro del marco existente, con todo, el RDL 32/2021 avanza en la configuración de un sistema coherente ante la crisis de empresa, que incrementa la confianza en los mecanismos de flexibilidad interna, abriendo tal vez puertas a una interpretación que admita cierto juicio de razonabilidad.

– De otro lado, el funcionamiento ordinario de la empresa requiere mecanismos de adecuación y flexibilidad permanentes, que solo pueden generarse en el marco de una negociación colectiva madura y sana. Más allá de una reconfiguración global del sistema de negociación colectiva, que se insertaría en el marco del nuevo Estatuto que debe acometerse, la reforma operada por el RDL 32/2021 tiene como principal objetivo corregir los defectos de un marco de negociación que, hasta ahora, no ha aprovechado su potencialidad y que, en bastantes ocasiones, ha fomentado la competencia en costes.

⁸¹ Por todas, STS de 20 de octubre de 2015, Rec. 172/2014. Con similar sentido, SSTS de 17 de julio de 2014, Rec. 32/2014; o de 26 de enero de 2016, Rec. 144/2015.

Capítulo cuarto

LA NUEVA FLEXIBILIDAD INTERNA

1. INTRODUCCIÓN

– La promoción de la flexibilidad interna, entendida como flexibilidad de las prerrogativas empresariales de gestión de la mano de obra, se ha considerado generalmente como una herramienta de gran interés para acometer de modo eficiente las situaciones de crisis que atraviesan las empresas y, sobre todo, para evitar que dichas crisis se gestionen fundamentalmente a través de despidos. La promoción de la flexibilidad interna con el objetivo de que sustituya a los despidos por crisis de empresa (eufemísticamente, flexibilidad externa) es un viejo objetivo, que se ha formulado en casi todas las reformas de las que nuestra normativa laboral ha sido objeto en las últimas décadas.

– La preferencia en el uso del despido cuando la empresa atraviesa situaciones de crisis en lugar de la utilización de otras medidas menos traumáticas, basadas en el mantenimiento y recualificación de la plantilla, sigue la misma lógica perversa del enquistado hábito de la precariedad que ha caracterizado nuestras relaciones laborales en las últimas décadas. Por ello, en una reforma como la que acomete el RDL 32/2021, que se produce en un momento coyuntural de recuperación tras la crisis sanitaria, pero que debe a su vez tener una dimensión estructural que apunte a un marco de relaciones que se asiente sobre principios de calidad, tan importante como frenar la precariedad en la entrada es establecer mecanismos preventivos de la precariedad en la salida. El objetivo es el mantenimiento y actualización de las plantillas así como la evitación de la rotación en todas sus manifestaciones, no solo de personas sino también de empresas. Una plantilla estable y actualizada es también un elemento clave en la regeneración de la empresa. No tiene sentido que las crisis de empresa se solventen con amortizaciones de plantilla, cuando la propia vocación de permanencia de la empresa obligará a nuevas contrataciones con posterioridad. Y tampoco tiene sentido en un contexto de calidad empresarial como el que se pretende que haya masas de personas trabajadoras expulsadas de empresas y de sectores por crisis coyunturales, que transitan hacia otros sectores, perdiéndose por el camino la experiencia y formación adquiridas.

– Resulta evidente, sin embargo, que no todo incremento de la flexibilidad interna tiene la capacidad de tener el efecto sustitución pretendido

porque no existe una relación directa entre mayor flexibilidad interna (de cualquier naturaleza y entidad) y una automática menor flexibilidad externa. Hemos tenido la oportunidad de advertir este hecho en las reformas de la normativa laboral que han tenido lugar en las últimas décadas. Efectivamente, la mayor flexibilidad del tiempo de trabajo o de las modificaciones sustanciales que se han producido en las sucesivas reformas laborales no han tenido el efecto de frenar los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción como técnica preferente de ajuste cuando la empresa atraviesa momentos de crisis. Esta experiencia nos muestra que el efecto sustitución no se produce cuando se actúa de modo general e indiscriminado. Al contrario, es necesario identificar claramente los resortes que deben accionarse para favorecer este efecto. Y uno de esos resortes, sin lugar a dudas, es el ERTE.

– La crisis sanitaria ha mostrado la eficacia de los ERTE como instrumento de mantenimiento del empleo y de mantenimiento de las propias empresas en un momento histórico sin precedentes. Durante el tiempo de la pandemia los ERTE, que llevaban en nuestro ordenamiento desde la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores en 1980, alcanzaron una relevancia fundamental. La normativa de crisis pandémica no inventó los ERTE pero sí que los descubrió, y fue capaz de crear en torno a ellos un sistema que fue acomodándose a la evolución de la pandemia. El RDL 8/2020, de 17 de marzo estableció los rasgos característicos del ERTE Covid: ha sido desde el principio un instrumento ágil en su aplicación; de carácter extensivo por el alto volumen de empresas y personas trabajadoras a los que se aplicó; y con una fuerte implicación pública particularmente por medio de prestaciones de desempleo de amplio espectro y de importantes descuentos en la seguridad social para las empresas. El sistema se acompañaba de condiciones para el mantenimiento del empleo e incluso, en sus inicios, de una prohibición expresa de despido si la medida que procedía era el ERTE⁸².

A medida que las circunstancias de la pandemia fueron cambiando, los beneficios y las condiciones para acceder a ellos fueron adaptándose a las nuevas circunstancias: así, llegó un momento en que el principal objetivo fue la reanudación de la actividad de las empresas y el retorno al trabajo de las personas en ERTE, lo que motivó que los beneficios de seguridad social se diseñaran y graduaran en consecuencia. Asimismo, aunque desde las primeras regulaciones de ERTE se estableció el compromiso de mantenimiento de empleo que ha caracterizado los ERTE de la pandemia, fue después cuando se fueron estableciendo limitaciones y condiciones para el acceso a los beneficios que exigían un compromiso social de las empresas (por ejemplo,

⁸² Art. 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo: *Medidas extraordinarias para la protección del empleo. 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 artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.*

mediante la inaplicación a empresas en paraísos fiscales). La flexibilidad y adaptabilidad de los ERTE a cada momento de la evolución de la pandemia y, sobre todo, a los objetivos pretendidos fueron sus rasgos característicos. Situaciones de crisis como la sufrida nos han mostrado el valor que tiene el diseño de normas que no solo favorecen la flexibilidad, sino que son ellas mismas flexibles ante las circunstancias y necesidades.

Las normas de la crisis sanitaria están influyendo notablemente en las normas estructurales de la post-pandemia, no solo en sus contenidos, sino también en relación con la forma en que se están adoptando y en el modo en que afrontan los cambios. Por ejemplo, la ley de trabajo a distancia, Ley 10/2021, de 9 de julio, encuentra su origen en las necesidades creadas durante la crisis sanitaria, e incluso la forma en que se adoptó, a partir de dialogo social, es también la forma en que se fueron adoptando los sucesivos Reales Decretos que fueron haciendo evolucionar las normas de crisis sanitaria (los cinco acuerdos sociales en defensa del empleo). Los ERTE, la herramienta central de la crisis sanitaria, inspiran claramente el diseño de la flexibilidad interna del RDL 32/2021, no solo en el fondo sino también en la forma, porque el sistema estructural de ERTE se ha creado en la mesa de diálogo social, como la mayoría de las normas de ERTE de la pandemia.

A lo largo de los años, y hasta que llegó la crisis sanitaria, el sistema de ERTE tuvo un uso muy limitado, casi esporádico. La experiencia de los ERTE durante la pandemia no solo ha servido para inspirar los rasgos y características de la nueva regulación, sino que también ha tenido un importante papel para disminuir las reticencias y desconfianzas al mismo, en un contexto que, históricamente, ha establecido muchas cautelas y requisitos para la suspensión por causa ETOP. Asimismo, los ERTE Covid han cumplido una importante función de ayudar a configurar los principios del adecuado equilibrio entre inversión pública y compromiso empresarial que debe inspirar el sistema estructural de actuación ante las crisis de empresa y que en este momento nadie cuestiona.

– El componente 23, que inspira la reforma laboral de 2021 y que es su causa inmediata, presta especial atención a la flexibilidad interna partiendo de la experiencia de las medidas de crisis sanitaria, y por ello de los ERTE. Puede leerse en la descripción del componente 23 lo siguiente: *Sobre la base de la experiencia con dicho instrumento (ERTE), hasta ahora muy poco utilizado en España, proporciona una base para avanzar hacia un mecanismo permanente, que proporcione un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda alternativo a la alta temporalidad y la elevada fluctuación del empleo y contribuya a la estabilidad en el empleo y la estabilización económica, con un fuerte foco en la formación y recualificación de los trabajadores, invirtiendo así en el capital humano del país.* De este modo, el objetivo de incremento de flexibilidad interna que plantea el componente 23 está centrado en los ERTE y no en otras formas de flexibilidad interna, cuya eficacia preventiva del despido no es tan rotunda.

Resulta de particular interés, asimismo, que en este componente 23 se ponga especial atención a la regeneración, no solo de la empresa que se enfrenta a una situación de crisis, sino también de su plantilla, para lo cual sitúa en el centro la formación y la recualificación. En definitiva, el sistema de ERTE estructural al que se compromete España en el componente 23 y que se encuentra regulado en el RDL 32/2021 es un mecanismo de acompañamiento y disponibilidad pública que tiene como objetivo no cerrar estas crisis en falso. Al contrario, el sistema estructural de los nuevos ERTE tiene dimensión de futuro porque pretende contribuir no solo a que la empresa sobreviva, sino también a que salga de la crisis con los elementos necesarios para que el proyecto empresarial sea estable. La plantilla aspira a seguir siendo la misma tras la crisis en términos cuantitativos, lo que explica que el cómputo a efectos estadísticos de las personas en ERTE sea como ocupadas (DA sexta RDL 32/2021), tal y como es habitual en otros países de nuestro entorno y como se recoge en la documentación elaborada por instituciones como la OIT o EUROSTAT. Hay otro elemento fundamental en el diseño de los nuevos ERTE: La regeneración empresarial requiere que la fuerza de trabajo sea también estable, dinámica y adaptable. La formación para el empleo, insertada en el sistema de ERTE estructural, es uno de sus elementos más interesantes para alcanzar este fin.

– La reforma operada por el RDL 32/2021 en el sistema de actuación ante la crisis de empresa ha dado lugar a un nuevo art. 47 ET que tiene las siguientes características:

(i) El sistema de reducción/suspensión del contrato de trabajo por causa ETOP se mantiene, en sus principios básicos (causa, procedimiento y efectos), aunque añadiendo elementos que incorporan dinamismo a su funcionamiento (por ejemplo, con la posibilidad de afectación y desafectación de personas trabajadoras dependiendo de la evolución de los acontecimientos, art. 47.7.c ET) La ubicación específica del régimen jurídico de la suspensión por fuerza mayor en el art. 47 ET le hace ganar visibilidad y lo configura como mecanismo sustantivo ante las crisis de empresa, no marginal ni secundario respecto al despido por la misma causa. Se refuerzan, asimismo, con medidas y beneficios concretos las acciones formativas, a fin de que se desarrolle con normalidad el principio básico de que la regeneración empresarial en situación de crisis es más eficiente y socialmente más responsable en términos de recualificación que de amortización. La mayor implicación e inversión pública en esta materia requiere el establecimiento de mecanismos de garantía específicos para asegurar el compromiso de empresas y personas trabajadoras con los principios de regeneración empresarial de calidad, para lo cual se establecen los mecanismos correspondientes (por ejemplo, con la prohibición matizada de la externalización).

(ii) Se sitúa en un apartado específico (art. 47.5) el régimen jurídico de la suspensión por fuerza mayor que, hasta el momento, se regulaba exclusivamente por mera remisión al despido por fuerza mayor establecido en el

art. 51.7 ET. Se mantiene, en todo caso, una evidente conexión en causas y procedimientos entre el nuevo art. 47.5, para la suspensión por fuerza mayor, y el art. 51.7 ET, para el despido por la misma causa, pero se incorporan elementos que aportan mayor dinamismo y simplicidad en la suspensión (por ejemplo, silencio administrativo positivo).

(iii) Se crea una nueva forma específica de reducción/suspensión por fuerza mayor motivada por “impedimentos o limitaciones” derivadas de “decisiones adoptadas por la autoridad laboral competente” (art. 47.6 ET). Esta definición reproduce la utilizada con los ERTE de la crisis sanitaria, que permitieron atender, con flexibilidad, las diversas situaciones que fueron atravesando las empresas como consecuencia de la evolución de la pandemia y del cambio en las órdenes de carácter administrativo sobre cierres y confinamientos.

– Además de estas reformas operadas en el art. 47, que aspira a reforzar la herramienta de la reducción/suspensión en las crisis de empresa que podríamos llamar ordinarias, la reforma operada por el RDL 32/2021 incorpora un nuevo art. 47 bis que regula un sistema de reducción/suspensión de carácter extraordinario, el mecanismo RED, que tiene causas de naturaleza general y extensa, que afectan a toda la economía (RED cíclico) o a determinados sectores (RED sectorial). Es un mecanismo con herramientas específicas de incentivación y también con instituciones específicas para su cobertura (como la prestación específica que se crea con la nueva DA 41 de la LGSS), que requiere la autorización del Consejo de Ministros para ponerse en marcha y que dispone de un fondo específico para darle cobertura económica (el Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización de Empleo)

– En este capítulo se tratará también otra forma de fomento de la flexibilidad interna, que tiene una manifestación muy particular porque se encuentra vinculada a una causa especial de extinción para el sector de la construcción. La nueva DA tercera de la ley 32/2006 que se introduce por medio del RDL 32/2021 atiende a las particularidades del trabajo en este sector de actividad para configurar un sistema de recolocación y formación permanente en la empresa, en el que la extinción es una herramienta residual, aplicable solo con carácter condicionado, limitado y gradual. Por ello, pese a la denominación que recibe (extinción por causas inherentes a la persona trabajadora) su configuración jurídica se corresponde más con la flexibilidad interna que con la flexibilidad externa.

2. LOS NUEVOS ERTE

2.1. Principios comunes de los nuevos ERTE

– EL RDL 32/2021 configura varias modalidades de ERTE (ERTE ETOP; dos clases de ERTE por fuerza mayor; y ERTE RED), cada uno con

sus propias reglas de funcionamiento. Todas ellas se integran en un sistema general que comparte principios, objetivos y reglas de actuación comunes, basados en dos ideas clave: (i) la corresponsabilidad social en las situaciones de crisis de empresa; y (ii) el compromiso con la configuración de mecanismos de actuación que eviten los despidos en situaciones de crisis. Estos dos principios se gradúan y matizan en cada una de las modalidades de ERTE.

- Así, la corresponsabilidad social, manifestada en la participación en el coste de los ERTE, es mayor en los casos en que la causa de las crisis se aleja de la capacidad de previsión de las empresas. Por ello los ERTE del mecanismo RED, surgidos ante crisis económicas amplias o sectoriales, pero en todo caso de espectro generalizado, tienen establecidos beneficios de mayor intensidad para el acceso a la cobertura de desempleo, que se advierten en las características de la específica prestación que se crea, que, entre otras cosas, elimina el requisito de carencia y aplica la técnica del contador a cero (DA 41 LGSS).

- Los principios comunes que resultan aplicables a todas las modalidades de ERTE configurados por el RDL 32/2021 son los siguientes:

- (i) LA REDUCCIÓN DE JORNADA COMO TÉCNICA PRIORITARIA A LA SUSPENSIÓN. El nuevo sistema ERTE que establece el RDL 32/2021 no se configura fundamentalmente en torno a la suspensión del contrato, como había sido habitual hasta ahora, sino más propiamente en torno a la reducción del tiempo de trabajo, que es una figura menos traumática para la persona trabajadora y también más eficiente en términos de mantenimiento de la actividad y posibilidades de mejora de la cualificación. Es una reducción de jornada que debe moverse entre los habituales mínimos del 10% y máximos del 70% de la jornada, en términos diarios, semanales, mensuales o anuales, tal y como venía establecido con anterioridad. Los porcentajes mínimos y máximos son los clásicos mecanismos disuasorios de reducciones de escasa entidad (para que se encaucen hacia procedimientos menos traumáticos) y de reducciones de alta intensidad, que probablemente debieran derivar hacia la técnica suspensiva.

La principal característica de los nuevos ERTE, en todas sus modalidades, es que la reducción de jornada no es un supuesto marginal, secundario y derivado de la suspensión. La reducción de jornada por causa ETOP no se encontraba en la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores de 1980, cuyo art. 47 solo regulaba la suspensión por causa ETOP. La reducción de jornada se fue adheriendo al art. 47 ET como una suspensión *sui generis*, que finalmente encontró acomodo expreso en el propio art. 47, pero que siempre ha tenido, hasta ahora, un carácter secundario.

La reducción de jornada de los nuevos art. 47 y 47 bis, en cambio, es una posibilidad que sube de nivel respecto a la técnica suspensiva. No existen ya en estos preceptos referencias aisladas y marginales a la reducción de jornada

sino que, al contrario, siempre que se hace referencia a la suspensión, aparece previamente una referencia a la reducción de jornada, lo que normaliza su utilización y la visibiliza como técnica que aspira a ser prioritaria. De hecho expresamente se establece en la nueva normativa que, si es viable, se deberá priorizar el ERTE de reducción de jornada en lugar del ERTE de suspensión (art.47.7.a). Se integra, de este modo, en el sistema español de flexibilidad interna un elemento que permite la valoración del instrumento usado, estableciendo reglas de preferencia entre los instrumentos disponibles para que se aplique en primer lugar, en tanto en cuanto sea viable, el más adecuado y menos traumático de entre los dos regulados en los art. 47 y 47 bis, que es la reducción de jornada.

(ii) TRÁNSITO DESDE LA DESCONFIANZA A LA NORMALIZACIÓN DEL ERTE. El beneficio natural de los ERTE, en todas sus modalidades, es el acceso a la prestación por desempleo (art. 267.1.b LGSS). En el pasado el coste que esta prestación suponía motivó que el uso de la suspensión por ETOP o por fuerza mayor del art. 47 ET requiriera autorización administrativa, que debía analizar la razonabilidad de la medida en términos de efectiva coyunturalidad⁸³. Esta cautelosa concepción se sustentaba en el temor a que los fondos públicos financiaran proyectos empresariales ya muertos, que se alargaban artificialmente con el sustento de prestaciones por desempleo (lo que popularmente se llamó “empresas zombi”). También se desconfiaba de dinámicas de gestión ordinarias, en las que pudiera alternarse empleo y desempleo financiado, cuando debieran utilizarse otras figuras (como el tiempo parcial en cómputo anual o el fijo discontinuo). Cuando adicionalmente, a lo largo de la historia, se establecieron mecanismos facilitadores del acceso a ERTE por causa ETOP (como por ejemplo, las técnicas del contador a cero o las excepciones a la obligación de cotización para acceso o duración máxima de la prestación⁸⁴) se reforzó la idea de la necesidad de que existieran mecanismos de control público previos.

Sin embargo, la autorización administrativa no era probablemente el mecanismo más adecuado para la evitación del fraude en el acceso a las prestaciones de desempleo en este tipo de reducciones y suspensiones cuando, para quien tuviera la intención de defraudar al sistema, existían otras posibilidades que, con menor esfuerzo, también podían conducir al mismo abuso⁸⁵. Pero,

⁸³ El art. 47 ET del ET, en la redacción del texto refundido de 1995 (RD legislativo 1/1995, de 24 de marzo) establecía lo siguiente: *La autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa.*

⁸⁴ Fue habitual el establecimiento de estos beneficios adicionales para la prestación por desempleo en el caso de las suspensiones y reducciones de jornada por reconversión industrial. Por ejemplo, art. 21 de la Ley 27/1984, de 26 de julio; o art. 1 RD 1990/1984, de 17 de octubre.

⁸⁵ Cuando por ejemplo se producía la extinción de un contrato a tiempo completo por causa ETOP y una posterior contratación a tiempo parcial, que permitía mantener la prestación de

curiosamente, cuando se eliminó la autorización administrativa, se mantuvieron durante mucho tiempo resquicios descoordinados en la normativa de seguridad social que reproducían el espíritu desconfiado y reticente de antaño sobre el acceso a la prestación por desempleo parcial, que complicaban su comprensión y dificultaban su aplicación⁸⁶. En definitiva, la historia de los ERTE en España ha sido una historia de desconfianza y olvido, que de un lado establecía mecanismos para favorecer su uso (como el acceso a la prestación por desempleo o la desaparición de la autorización administrativa), aunque, de otro lado, se resistía a integrarlo de manera normal y no patológica en el sistema de relaciones laborales.

Los ERTE Covid han servido para alterar esta percepción, que se ha logrado a base de promover su utilización y resituar los instrumentos de control no tanto a priori como a posteriori. La emergencia y la necesidad de dar respuesta inmediata a situaciones que no admitían demora permitieron ver que muchas de las cautelas y reticencias se habían sobredimensionado. También se consiguió su promoción simplificando su uso y dinamizando su procedimiento para permitir su continua adaptabilidad. El RDL 32/2021 no altera el tratamiento normativo de la autorización que existía antes de la pandemia, y que se mantiene para el ERTE de fuerza mayor aunque no para el ERTE ETOP. Pero sí que ha incorporado una visión menos hostil ante el ERTE, que endurece las sanciones y las informaciones debidas, pero que confía en las declaraciones responsables, por ejemplo, para el acceso a los beneficios en la cotización a la seguridad social vinculados a la formación (DA 39. 5 LGSS) acompañado todo ello con la entrada en escena de nuevos entes encargados de la supervisión de parte de sus aspectos (por ejemplo, el SEPE respecto a la actividad formativa).

(iii) LA INTEGRACIÓN DE LA FORMACIÓN EN LA DINÁMICA DE LOS ERTE. El contenido formativo se inserta en el funcionamiento de los ERTE, hasta el punto de condicionar el acceso a los beneficios previstos. Todas las modalidades de ERTE, excepto los de fuerza mayor, establecen como condición para acceder a las exenciones de cotización de la DA 39 LGSS que se lleven a cabo acciones formativas. En esta ocasión, sin embargo, a diferencia de la regulación anterior del antiguo art. 47 ET, que hacía una mera declaración de intenciones⁸⁷, las referencias a la formación se integran en el texto de los nuevos art. 47 y 47 bis de modo natural, condicionando el

desempleo con la reducción proporcional correspondiente al posterior contrato a tiempo parcial. STS de 5 de mayo de 2004, rec. 2092/2003.

⁸⁶ Por ejemplo, durante muchos años estuvo vigente el art. 1.4 RD 625/1985, de 2 de agosto, que requería autorización administrativa para acceder a la prestación de desempleo parcial por ETOP, aunque dicha autorización ya había desaparecido. Esta referencia a la autorización para el acceso a la prestación se mantuvo hasta que fue derogada por RD 1483/2012, de 29 de octubre.

⁸⁷ El antiguo art. 47.4 ET establecía lo siguiente: *Durante las suspensiones de contratos o las reducciones de jornada se promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la*

acceso a los incrementos de crédito para la financiación de acciones del sistema de formación profesional para el empleo y el acceso a las correspondientes exenciones. Las características de este nuevo sistema son las siguientes:

Primero, el incremento en el crédito para la financiación de acciones formativas que programen y realicen las empresas que apliquen los art. 47 o 47 bis ET, tiene formulación concreta en un nuevo apartado 7, añadido al art. 9 de la actual ley de Empleo (Ley 30/2015, de 9 de septiembre). Este nuevo precepto establece cuantías adicionales a percibir por la empresa que lleve a cabo esta formación, que se configuran para cada persona trabajadora implicada y que son mayores para las empresas de menores dimensiones⁸⁸.

Segundo, el cuadro de exenciones a la cotización empresarial por contingencias comunes cuando se aplica la reducción/suspensión prevista en los art. 47 o 47 bis aparece de modo detallado en un nuevo precepto, la DA 39 LGSS, que se titula “Beneficios en la cotización a la seguridad social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al mecanismo RED”. Este precepto establece diferencias en las cuantías de las exenciones según el tipo de ERTE de que se trate: ETOP (20 %); fuerza mayor ordinaria (90 %) –que no requiere acción formativa–; fuerza mayor por limitación o impedimento (90 %) –que no requiere acción formativa–; mecanismo RED cíclico (entre 20 y 60 %); o mecanismo RED sectorial (40 %). Pero la principal relevancia de la DA 39 es que las exenciones que contempla única y exclusivamente son aplicables en el caso de que se lleve a cabo la formación profesional para el empleo en los términos establecidos en la DA 25 ET y en la DA 39 LGSS, que configuran los ejes de su regulación jurídica. La formación aparece de modo permanente y continuo, a lo largo de todos los preceptos del RDL 32/2021 que, de modo directo o indirecto, se refieren a los ERTE, tanto en el ámbito de la norma laboral, como de seguridad social o de infracciones y sanciones, aunque en realidad, la formación no es requisito imprescindible para el acceso a ninguna de las modalidades de ERTE previstas en el ET, sino solo a sus beneficios, particularmente exenciones de seguridad social.

Tercero, el alcance de esta formación requerida para acceder a los beneficios vinculados a los ERTE se encuentra en la DA 25 ET, que regula los aspectos relacionados con el contenido de la formación; y en la DA 39 LGSS, que se refiere al procedimiento de acceso a los beneficios, a la verificación de

actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad.

⁸⁸ El nuevo art. 9.7 de la ley 30/2015 (introducido por el art. 4 del RDL 32/2021) establece que el incremento de crédito para la financiación de acciones formativas será de 425 euros por persona en las empresas de menos de 10 personas trabajadoras; de 400 euros por persona en las empresas entre 10 y 49 personas trabajadoras; y de 320 euros en las empresas de 50 o más personas trabajadoras.

la formación, a los requisitos necesarios para tener derecho a las exenciones y a las consecuencias de la falta de cumplimiento de los requisitos formativos

El contenido de la formación prevista en la DA 25 ET no solo se refiere a las necesidades que pudieran tener las personas trabajadoras respecto a las empresas en las que se encuentran. Es posible también una formación de recualificación en sentido extenso, *aunque no tenga relación directa con la actividad desarrollada en la empresa*. Con esta misma perspectiva se establece en la DA 25 que la formación tendrá como objetivo no solo la *mejora de las competencias profesionales* sino también la *empleabilidad* de las personas trabajadoras. De hecho, el único condicionante que establece la DA 25 ET respecto al contenido de la formación es que atienda a las necesidades formativas “reales” de las empresas y de las personas trabajadoras, una palabra en principio indeterminada que tiene una importante dimensión limitativa o causal, tal y como más abajo se expone.

Las acciones formativas que dan lugar a dichas exenciones no vienen determinadas por su conexión directa con el trabajo presente, y ni siquiera con el eventual trabajo futuro en la misma empresa, sino más bien por el marco extenso delimitado, en general, por tres espacios formativos: (i) la formación profesional reglada (regulada en la LO 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional); (ii) la formación profesional para el empleo (prevista en la Ley de Empleo, Ley 30/2015, de 9 de septiembre), integrada en el marco de las políticas activas de empleo; y (iii) la formación prestada “a través de cualquier otro sistema de formación acreditada” (DA 25 tercer párrafo *in fine*).

Resulta evidente que este tercer bloque de formación justificativa para el acceso a las exenciones es el más impreciso, pero también es claro que resultaba necesaria una cláusula abierta para poder incorporar las formaciones correspondientes a sistemas formativos de otros países; o las formaciones que pudieran habilitarse en el futuro más allá de las normas referidas en el propio precepto cuando en el momento actual se está acometiendo la reforma de la formación reglada y de la formación profesional para el empleo. La clave, en este tercer bloque, es que la formación admisible debe estar “acreditada”. Debe, asimismo, señalarse, que así como la formación profesional reglada y la formación del sistema de formación profesional para el empleo gozan de presunción de adecuación y legitimidad para el acceso a las exenciones al estar expresamente mencionadas por la DA 25, no sucede lo mismo en el caso de formaciones “acreditadas” al margen de ellas, que deberán probar que se adecuan a lo previsto en la DA 25 ET, particularmente en relación con su virtualidad para atender las necesidades de formación “reales” de las empresas.

La formación integrada en los ERTE es, desde el punto de vista de su contenido concreto, una prerrogativa empresarial. No hay previsión expresa en la nueva DA 25 ET de que la persona trabajadora tenga derecho a escoger o siquiera sugerir ninguna formación concreta, pero ello no significa que la

elección del curso o de la formación en cada caso quede al margen de la situación particular de cada persona trabajadora. En efecto, la DA 25 ET hace expresa referencia a la necesidad de que la formación se acomode a las necesidades formativas reales de las empresas y de las personas trabajadoras, lo que implica que la formación debe formularse teniendo en cuenta la situación de la persona y sus expectativas. De no tenerse en cuenta las necesidades de la persona trabajadora ésta tendría capacidad para reclamar que este requisito se cumpla, e incluso probablemente también tendría derecho a impugnar judicialmente la eventual extinción posterior que se produjera.

Cuarto, no hay previsión concreta acerca del momento en que deberá llevarse a cabo la formación, más allá de la referencia general a que podrá realizarse tanto en los momentos de actividad como de inactividad (DA 25 último párrafo). Se configura de este modo una obligación de asistencia a la formación en los términos generales en que ésta esté prevista, limitada tan solo por dos elementos: (i) El derecho legal al descanso: Aunque no lo dice expresamente la DA 25, deberá respetarse también toda la normativa sobre tiempo de trabajo, incluyendo también la que se encuentra en convenio colectivo; (ii) El derecho a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar: Adviértase que el momento de la formación no solo deberá acomodarse a los derechos de ausencia relacionados con el cuidado (respetando los momentos correspondientes a reducciones de jornada por cuidado de hijos o dependientes; o permisos de cuidado), sino que deberá respetar, en general, los derechos de conciliación, en su dimensión constitucional, lo que requiere que en cada caso se maticen los derechos y obligaciones vinculados a la prestación de servicios laborales para que el ejercicio del derecho de conciliación pueda ser efectivo (STC 26/2011, de 14 de marzo⁸⁹).

Quinto, la verificación de la realización de las acciones formativas se atribuye al SEPE. La Inspección de Trabajo tiene atribuidas funciones de control de la normativa sobre exenciones aplicables a los ERTE, pero se trata de una competencia que no afecta a la realización de la actuación formativa, sino a otras materias (veracidad de las declaraciones responsables o informaciones; indebida existencia de actividad laboral –DA 40 LGSS–).

La tarea de verificación de las actuaciones formativas que corresponde al SEPE es una actividad de comprobación que no entra en la valoración de la calidad, implicación o aprovechamiento de la formación, sino que se limita

⁸⁹ En el fundamento sexto de la STC 26/2011, de 14 de marzo puede leerse lo siguiente: ... *la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar.*

al aspecto puramente fáctico de advertir si la empresa ha puesto a disposición de las personas trabajadoras las correspondientes acciones formativas. Si no fuera así se producirán dos efectos:

(i) Se comunicará por el SEPE a la Inspección de Trabajo a efectos de que se inicien los expedientes sancionadores oportunos respecto de cada una de las personas trabajadoras afectadas (DA 39.8 tercer párrafo LGSS). Probablemente procedería la consideración como infracción muy grave, dado que se produce el acceso indebido a una ayuda para el empleo (art. 16.1.d LISOS). La DA 39.8 establece que los expedientes sancionadores se iniciarán respecto de “cada una” de las personas trabajadoras, lo que podría entenderse que permite la aplicación de una sanción por cada una de las personas afectadas, aunque lo cierto es que el art. 16. 1 último párrafo de la LISOS establece que este tipo de incumplimientos solo da lugar a una sanción por cada empresa y acción formativa.

(ii) Se deberá proceder por parte de la empresa al reintegro de las exenciones aplicadas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes. Dicho reintegro no se producirá cuando la formación no se hubiera realizado pero la empresa acreditara que ha puesto a disposición de la persona trabajadora las acciones formativas (DA 39.8 ET). Es interesante destacar que es irrelevante si la falta de realización de esta formación se ha producido por causa justificada o injustificada por parte de la persona trabajadora. Cabría pensar, en todo caso, que la empresa tiene responsabilidad si la formación no puede llevarse a cabo por una causa justificada de la que ha sido advertida, por ejemplo, una enfermedad previa. En definitiva, hay diversos elementos a tener en cuenta a la hora de comprobar que la “puesta a disposición” de la formación por parte de la empresa se ha producido de modo adecuado.

Sexto, el acceso a las exenciones vinculadas a la formación tiene un condicionante de gran interés: el derecho a ellas está condicionado al mantenimiento del empleo de las personas afectadas al menos durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del ERTE. Es la clásica obligación de los ERTE Covid, que pretende evitar que las exenciones se produzcan cuando ya existía la voluntad de extinguir el contrato. Por ello la devolución de estas exenciones no se deberá producir cuando el contrato se extingue en ese plazo de seis meses por causa justificada (despido procedente) o por extinción natural del contrato (dimisión, muerte, jubilación, incapacidad permanente, fin de llamamiento en fijo discontinuo, o fin del contrato temporal).

Tampoco procederá la devolución de las exenciones cuando la actividad objeto de contratación no pueda realizarse de modo inmediato. Esta es una referencia inusual en la normativa, que ahora resulta necesaria porque el RDL prevé dos situaciones en las que la persona trabajadora estará sin

prestar actividad, pero a la espera de la misma: una, es el periodo de espera del fijo discontinuo al finalizar la contrata; y, la otra, es el periodo de inactividad entre obras del contrato indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción.

(iv) **PROCEDIMIENTOS MÁS DINÁMICOS:** Hay un alto contenido de naturaleza estrictamente procedimental en las normas de ERTE del RDL 32/2021 como, de otro lado, ha sido habitual en las normas ERTE de la crisis sanitaria y como también sucedía en el antiguo art. 47 ET. Al incorporarse nuevas modalidades de ERTE se ha producido también una expansión de trámites y efectos administrativos, cada uno con sus plazos y peculiaridades, que endurece la lectura de los nuevos art. 47 y 47 bis, pero que resulta imprescindible en una materia en la que la tramitación está vinculada al ejercicio de los derechos y en la que las garantías objetivas deben extremarse al estar vinculadas a la gestión de fondos públicos.

– La mayoría de los cambios que se realizan por el RDL 32/2021 en el art. 47 ET se refieren al procedimiento, y tienen como objetivo simplificar el acceso y dinamizar la aplicación de estos ERTE por causa ETOP. Por ejemplo, en la DA 39 ET se establece que la comunicación de la declaración responsable sobre las acciones formativas del ERTE “deberá” realizarse por medio del sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la seguridad social, continuando con la expansión de los mecanismos obligatorios de comunicación por medios electrónicos que autoriza el art. 14 de la Ley 39/2015 y que está generalizado en la Administración de seguridad social. Asimismo, se introduce una nueva DA 42 en la LGSS, que anuncia la creación por vía reglamentaria de una especie de ventanilla única para que la tramitación de los ERTE (en cualquiera de sus modalidades) se tramite por medio de un procedimiento único, que evite la duplicación de gestiones ante el SEPE y la Tesorería de la seguridad social. Este mecanismo recuerda el sistema que rigió durante la crisis sanitaria, en el que la prestación de desempleo iba conectada al ERTE.

– El procedimiento de ERTE por causa ETOP del nuevo art. 47 ET se mantiene en sus aspectos esenciales respecto a lo que se establecía en el anterior art. 47 ET, aunque se acortan los plazos: (i) se establece que el periodo de consultas no durará más de siete días en el caso de las empresas de menos de cincuenta personas trabajadoras, y se mantiene el periodo de duración máximo de quince días para el resto de empresas con mayores dimensiones. Es una referencia que tiene un efecto más simbólico que real, porque nada impide que las partes sigan negociando más allá del tiempo de duración máximo establecido⁹⁰. (ii) También se reducen los plazos para la constitución de la comisión representativa en la que se llevarán a cabo las consultas (art. 47.3 ET).

⁹⁰ SAN de 26 de mayo de 2014, Rec. 25/2014.

– Los aspectos que imprimen mayor dinamismo al procedimiento de ERTE y que caracterizan la reforma operada son los que permiten la permanente adaptación del mismo a las circunstancias concurrentes y que, en síntesis, son los siguientes:

- a) En principio, los ERTE, en cualquiera de sus modalidades, se conciben desde un principio como mecanismos con un alto grado de concreción a posteriori. Las actuaciones a realizar no deben estar delimitadas en su totalidad en el momento en que se inicia el expediente, sino que pueden concretarse con posterioridad. Los aspectos que deberán constar tienen alcance meramente referencial: primero, deberá constar el periodo dentro del cual se va a llevar a cabo la reducción o la suspensión (art. 47.7.b.1º ET) algo que ha sido la nota característica de los ERTE de pandemia y que resulta acomodado a su finalidad y naturaleza. Por tanto, no será necesario establecer una duración taxativa y cerrada. Dentro de este parámetro referencial podrá desarrollarse el sistema de afectación y desafectación de personas concretas; y, segundo, deberá constar el porcentaje máximo de reducción de jornada o el número máximo de días de suspensión, pero no será necesario especificar a priori cuál será su concreto alcance.
- b) El art. 47.4 ET establece un sistema de prórroga automática del ERTE, que requiere llevar a cabo periodo de consultas (con plazos más reducidos), seguir el procedimiento previsto en el art. 47.3 ET y comunicar a la Autoridad Laboral. No es un sistema que requiera acuerdo, porque la decisión de prórroga corresponderá a la empresa, del mismo modo que la decisión inicial. Este mecanismo agiliza notablemente el procedimiento si se mantienen las circunstancias del ERTE inicial dado que evita tener que iniciar un nuevo procedimiento de ERTE. La prórroga automática tiene los mismos efectos que la solicitud inicial y también las mismas posibilidades de impugnación, por lo que no queda exenta de control a posteriori. Este sistema de prórroga automática se aplica solo en el caso de ERTE ETOP y de ERTE del mecanismo RED, pero no se aplica en el caso de los ERTE de fuerza mayor, que requieren siempre nuevo procedimiento y nueva autorización. Resulta interesante destacar que, aunque el ERTE del mecanismo RED requiere también autorización (como en el caso de ERTE de fuerza mayor), sí que admite la prórroga automática en los términos establecidos para el ERTE por causa ETOP.
- c) Todas las modalidades de ERTE (incluyendo las de fuerza mayor) admiten el sistema de afectación y desafectación que ha caracterizado los ERTE de la crisis sanitaria, lo que posibilita una permanente adaptación del alcance del ERTE a la variación de las circunstancias.

Requiere información previa a la representación legal de las personas trabajadoras y comunicación a la entidad gestora de las prestaciones y a la Tesorería de la Seguridad Social.

- d) Se produce una ordenación y clarificación del sistema de cotización a la seguridad social durante la situación de ERTE que no supone cambios relevantes respecto a la normativa anterior, pero que sirve para simplificar y para resolver cuestiones que se planteen en previsión de un probable incremento futuro en el uso de estas figuras (nuevo art. 153 bis y art. 273 LGSS)

(v) ESTABLECIMIENTO DE GARANTÍAS CONTRA EL EFECTO SUSTITUCIÓN: A efectos de proteger la inversión pública en el sistema de ERTE el RDL 32/2021 establece una serie de garantías dirigidas a evitar que las empresas realicen contrataciones externas o aumenten la jornada de las personas trabajadoras mientras mantienen a otras en ERTE. Por ello en el art. 47.7 d se establece la prohibición de que, durante el tiempo de ERTE, se realicen horas extraordinarias, se realicen externalizaciones de actividad o se concierten nuevas contrataciones laborales. Es una garantía contra el efecto sustitución que se parece a la establecido en los ERTE de la crisis sanitaria, aunque tiene una peculiaridad: la prohibición no operará cuando las personas trabajadoras del centro afectado por el ERTE no puedan “desarrollar las funciones encomendadas” por cuestiones relacionadas con la formación, capacitación “u otras razones objetivas y justificadas”. En estos casos la empresa deberá informar previamente a la representación legal de las personas trabajadoras.

Lo que está previendo la norma es la posibilidad de que se pueda contratar a otras personas trabajadoras, o externalizar o suscribir horas extraordinarias para sustituir a las personas titulares que se encuentran en formación; y también a aquellas que se encuentren en situaciones suspensivas de otra naturaleza (permiso por nacimiento, incapacidad temporal etc.)

Por lo demás, el requisito de mantenimiento del empleo durante los seis meses posteriores a la finalización del ERTE se refiere exclusivamente al caso de aplicación de exenciones de seguridad social (DA 39. 10 LGSS), por lo que no resultará de aplicación cuando no se acceda a estas exenciones.

(vi) INCREMENTO DE LOS MECANISMOS ESPECÍFICOS DE CONTROL: El nuevo sistema de ERTE refuerza considerablemente los mecanismos de control externo, incrementando los mecanismos de cooperación interinstitucional y extendiendo el derecho de las instituciones al acceso a los datos automatizados. Es un incremento de los mecanismos de control que procede de los tiempos de los ERTE Covid, y que deriva de la menor rigurosidad para el acceso al ERTE y a sus beneficios. Era, por ejemplo, poco habitual hasta ahora que se posibilitara el acceso a una exención de seguridad social a partir de una declaración responsable de la empresa de realización

de acciones formativas. Esa declaración responsable está, en cambio, expresamente prevista en la DA 39.5 ET para acceder a la exención ERTE por actividad formativa.

Este incremento del control se hace particularmente evidente en el caso de la formación que da lugar a las correspondientes exenciones. Al efecto, se incorporan nuevos entes con competencias de control (el SEPE, para la verificación de la realización de la formación) y se articulan intensos mecanismos de coordinación e intercambio de información entre instituciones. De hecho se prevé en la DA 39. 8 ET una actuación institucional conjunta en materia de control de la formación, que implica intercambio de información entre la Tesorería General de la Seguridad Social (que dispone de la información de las exenciones), el SEPE (que es el órgano encargado de verificar la formación vinculada a las exenciones) y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Además de este sistema general de colaboración institucional en el control de la actividad formativa de los ERTE, en la normativa específica del mecanismo RED se establece un sistema de control conjunto coordinado entre el SEPE y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 47. Bis. 5 c) que consistirá en la programación de actuaciones periódicas y de ejecución continuada en esta materia. La previsión de coordinación en la programación de acciones de control de la Inspección y el SEPE en el mecanismo RED es consecuencia del carácter general del mecanismo RED, que requiere programas de actuación global, que van más allá del control individualizado por parte de cada empresa de las obligaciones formativas contraídas a efectos de acceder a las correspondientes exenciones de seguridad social.

Asimismo, la nueva DA 26 ET establece el derecho de todas las instituciones implicadas en los procedimientos ERTE a acceder a los datos incorporados a los procedimientos automatizados. Dichas instituciones son la Tesorería General de la Seguridad Social, el SEPE y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Aparece otra mención específica a esta potestad de acceso a los datos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el art. art. 47. Bis. 5 último párrafo ET con relación al mecanismo RED.

(vii) ESTABLECIMIENTO DE SANCIONES ESPECÍFICAS: La aplicación de medidas de ERTE sin aplicación del procedimiento establecido era (y sigue siendo) infracción muy grave, conforme a lo establecido en el art. 8.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que con el RDL 32/2021 se modifica para que consten expresamente el mecanismo RED y el art. 47 bis ET. Mayor relevancia tienen las nuevas infracciones que se establecen, que sirven para completar el marco de las prohibiciones de nuevas contrataciones y de externalización establecidas en el nuevo art. 47.7.d ET. Así, si se realizan nuevas contrataciones incumpliendo esta prohibición se producirá una infracción grave por cada una de las contrataciones realizadas.

Si se realiza una externalización contraviniendo la prohibición establecida, se incurrirá en infracción muy grave.

2.2. El alcance del nuevo ERTE ETOP

– La reforma operada por el RDL 32/2021 en el art. 47 ET por causa ETOP no afecta a sus causas, que se mantienen respecto a las causas establecidas en el antiguo art. 47 ET que son también a su vez (casi) las mismas que permiten el despido por causa ETOP (art. 51 ET). No podía ser de otra manera, dado que la reducción/suspensión ETOP no pretende crear nuevos supuestos, sino absorber los supuestos que daban lugar al despido ETOP. La única diferencia entre las causas ETOP que actualmente posibilitan el despido del art. 51 ET y las que habilitan la reducción/suspensión ETOP del nuevo art. 47.2 se refiere a la causa económica, que en el caso del despido requiere una disminución de ingresos o ventas durante tres trimestres y, en el caso de la reducción/suspensión, sigue requiriendo, como hasta ahora, dos trimestres consecutivos. En el contexto actual es una diferencia que promociona la reducción/suspensión ETOP frente al despido, siquiera porque permite actuar antes frente a la crisis.

– También se mantiene sin apenas cambios la regulación de los efectos de la reducción/suspensión por causa ETOP, que admite reclamación en proceso individual y en procedimiento colectivo cuando concurren los requisitos para ello, y que concluye con la declaración de la reducción/suspensión como justificada o injustificada. Solo se incorpora una corrección puntual, para referir expresamente la obligación por parte de la empresa, en el caso de que la reducción/suspensión fuera declarada injustificada, de ingresar las diferencias en la cotización que correspondieran, lo que es consecuente con los beneficios en la cotización que se establecen en el RDL 32/2021 cuando se asumen obligaciones formativas.

2.3. El alcance del nuevo ERTE por fuerza mayor temporal: las nuevas y las viejas emergencias

El ERTE por fuerza mayor tiene ahora dos modalidades: de un lado, el art. 47.5 ET se refiere a los supuestos clásicos de fuerza mayor; de otro lado, el art. 47.6 trata un subtipo de fuerza mayor, vinculado a una “decisión adoptada por la autoridad pública competente”.

2.3.1. El ERTE por fuerza mayor ordinaria (art. 47.5 ET)

El RDL 32/2021 ha reconfigurado en su estructura y forma el art. 47 ET para que la situación de fuerza mayor tenga un espacio de mayor relevancia. En el pasado no existía un compromiso público y social con la fuerza mayor

como el que ahora tenemos. La crisis sanitaria ha mostrado la necesidad de la intervención pública en un determinado tipo de fuerza mayor (el de pandemia), pero el momento que vivimos también evidencia la necesidad de actuar desde la sociedad hacia otro tipo de situaciones de fuerza mayor que han sucedido en los últimos años, algunas por catástrofes inevitables de la naturaleza (como la erupción del volcán de la isla de La Palma), y otras por desastres vinculados al cambio climático (tormentas, inundaciones o sequías).

Era preciso que el procedimiento de ERTE por fuerza mayor se estableciera de modo expreso en el art. 47. Con anterioridad al RDL 32/2021 el procedimiento de ERTE por fuerza mayor era una llamada sin mayores especificaciones o precisiones al procedimiento para la extinción por fuerza mayor del art. 51.7 ET. Esta llamada genérica a la extinción por fuerza mayor provocaba inevitablemente la percepción de que el mecanismo central o matriz en caso de fuerza mayor era la extinción, y que la suspensión por esta causa tenía un papel secundario o marginal. El nuevo art. 47.5 ET adopta ahora un papel central, no solo en su dimensión y en el hecho de que refleja expresamente el procedimiento de aplicación del mecanismo, sino sobre todo porque es un punto de referencia que se aplica, siquiera parcialmente, a otros tipos de ERTE, como los ERTE RED del art. 47. bis ET.

El procedimiento de ERTE por fuerza mayor del art. 47.5 ET es el mismo que se encuentra regulado para la extinción por fuerza mayor en el art. 51.7 ET en todos sus aspectos, incluyendo actuaciones, plazos y la necesaria autorización administrativa con la que concluye el procedimiento. De hecho, sigue existiendo una remisión al art. 51.7 ET y también a las disposiciones reglamentarias de aplicación. Hay un elemento nuevo en el procedimiento que adquiere, sin embargo, gran relevancia: se establece que si la autoridad laboral no dicta resolución en el plazo de cinco días desde la solicitud se entenderá autorizado el ERTE. De este modo el mecanismo de silencio administrativo positivo se instala en el procedimiento de ERTE por fuerza mayor diferenciándose del mecanismo aplicable en caso de extinción por fuerza mayor del art. 51.7 ET. Esta presunción de adecuación del ERTE evidencia que la nueva regulación aspira a configurar la reducción/suspensión por fuerza mayor como el mecanismo normal de actuación ante situaciones de fuerza mayor. El silencio administrativo positivo otorga al ERTE por fuerza mayor un gran dinamismo en su funcionamiento, posibilitando que las prestaciones y exenciones se produzcan con carácter inmediato, como requiere la gravedad de las situaciones que lo originan.

No se ha querido, sin embargo, extender esta automaticidad al momento de la eventual prórroga del ERTE por fuerza mayor, del modo en que se encuentra previsto para el ERTE por causa ETOP. Por ello, si se mantiene la fuerza mayor más allá del periodo de ERTE establecido, será necesario iniciar un nuevo procedimiento, que deberá concluir con la correspondiente autorización, ya sea expresa o tácita por la aplicación del

silencio administrativo. Es una garantía de control de mantenimiento de la causa de fuerza mayor que se explica en el contexto de la amplitud de los beneficios establecidos.

Estos beneficios consisten en la aplicación de una amplia exención del 90% en la cotización empresarial de seguridad social por contingencias comunes, mayor que la que se prevé para el resto de situaciones de ERTE, que se aplica con carácter automático y sin necesidad de que se lleven a cabo las iniciativas formativas que, para el resto de exenciones de seguridad social por ERTE, establece la DA 39 LGSS.

2.3.2. ERTE por limitación o impedimento

La sombra de los ERTE de la crisis sanitaria se proyecta en todo el texto del RDL 32/2021. Se advierte en la forma en que se han diseñado los nuevos ERTE del mecanismo RED, en la reconfiguración de los ERTE clásicos y en los incentivos aplicables. En cierta manera el sistema de ERTE del RDL 32/2021 es una continuación del sistema de ERTE de la crisis sanitaria, reformulada y diversificada en atención a situaciones que, siendo también extraordinarias, entran ya en la dinámica ordinaria de gestión empresarial y de las circunstancias económicas. Los ERTE de fuerza mayor son buen ejemplo de esta continuidad, pero es sobre todo el ERTE por fuerza mayor del art. 47.6 ET el que más claramente recuerda los ERTE de la pandemia, porque hace expresa referencia a los *impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública*.

Reproduce, de este modo, el art. 47.6 ET, incluso con la misma terminología (impedimentos o limitaciones) las situaciones que durante la crisis sanitaria permitieron la aplicación de los ERTE. El mecanismo del nuevo art. 47.6 ET, sin embargo, no absorbe los ERTE de pandemia vigentes en el momento en que entró en vigor el RDL 32/2021, que seguirán rigiéndose por lo establecido en el RDL 18/2021, de 28 de septiembre, que prorroga los ERTE de pandemia hasta el 28 de febrero de 2022 (Disposición Adicional tercera RDL 32/2021).

El ERTE del art. 47.6 ET no establece peculiaridades de procedimiento o de régimen jurídico sustancialmente diferentes de las establecidas para el ERTE de fuerza mayor ordinario en el art. 47.5 ET. Tan solo existen precisiones en la documentación que debe presentarse (que deberá referirse a la existencia de impedimentos o limitaciones derivadas de la decisión administrativa), precisiones sobre el alcance de la autorización (que procederá si se entienden justificadas las limitaciones o impedimentos referidos) y una exención del requisito de preceptivo informe de la Inspección de Trabajo y seguridad Social, que pasa a ser potestativo.

Con todo, el rasgo más característico del ERTE regulado en el art. 47.7 ET no es su procedimiento. Tampoco tiene caracteres especiales en su régimen jurídico que le diferencien del ERTE por fuerza mayor ordinaria. Su mayor interés es que identifica una causa específica de fuerza mayor, describiendo la situación que se produjo durante la pandemia (decisión administrativa de cierre o confinamiento), pero expandiéndola a cualquier otra que implique el impedimento o la limitación de la actividad como consecuencia de la decisión adoptada por una Autoridad Pública. Aunque el precepto pone como ejemplo las decisiones orientadas a la protección de la salud pública (lo que recuerda los ERTE de la pandemia) lo cierto es que el ámbito de este ERTE de fuerza mayor específico es sensiblemente mayor, porque hace referencia a todas las decisiones administrativas que provocan impedimentos o limitaciones en la actividad. El ERTE del art. 47.7 ET procederá cuando concurra una decisión de la Autoridad competente que provoca una limitación o impedimento de la actividad.

Con todo, resulta evidente que el nuevo art. 47.7 ET no está habilitando el ERTE automático cuando se produzca cualquier decisión administrativa que imposibilite, en todo o en parte, el desarrollo de la actividad empresarial. El apartado c) del art. 47.7 ET señala que la Autoridad Laboral autorizará el expediente si se entienden “justificadas” las limitaciones o impedimentos, lo que implica que la autorización se producirá previo análisis y valoración de la decisión administrativa y de su conexión con las limitaciones o impedimentos. También implica que se valorará la naturaleza de la propia decisión administrativa para determinar si procede o no dicha autorización.

A la hora de determinar el alcance de esta justificación puede ser ilustrativa la figura del “*factum principis*” (o “*hecho del príncipe*”), una doctrina administrativa de larga tradición que se aplica en el ámbito de los contratos en el sector público y que actualmente encuentra su formulación en el art. 290.4.b de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos en el sector público⁹¹. Esta antigua doctrina permite restablecer el equilibrio del contrato cuando durante la vigencia del mismo se produce una decisión administrativa que, aunque no lo persigue, rompe el equilibrio del mismo. Vendría a ser una modalidad de la cláusula “*rebus sic stantibus*” cuya causa es una decisión de cualquier Administración Pública, no necesariamente la misma que llevó a cabo el contrato cuyo reequilibrio se plantea⁹². Ciertamente la doctrina del “*factum principis*” no se corresponde totalmente con el supuesto recogido

⁹¹ Art. 290.4.b Ley 9/2017: *Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:...* b) *Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.*

⁹² Así lo señaló el Informe 61/08 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado del 31 de marzo de 2009, al considerar que concurría “*factum principis*” por la mayor onerosidad en la ejecución de un contrato con un Ayuntamiento como consecuencia de la aprobación de nuevas normas medioambientales.

en el nuevo art. 47.7 ET, dado que no hay un contrato administrativo previo del que deriven obligaciones para una parte que ésta quiere reformular al haberse modificado las circunstancias y los equilibrios contractuales por la propia Administración. Pero los rasgos característicos del “factum principis” pueden ser de utilidad para establecer los caracteres y las limitaciones de la figura contemplada en el art. 47.7 ET. De hecho la figura del “factum principis” no es ajena a la jurisdicción social, que lo aplica como acto gubernativo justificativo de extinción o suspensión del contrato⁹³.

Conforme a esta doctrina, la decisión administrativa debe ser obligatoria, general e imprevisible⁹⁴. Por ello probablemente no admitiría la aplicación del ERTE del art. 47.7 ET, al no ser una decisión de carácter general, el cierre temporal de una empresa motivado por orden de la Autoridad Gubernativa que fuera consecuencia de una actuación puntual en materia de prevención de riesgos laborales o de condiciones sanitarias del local; y tampoco las actuaciones que fueran consecuencia de sanciones impuestas a la empresa o que constituyeran acciones particulares ante situaciones concretas. Tampoco darían lugar a este tipo de ERTE por no tener carácter obligatorio las decisiones administrativas de carácter meramente recomendatorio. Y, finalmente, tampoco serían situaciones incluidas en el ámbito aplicativo del art. 47.7 ET las decisiones previsibles, como las que son consecuencia de planes de actuación o de normas que prevén una aplicación gradual o programada que permite anticipar y compensar sus efectos.

2.4. El nuevo ERTE del mecanismo RED (nuevo art. 47 bis ET)

La nota más relevante del procedimiento RED establecido en el art. 47. bis ET es que constituye un mecanismo de actuación general, ante situaciones de crisis generalizada, cuya trascendencia supera a la propia empresa. Se diferencian dos tipos de ERTE del mecanismo RED: el ERTE cíclico, o de crisis sistémica, que obedece a una situación de crisis económica de amplio espectro; y el ERTE sectorial, que resultaría aplicable en casos de reconversión sectorial.

Esta dimensión extraordinaria se advierte en los rasgos esenciales de su procedimiento. El mecanismo del art. 47. bis ET no se aplica con carácter automático, sino que requiere la autorización previa por medio de acuerdo adoptado en Consejo de Ministros. Es, por tanto, un ERTE en dos fases: (i) Requiere activación previa del Consejo de Ministros; (ii) En un momento posterior se produce la aplicación del ERTE al caso concreto por medio

⁹³ Por todas, STS de 10 de marzo de 1999, Rec. 2138/98. Más recientemente, equiparando el principio *factum principis* a fuerza mayor impropia, STS de 16 de diciembre de 2021, Rec. 209/2021.

⁹⁴ Sobre el alcance del principio “*factum principis*”, por todas, SSTs (contencioso administrativo) de 6 de mayo de 2021, Rec. 7119/2019; o de 11 de marzo de 2021, Rec. 3968/2020.

del procedimiento correspondiente al ERTE por fuerza mayor del art. 47.5 ET, lo que implica que requerirá autorización administrativa, precedido del procedimiento de consultas correspondiente al ERTE ETOP en los términos establecidos en el art. 47.3 ET (art. 47.bis 3 ET).

Por lo demás, el procedimiento establecido para el funcionamiento del ERTE del mecanismo RED es muy detallado en el texto de RDL 32/2021, lo que resulta casi inusitado en un procedimiento que está condicionado a Acuerdo del Gobierno y que, por tanto, podrá establecer en su momento las características más apropiadas a la situación extraordinaria que se produzca. Sin embargo, este tratamiento detallado tiene una importante virtualidad expositiva y casi docente, que pretende reflejar por escrito cuales son las medidas preparadas para ser aplicadas inmediatamente en caso de crisis generalizada, sin requerir siquiera desarrollo reglamentario.

2.4.1. Los tipos de ERTE RED

a) El ERTE cíclico

– Los ERTE cíclicos son ERTE de regeneración y reinicio en momentos de crisis generalizada. El art. 47.1.bis ET define la situación a la que se refieren como una *coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización*. Se trata de una crisis general, que excede de la crisis que pueden afrontar determinados sectores de actividad y que, por lo tanto, probablemente no tendrá una causa productiva, sino más propiamente una causa externa. Cabría pensar que este supuesto se refiere a situaciones similares a las que dieron lugar a la crisis financiera de 2008, aunque tal vez podría este supuesto aplicarse a otro tipo de crisis generales con efectos macroeconómicos, como las que pudieron derivar de situaciones políticas o de conflictos internacionales.

– Los ERTE RED cíclicos son mecanismos diseñados para tener una aplicación muy limitada en el tiempo y, de hecho, se configuran con una duración máxima de un año. Ciertamente esta duración podría ser aumentada, aunque no lo diga expresamente el art. 47.1.a ET, dado que el Consejo de Ministros sería soberano en su momento para establecer el alcance de las medidas que procedieran en supuestos tan extraordinarios. En todo caso, este interés de la norma por reducir su tiempo de aplicación evidencia su claro carácter regenerador, que aspira a que las cosas vuelvan a la normalidad lo antes posible. Ello explica el sistema gradual descendente con que se configuran las exenciones.

En efecto, los ERTE RED en su modalidad cíclica tienen un sistema gradual de exenciones a la cotización empresarial por contingencias comunes, de mayor cuantía en los primeros meses desde que se activa el procedimiento (60% en los primeros cuatro meses) que va disminuyendo en los

meses posteriores (30 % en los cuatro siguientes; y 20 % en los cuatro últimos meses) (DA 39.1.d LGSS). Asimismo, se establece la posibilidad de que, en el futuro, por medio de acuerdo del Consejo de Ministros, se establezcan exenciones específicas aplicables a las personas trabajadoras reactivadas. Se trata de un sistema que pretende reactivar el retorno a la actividad normal, que recuerda mucho el sistema de exenciones utilizado durante las fases de la pandemia que siguieron a las de confinamiento total de la primera época. Aunque ciertamente sería posible que el acuerdo de Consejo de Ministros que autorizara los ERTE del mecanismo RED estableciera exenciones diferentes de las expresamente recogidas en la DA 39 LGSS actual, la expresa mención que en este precepto se hace a las estrategias favorecedoras de la reactivación por medio de estas exenciones en el caso de los ERTE RED cíclicos es una verdadera declaración de intenciones acerca de su finalidad y alcance, que indican situaciones de reinicio en momentos de crisis generalizada. Su objetivo es el de cerrar la crisis y volver a la situación anterior. Por ello se establece una duración máxima de un año, sin previsión de prórroga (aunque ello ciertamente podría producirse de llegar el caso, porque la acción del Consejo de Ministros futura atenderá a las circunstancias concurrentes en aquel momento). En todo caso, la duración corta que se prevé, anticipa que se trata de una situación que deberá derivar hacia soluciones estructurales, y que por ello no procede su mantenimiento en el tiempo más allá del tiempo imprescindible para el diseño y aplicación de las mismas.

– En el ERTE RED cíclico el objetivo formativo es imprescindible para la aplicación de los beneficios establecidos en materia de seguridad social (DA 39 LGSS), pero no forma parte propiamente de la esencia de esta figura. Dado que la causa de la crisis en esta modalidad de ERTE RED es ajena al tejido productivo y a las dinámicas empresariales internas, resulta claro que su objetivo no es propiamente regenerar la fuerza de trabajo mediante una recualificación localizada, destinada a contribuir a la regeneración de una determinada industria o sector de actividad (como en el caso del ERTE sectorial), sino mantener la actividad empresarial y vincular a ella la fuerza de trabajo para evitar la pérdida de empleos, al menos mientras se aplica. El ERTE RED cíclico en este aspecto es similar al que se produjo durante la crisis sanitaria, aunque los supuestos similares a la pandemia tienen previsión casi a medida en el nuevo art. 47.6 ET, por lo que parece que verdaderamente el ERTE RED cíclico del art. 47.bis. 1.ª ET tiene en mente otras situaciones de crisis generalizada que no tienen vinculación con decisiones administrativas. El supuesto que más se asemeja a la situación que prevé podría ser la crisis financiera de 2008.

b) El ERTE sectorial

– El art. 47.bis.1.b contempla la posibilidad de ERTE RED de carácter sectorial cuando concurren cambios “permanentes” que implican necesidades de “recualificación y de procesos de transición profesional”, en uno o varios sectores de actividad. El supuesto al que se refiere es el de reconversión

sectorial que tantas veces se ha producido, con diferentes causas y diferente alcance, en las últimas décadas en España (reconversión industrial de los 80; reconversión minera y naval de los 90; o reconversión de transición energética en la actualidad).

– El contenido formativo es parte sustancial del ERTE RED de carácter sectorial porque es también la causa de que se desencadene este mecanismo. En efecto, en realidad, el art. 47 bis.1.b ET no está previendo una situación generalizada de reconversión sectorial sino solo aquella que tiene la posibilidad de ser resuelta por medio de la recualificación o transición profesional. Por ello se establece la obligación de que junto a la solicitud se presente un plan de recualificación de las personas afectadas (art. 47.bis.3). La mención expresa que se realiza a la transición profesional significa, en primer lugar, transición profesional dentro de la misma empresa, aunque ciertamente esta formación podría ser de utilidad fuera de la empresa si el contrato terminara extinguiéndose, lo que sucedería solo si concurren los requisitos y circunstancias para ello en una fase posterior. Las características que deben tener las acciones formativas de ERTE conforme a lo establecido en la DA 25 ET apuntan en esta dirección de formación para las necesidades “reales” de las empresas y de las personas trabajadoras, aunque no tuvieran “relación directa con la actividad desarrollada en la empresa”. Innecesario resulta destacar que una formación inadecuada a los puestos vacantes reales en la empresa, que abocara a la extinción resultaría ilegal. Incluso si estos defectos en la formación que se ofrece o presta presumieran carencias o incluso partieran de estereotipos vinculados, por ejemplo, a la edad, concurriría probablemente causa discriminatoria. La prohibición de discriminación es un principio constitucional (art. 14 CE) que vincula a todos los sujetos en todas sus actuaciones, incluyendo empresas, y que también está formulado en la normativa de la Unión Europea⁹⁵.

– El ERTE RED de carácter sectorial tiene un plazo operativo máximo de un año, que admite dos prórrogas de seis meses cada una. En esto se diferencia del ERTE del mecanismo RED de carácter cíclico, que tiene un periodo máximo previsto de solo un año. Esta previsión de ampliación que se establece para el ERTE del mecanismo RED sectorial se entiende en el contexto de mayor implicación empresarial y de las personas trabajadoras en la recuperación y regeneración de esta modalidad de ERTE. Las circunstancias concurrentes en el ERTE sectorial pueden ir evolucionando conforme a la actuación de las partes y la reacción del mercado. La configuración del mecanismo de posible prórroga en dos fases del ERTE RED sectorial indica que en este caso el objetivo no es tanto pasar lo antes posible a las medidas estructurales, como alargar el proceso de formación y adaptación lo

⁹⁵ Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que contempla la edad como causa de discriminación prohibida.

que sea necesario para cumplir el objetivo formativo para la recualificación o transición profesional, que es el objetivo prioritario de esta modalidad de ERTE.

– De acuerdo con este espíritu, el RDL 32/2021 introduce otra previsión de futuro, de contenido indeterminado pero con la clara finalidad de favorecer la transición profesional. La DA primera del RDL 32/2021 establece que, transcurrido un año desde la activación del mecanismo RED de carácter sectorial, se analizará la situación del sector o sectores afectados para adoptar, en su caso, las medidas laborales y de seguridad social que fueran necesarias para favorecer la transición profesional de las personas trabajadoras. Este análisis se llevará a cabo dentro del ámbito del diálogo social, con la participación de los agentes sociales más representativos junto al Ministerio de Trabajo y Economía Social y al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. La referencia a la transición profesional se refiere tanto a la que puede operar en la misma empresa (flexibilidad interna tras ERTE) como también la que puede producirse como consecuencia de un ERE o despido del art. 52.c ET. Probablemente está anticipando la posibilidad de que, en atención a las circunstancias del sector o sectores afectados, se aprueben medidas de ayuda a la recolocación, como nuevas exenciones de seguridad social, incentivos a la formación u otro tipo de beneficios vinculados a la contratación que en otras épocas se han aplicado en los procesos de reconversión. Es interesante destacar que en estos procesos antiguos de reconversión ha sido frecuente acudir a las bajas incentivadas o a las prejubilaciones, pero en esta ocasión el contenido de las medidas está motivado y condicionado por la transición profesional, lo que implica que no aspira a transformar población activa en pasiva, sino a mantener en la actividad a las personas trabajadoras. Es un mecanismo interesante para potenciar que las personas trabajadoras se mantengan más tiempo en el mercado de trabajo, posponiendo el momento de la jubilación. Actúa, por tanto, en el ámbito de las jubilaciones anticipadas implícitamente forzosas, a efectos de reducir su incidencia y de configurar un sistema en que la transición sea siempre hacia la actividad y no hacia la expulsión definitiva.

2.4.2. Características del ERTE del mecanismo RED

Los rasgos característicos del mecanismo de ERTE RED podrían sintetizarse del siguiente modo:

(i) **FINANCIACIÓN POR FONDO ESPECÍFICO.** Se prevé un fondo específico para la financiación de los costes del funcionamiento del mecanismo RED llamado Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo. Este fondo se regula en el art. 47.bis 6 ET y está destinado a cubrir las prestaciones y exenciones correspondientes, incluyendo también los costes vinculados a la formación. El fondo estará integrado por los excedentes de los ingresos destinados a financiar las prestaciones por des-

empleo, por las aportaciones consignadas en los Presupuestos Generales del Estado, por los fondos europeos destinados a esta finalidad y por los clásicos rendimientos de cualquier género que el propio fondo generara. Este sistema de financiación diferenciada, a cargo de un fondo específico, tiene varias finalidades:

En primer lugar, permite dotar económicamente un sistema que necesita financiación permanente para tener sentido y atender a sus finalidades. De hecho, la existencia de este fondo es probablemente la principal virtualidad del mecanismo RED, porque las situaciones excepcionales que requieren medidas excepcionales admiten siempre acuerdos específicos del Consejo de Ministros sin necesidad de que existan normas con rango de ley como el RDL 32/2021 que los habiliten. El fondo permite que, en el futuro, cuando concurran las circunstancias que se prevén en el art. 47. bis ET, la carencia de fondos no sea un obstáculo para que el mecanismo se ponga en marcha.

En segundo lugar, el Fondo permite encauzar los excedentes correspondientes a la cotización por desempleo y dirigir adecuadamente los fondos europeos, para que la finalidad perseguida por ambos tenga una dimensión de futuro.

En tercer lugar, el Fondo así configurado, termina definitivamente con las desafortunadas propuestas de mochila austriaca que en el pasado se sugirieron. La llamada “mochila austriaca” es un sistema incompatible con el sistema español ante la crisis de empresa y prácticamente con todos los sistemas europeos, dado que Austria, un país muy alejado de España en el ámbito económico, social, de seguridad social y de relaciones laborales, es el único país en el que, no sin críticas, se aplica. El presente fondo de flexibilidad y estabilización ni altera el sistema español de causalidad del despido ni tiene los riesgos desde la perspectiva del incremento de la precariedad en la salida que plantea la propuesta de la mochila austriaca, porque es sencillamente un Fondo de previsión ante crisis futuras que no implica la subvención de las extinciones sino que, al contrario, está con figurado para promocionar la estabilidad en el empleo.

(ii) DESVINCULACIÓN DEL DESPIDO ETOP: Es evidente que el mecanismo de ERTE RED no es ajeno a la hipotética posibilidad de que la situación concluya con despidos ETOP motivados por la crisis que constituye el supuesto en el que se asienta. Pero en ningún punto de la nueva normativa, ni directa, ni indirecta, ni implícitamente, se establece que el acceso a los ERTE RED significa *per se* que concurre la causa justificativa del despido por causa ETOP prevista en los art. 51 o 52.c ET. Estos preceptos resultarán de aplicación conforme a lo en ellos establecido, tanto en relación a las causas, como a los procedimientos y efectos, sin que corresponda hacerlos derivar de los mecanismos ERTE RED, porque se refieren a situaciones diferentes, reguladas con presupuestos diferentes. De hecho, así lo establece

expresamente el art. 47.bis bis 2. segundo párrafo⁹⁶. Los art. 51 y 52.c ET están diseñados para actuar ante situaciones de dimensión estrictamente empresarial, para lo cual se tendrán en cuenta las circunstancias y expectativas concurrentes en cada empresa. Sin embargo, el mecanismo ERTE RED está diseñado en torno a una situación generalizada, que autoriza a adoptar medidas preventivas (reducción/suspensión), vinculadas directamente a la recualificación profesional en el caso de los sectoriales, pero que no necesariamente tiene la capacidad de actuar como primera fase en la aplicación de un despido posterior.

(iii) PROCEDIMIENTO MIXTO: CONSULTAS Y AUTORIZACIÓN. El procedimiento para la puesta en marcha del ERTE del mecanismo RED comparte el rasgo característico del procedimiento del ERTE ETOP (periodo de consultas) y también el rasgo característico del procedimiento del ERTE por fuerza mayor (autorización administrativa). Todo ello se produce después de la apertura del procedimiento general a partir del Acuerdo del Consejo de Ministros correspondiente.

El periodo de consultas es el elemento central del procedimiento del ERTE del mecanismo RED, pero a diferencia de las consultas en el procedimiento del ERTE ETOP, la norma promueve la existencia de acuerdo (art. 47.bis 4 ET). Efectivamente, si el procedimiento de consultas concluyera con acuerdo, la Autoridad Laboral se limitará a conceder la autorización. De no existir tal acuerdo concederá la autorización si, de la documentación presentada, se deduce que concurre la situación cíclica o sectorial que justifica el ERTE. Y, si una vez comunicada la finalización del periodo de consultas la Autoridad Laboral no emite pronunciamiento expreso se entenderá autorizada la medida. Se trata, por tanto, de una autorización administrativa de carácter fundamentalmente ratificador, que no tiene capacidad para revocar el acuerdo de las partes y cuyo silencio funciona de modo favorable a la autorización.

Un elemento que ratifica el carácter menor en intensidad de la intervención de la Autoridad Laboral en el ERTE del mecanismo RED es que se aplica el sistema de prórroga automática establecido en el art. 47.4 para el ERTE ETOP. Existe, en materia de prórroga del mecanismo RED, una remisión absoluta e incondicionada a lo establecido en el art. 47.4 ET (por parte del art. 47.bis.5.a ET), por lo que en el caso de mantenimiento de las circunstancias no será necesario el acuerdo entre las partes, y bastará con cumplir el periodo de consultas para que la empresa adopte la decisión de prorrogar, del mismo modo que sucede en el caso del procedimiento del ERTE ETOP. En este punto, el ERTE del mecanismo RED incorpora los

⁹⁶ Que establece lo siguiente: *La decisión y las consideraciones que se incorporen al Acuerdo del Consejo de Ministros no serán por sí mismas causas para la adopción en el ámbito empresarial de las medidas previstas en esta norma en relación con el empleo o las condiciones de trabajo.*

mecanismos de agilidad del ERTE ETOP, lo que resulta consecuente con la situación excepcional, con la existencia de una previa autorización administrativa en la fase anterior del ERTE y con la posibilidad de reclamación a posteriori.

(iv) **PRESTACIÓN ESPECÍFICA.** Las personas afectadas por el mecanismo RED no tienen derecho a la prestación por desempleo regulada en el art. 267 LGSS, sino a una prestación específica regulada en la DA 41 LGSS, que tiene rasgos muy similares a la prestación contributiva por desempleo en caso de ERTE, tanto en cuantía, como en compatibilidades e incompatibilidades, dinámica, gestión y efectos. Las similitudes alcanzan también a la entidad gestora y al objetivo de simplificación del procedimiento. La entidad encargada de su gestión es el SEPE (DA 41.11 LGSS)⁹⁷, a quien la empresa deberá informarse de los periodos de inactividad (DT octava RDL 32/2021), tal y como se estableció durante la crisis sanitaria y como reglamentariamente se establecerá con carácter general (DA 42 LGSS). Dada la incertidumbre acerca de la duración de la situación, no se aplican, sin embargo, las reglas de duración máxima de la prestación por desempleo, sino que el final de la prestación vendrá determinado por la baja en la empresa (DA 41.10 LGSS) o por el final del periodo de aplicación del mecanismo RED en la empresa (DA 41.7 LGSS).

La razón de su tratamiento diferenciado respecto a la prestación contributiva por desempleo aparece en la DA 41.14 LGSS, que establece que la prestación se financiará con cargo al Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo. Esta prestación específica vinculada a un fondo también específico refuerza el carácter excepcional del mecanismo RED, que surge para atender crisis sistémicas en las que las empresas, individualmente consideradas, tienen poca responsabilidad y también pocas posibilidades, por sí mismas, de solucionar, más allá de su implicación en la recualificación de las personas trabajadoras. La prestación, por tanto, no forma parte de la dinámica ordinaria de la protección por desempleo en circunstancias ordinarias, sino que atiende a una situación excepcional, con fondos permanentemente disponibles para actuar. La práctica desaparición de requisitos de acceso y de mantenimiento de la prestación atienda precisamente a esta situación excepcional, que recuerda mucho la excepcionalidad de la crisis sanitaria, durante la cual la prestación de desempleo vinculada a ERTE también estuvo liberada de requisitos de acceso y mantenimiento.

Se trata de una prestación muy similar a la prestación por desempleo de la etapa de la crisis sanitaria porque no requiere acreditar periodo mínimo de carencia; acceder a ella no supone el consumo de cotizaciones previas; ni su disfrute se considera tiempo de desempleo consumido a efectos de futuras prestaciones (DA 41.8 LGSS). Se trata del mecanismo de ERTE con

⁹⁷ Salvo en el caso de trabajadores/as por cuenta ajena del mar, en que la gestión corresponde al Instituto Social de la Marina.

mayor volumen de beneficios para las personas trabajadoras, lo que resulta consecuente con la excepcionalidad de la situación y con la intervención de un doble mecanismo de control administrativo: el Acuerdo del Consejo de Ministros; y la autorización administrativa.

3. FLEXIBILIDAD INTERNA COORDINADA CON LA FLEXIBILIDAD EXTERNA EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN: EL INDEFINIDO ADSCRITO A OBRAS

– El art. 2 del RDL 32/2021 incorpora una importante novedad en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, al modificar su DA tercera y hacer referencia a un contrato indefinido adscrito a “obra”, en singular, (primer párrafo), aunque con mayor propiedad, en el segundo párrafo se encuentra vinculado a “obras” de construcción. Así se define el sistema habitual de contratación en la construcción, que constituye la actividad habitual del sector y que, por ello, debe cubrirse con contratos indefinidos. Pero nadie duda de que se trata de una actividad peculiar, en la que el tránsito entre obras es un elemento consustancial que debe ser objeto de tratamiento normativo. Este es el sentido de la reforma operada al respecto por el RDL 32/2021.

– Este nuevo precepto se parece, solo por fuera, al desgraciado contrato fijo de obra en la construcción, y queda muy lejos de ser una segunda versión del mismo. Y ello a pesar de que la nueva disposición adicional tercera de la Ley 32/2006 ocupe el mismo espacio en la norma en el que antes se contenía la habilitación para que el convenio estatal del sector de la construcción regulara el antiguo contrato fijo de obra. Resulta evidente, en todo caso, que la nueva DA tercera surge para dar salida a las particularidades del trabajo indefinido en el sector de la construcción. Estas necesidades particulares ciertamente no fueron solventadas con el antiguo contrato fijo de obra, que artificialmente trasladaba a la temporalidad lo que constituía una necesidad permanente de las empresas, tal y como señaló en su momento el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹⁸.

– Las peculiaridades del trabajo en el sector de la construcción son bien conocidas. Es un sector muy sensible a las crisis económicas, que sufre inmediatas e importantes consecuencias en forma de incremento de tasas de desempleo cuando estas crisis se producen. De otro lado, es complicado hablar de actividad “normal” del sector de la construcción porque es difícil encontrar un momento en la historia reciente de nuestro país en que el sector haya funcionado de modo estabilizado. Al contrario, cuando está en funcionamiento, el sector de la construcción actúa siempre en modo expansivo,

⁹⁸ STJUE de 24 de junio de 2021, C-550/19.

creciendo exponencialmente y requiriendo más y más fuerza de trabajo, particularmente especializada. La movilidad de la fuerza de trabajo se produce fundamentalmente por tres razones: por la propia movilidad de las empresas; por la voluntad de las personas trabajadoras y por la necesidad de mano de obra cualificada, que transforma en excedente la mano de obra no cualificada. Podría decirse, por ello, que el sector es esencialmente estable en la gestión de mano de obra, y que no hay una tendencia a la precarización abusiva como sucede en otros sectores, más allá de la incorrecta formulación del contrato fijo de obra, que requiere ser reformulado desde su propia naturaleza de contrato indefinido.

– Lo que ahora se regula en la nueva DA tercera de la ley 32/2006, es el desarrollo del contrato indefinido en el sector de la construcción para las actividades propias de este sector relacionadas con el desarrollo sucesivo de obras. Y esto se hace configurando un sistema de recolocación y recualificación permanente, que se integra en la dinámica de funcionamiento ordinario del contrato indefinido, y que solo de modo condicionado y limitado puede dar lugar a la nueva modalidad de extinción. Lo más interesante de la nueva DA tercera de la Ley 32/2006 es que, por primera vez instaura en el ordenamiento español, un sistema estrictamente gradual y condicionado de actuación, que con carácter absoluto prima la flexibilidad interna frente a la flexibilidad externa, reforzando la formación continua en ciclo vital e implicando a la empresa en la recualificación de su plantilla.

– También debe destacarse la relevancia de la formación en este nuevo procedimiento que tiene una triple función: a) posibilitar el mantenimiento en la empresa de la persona trabajadora; (ii) favorecer la empleabilidad si la persona trabajadora va a otra empresa; (iii) normalizar la formación continua en el sector de la construcción, que tiene siempre necesidad de personal cualificado

– Las características más relevantes de esta contratación indefinida en el sector de la construcción de la nueva DA tercera de la Ley 32/2006 son las siguientes:

a) **ÁMBITO DE APLICACIÓN: EL CONTRATO INDEFINIDO ADS- CRITO A OBRAS.** La DA tercera de la Ley 32/2006 no crea propiamente un subtipo de contrato indefinido, sino que se limita a especificar las circunstancias en las que resultará aplicable el procedimiento previsto cuando se refiere a una de las actividades establecidas en Convenio general del sector de la Construcción. De hecho, adviértase que no se hace referencia en el precepto a que el contrato deba hacerse cumpliendo determinados requisitos formales. Ni siquiera se establece que deba realizarse por escrito. La “adscripción a la obra” es la característica del trabajo para el que se le contrata, pero el contrato es un contrato indefinido ordinario. Sin embargo, como se expone más abajo, sí que deberá constar por escrito cada propuesta de recolocación que se vaya produciendo al finalizar una obra, lo que deberá formalizarse por

medio de anexo. Estos anexos harán constar las características de la nueva obra de adscripción a los efectos de determinar en qué consiste la prestación de trabajo, pero no suponen que la relación sea temporal, puesto que cuando llegue la finalización de la obra se desencadenarán los efectos de derecho a la recolocación y la recualificación.

El precepto señala que lo dispuesto en él no se aplicará a las personas trabajadoras que formen parte del “personal de estructura”. Este es el primer elemento relevante a la hora de determinar cuál es el ámbito aplicativo del supuesto previsto en la DA tercera de la ley 32/2006. No consta expresamente en este precepto el significado de la expresión, pero podría fácilmente considerarse que personal de estructura es el personal de plantilla de toda la empresa, cuya función es prestar servicios en todas las actividades de la empresa o, al menos, en un ámbito que supera la ejecución de obras. Conforme a esta concepción, sería, por ejemplo, personal de estructura el personal de gestión administrativa que presta servicios a toda la empresa; y también el personal que trabaja en obras pero que no está adscrito a ninguna en concreto por trabajar con carácter general para todas ellas, siguiendo las instrucciones que recibiera al respecto por parte de la empresa. Al personal de estructura no le resultará de aplicación lo establecido en la DA tercera de la Ley 32/2006.

El contrato indefinido adscrito a obra es aquel que tiene *por objeto tareas o servicios cuya finalidad y resultado estén vinculados a obras de construcción* (DA tercera 1, segundo párrafo). Lo más relevante es que no existe una adscripción a una obra concreta, como existía en el caso del desaparecido contrato fijo de obra⁹⁹. En el nuevo precepto se hace referencia, en plural, a “obras de construcción” a las que están vinculadas las tareas o servicios objeto del contrato. Por tanto, el objeto de este contrato es una actividad laboral que se presta por medio de obras diferenciadas y sucesivas en la empresa, estando adscrita la persona trabajadora a ellas con carácter sucesivo, y sin que su actividad sea indiferenciada y general para toda la empresa, en cuyo caso sería personal de estructura.

En todo caso, si se alterara de hecho la naturaleza del contrato, y una persona trabajadora indefinida pasara a estar adscrita a obra siguiendo instrucciones de la empresa, ello no permitiría entender que automáticamente se ha producido el tránsito al contrato indefinido adscrito a obra si no consta la voluntad por ambas partes de que se produzca este cambio de naturaleza. Este contrato tiene un objeto muy definido, que constituye un aspecto esencial del mismo, y que no se puede alterar unilateralmente por parte de la empresa. Ni siquiera cabría la modificación sustancial de condiciones de

⁹⁹ El art. 2 del VI convenio general de la construcción 2017-2021 (Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección general de Empleo) establece lo siguiente: 2. *Este contrato se concierta con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, y terminará cuando finalicen los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra. Su formalización se hará siempre por escrito.*

trabajo, porque en realidad el cambio de denominación (de indefinido ordinario a de adscripción a obra) no alteraría las condiciones de trabajo prestado por la persona trabajadora, sino tan solo la capacidad de la empresa para extinguirlo por la causa y el procedimiento establecidos en la DA tercera de la Ley 32/2006.

b) **NATURALEZA INDIVIDUAL DEL PROCEDIMIENTO.** Todo el mecanismo establecido en la DA tercera de la Ley 32/2006 tiene una dimensión individual, y está configurado en atención a las circunstancias de cada persona. Consecuentemente con ello en el título del precepto la causa extintiva se configura como “motivo inherente a la persona trabajadora”. Asimismo, en su apartado primero se establece que el procedimiento extintivo que regula se aplicará “con independencia del número de personas trabajadoras afectadas”. Es una referencia que refuerza las diferencias tanto con respecto al despido por causa ETOP como, con carácter general, con el despido por causas no inherentes a la persona trabajadora de la Directiva 98/59, de 20 de julio, de despidos colectivos.

El procedimiento previsto en la DA tercera de la Ley 32/2006 no es un mecanismo que atienda a una situación de excedente de mano de obra que requiera amortización de puesto de trabajo. Atiende, al contrario, a un supuesto en que no hay excedentes cuantitativos sino en todo caso cualitativos por inadecuación de personal cualificado. El procedimiento y la eventual extinción que pudiera producirse no responde a la situación en que pudiera encontrarse un colectivo de personas, cuyas relaciones de trabajo pudieran estar amenazadas de extinción. Se trata de la situación particular en que se encuentra una persona, con relación laboral indefinida en la empresa, y que por tanto tiene derecho a ser recolocada cuando termina cada obra a la que se le adscribe, cuando las vacantes que existan en la empresa no se adapten a su cualificación o capacidades.

c) **DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO.** Las fases del procedimiento son las siguientes:

Primero, el procedimiento se desencadena cuando finaliza la obra en la que presta servicios la persona trabajadora. Será necesario que efectivamente haya finalizado la obra de manera real, verificable y efectiva. También tendrá el carácter de fin de obra la realización paulatina de las unidades de ejecución; o la paralización de la obra por causa imprevisible y ajena a la voluntad de la empresa (DA tercera 3 Ley 32/2006). La persona no está adscrita desde el principio a una obra concreta que determina el principio y el final de su contrato porque no estamos ante un contrato temporal de obra, sino que el objeto del contrato es pasar de una obra a otra cuando vayan sucesivamente concluyendo. El objeto del contrato se va concretando en fases sucesivas, mediante la adscripción a obras concretas que constan en las sucesivas propuestas de recolocación. La finalización de cada obra determina el momento

en que se pone en marcha el derecho a la recolocación, en los términos establecidos en la DA tercera de la Ley 32/2006.

La cuestión que puede plantearse es quien tiene derecho a permanecer hasta el final de la obra completa, en lugar de ver extinguido el contrato a medida que se van concluyendo las unidades de ejecución. Otra cuestión que puede surgir es si efectivamente se ha producido o no el final de la obra. Como no se trata de un contrato de obra no existirá especificación ni de la obra ni, en consecuencia, del momento de la finalización en el contrato inicial, aunque las propuestas de recolocación cumplen sin duda la función de determinar el objeto del contrato en atención a la obra que viene a continuación.

El sistema de control que se establece en la norma es de carácter representativo. Cuando vaya a operar la finalización de la obra, con cinco días de antelación, la empresa deberá informar de ello a la representación legal de las personas trabajadoras y a las comisiones paritarias. En su defecto, deberá informarse a los sindicatos representativos del sector (DA tercera Ley 32/2006). Es interesante que se haya previsto este acceso a la información por parte de la representación de las personas trabajadoras a efectos de controlar la veracidad de la finalización o los criterios para la finalización gradual. La referencia a los sindicatos representativos del sector como destinatarios de la información correspondiente en caso de defecto de representación legal, está pensada para aplicarse en los supuestos de empresas pequeñas que carecen de representación. Su eficacia de control dependerá de la capacidad de los sindicatos representativos para atender las numerosas situaciones que pueden producirse relacionadas con la finalización de cada obra.

Segundo, una vez finalizada la obra la persona trabajadora tendrá derecho a ser recolocada. La propuesta de recolocación está detenidamente regulada en la DA tercera 4 y constituye un elemento formal de gran relevancia porque establece los caracteres de la siguiente obra, que determinarán en su momento su finalización. La propuesta de recolocación deberá formalizarse por escrito, mediante una cláusula que se anexará al contrato, y en la que constarán las condiciones esenciales, ubicación y fecha de incorporación de la obra. Deberá notificarse a la persona trabajadora con al menos quince días de antelación al fin de la obra en que se encuentre prestando servicios (DA tercera. 4) y aquella deberá informar a la empresa de su aceptación o rechazo en el plazo de siete días desde la notificación (DA tercera 5, penúltimo párrafo). Transcurrido dicho plazo sin contestación se entenderá que la persona trabajadora rechaza la propuesta de recolocación.

Es interesante destacar que estos anexos al contrato que contienen las propuestas de recolocación, en los que irán constando las sucesivas obras a las que se irá destinando la persona trabajadora constituyen la cronología

de su relación laboral y también determinan sus derechos relacionados con futuras extinciones por fin de obra.

Aunque no se dice expresamente, esta recolocación en principio deberá acomodarse a su nivel profesional y cualificación, que constituye el objeto del contrato indefinido. Este es un derecho consustancial a la condición de persona contratada con contrato indefinido. Ahora bien, la persona trabajadora tendrá derecho a la recualificación “de ser precisa” ésta (DA tercera 2 Ley 32/2006), lo que operará con carácter secundario, si no existe puesto adecuado al nivel y cualificación que constituyen el objeto del contrato. En tal caso la formación será la correspondiente al puesto de trabajo de destino. Así se deduce de la DA tercera 4 Ley 32/2006 que establece que la cláusula de recolocación deberá contener las “acciones formativas exigibles para ocupar el nuevo puesto”.

Tercero, la formación será siempre a cargo de la empresa, y podrá realizarse directamente o a través de una entidad especializada, siendo preferente la que imparta la Fundación Laboral de la Construcción. Dado que la formación para la recualificación es obligación de la empresa, si ésta no se prestara o no se realizara en condiciones para posibilitar la recualificación habrá que entender que no se cumple la causa de extinción prevista.

El proceso de formación podrá realizarse con antelación a la finalización de la obra, puesto que así lo prevé expresamente la DA tres Ley 32/2006, aunque nada impide que se realice con posterioridad. En todo caso, una vez concluya la obra y en tanto en cuanto no se extinga el contrato, mientras está realizando este proceso de recualificación, la persona trabajadora tendrá derecho a seguir percibiendo su retribución habitual, dado que si no puede trabajar no es por causa a ella imputable (art. 30 ET)¹⁰⁰. Por ello la secuencia lógica en estos casos es que cuando se proponga la recolocación, quince días antes de finalización de la obra, se inicie, en su caso, si fuera necesario para la recolocación, la correspondiente formación a efectos de que esté concluida cuando finalice la anterior obra y proceda transitar a otra.

d) LA EXTINCIÓN. Las características de la extinción de la DA tercera Ley 32/2006 son las siguientes:

La extinción en el supuesto previsto en la DA tercera Ley 32/2006 dará lugar a una indemnización del siete por ciento calculada sobre los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio colectivo que resulte de aplicación y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato

¹⁰⁰ Art. 30 ET. Imposibilidad de la prestación. *Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasara en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, este conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo.*

(DA tercera 6). Es una cuantía indemnizatoria que no se calcula al modo habitual que rige en los despidos previstos en el ordenamiento laboral, sino en atención a un porcentaje (7 %) de todas las percepciones recibidas durante el tiempo que ha durado el contrato. En términos generales, da lugar a una indemnización intermedia, entre la prevista para el despido objetivo y la aplicable en caso de despido calificado como improcedente, siendo lo más relevante que no existe límite máximo. Es el mismo sistema indemnizatorio que se preveía para la extinción del antiguo contrato fijo de obra. Esta indemnización procederá tanto cuando la extinción se produzca por voluntad de la persona trabajadora, que no acepta la propuesta de recolocación; como cuando se produzca a iniciativa de la empresa, cuando no hay vacante adecuada en una obra diferente de la misma provincia.

Las causas de la extinción son las siguientes:

- (i) Rechazo de la propuesta de recolocación: si una vez recibida la propuesta de recolocación (directa o con propuesta de recualificación) la persona trabajadora decidiera no aceptarla.
- (ii) Inadecuación de la cualificación: si la cualificación de la persona trabajadora, incluso tras el proceso de recualificación, no es adecuada a las nuevas obras que tenga la empresa en la misma provincia.
- (iii) Exceso de personas con la cualificación necesaria para ocupar las vacantes existentes en las nuevas obras: Si esto sucede la empresa podrá extinguir notificando con quince días de antelación. La negociación colectiva sectorial de ámbito estatal establecerá los criterios de prioridad o permanencia.
- (iv) Inexistencia en la provincia en la que esté contratada la persona trabajadora de obras adecuadas a su cualificación y clasificación, una vez analizada su cualificación o posible recualificación: este supuesto se refiere a la posibilidad de que no exista vacante en la provincia adecuada, ni siquiera con posibilidad de recualificación y permitirá la extinción que deberá producirse con una antelación de quince días a su efectividad.

Las causas extintivas suscitan las siguientes reflexiones:

Primero, el listado de causas de extinción de la DA tercera 5 intercala causas de extinción por voluntad de la empresa con una causa de extinción por voluntad de la persona trabajadora. En efecto, si la persona trabajadora rechaza la recolocación (e, implícitamente, también la recualificación que procediera) el contrato se extinguirá y tendrá derecho a que se le abone la indemnización prevista, que tiene igual cuantía que si la iniciativa de la extinción hubiera sido de la empresa. Además de esto, la persona trabajadora tendrá derecho a percibir la prestación por desempleo. Al efecto se ha mo-

dificado por el RDL 32/2021 el art. 267.1.3º de la LGSS para incorporar la extinción del contrato por motivos inherentes a la persona del trabajador de la DA tercera de la Ley 32/2021, en todas sus modalidades, al listado de situaciones legales de desempleo.

La extinción del contrato por voluntad de la persona trabajadora se debe producir en el plazo de siete días desde que tuviera conocimiento de la comunicación empresarial, entendiéndose que rechaza la recolocación y que, consiguientemente, extingue el contrato si no comunica lo contrario en ese plazo. Por tanto, la extinción unilateral por parte de la persona trabajadora que se produjera fuera del plazo previsto previsiblemente no dará lugar ni a la indemnización ni a la prestación de desempleo prevista, a menos que existiera causa justificada para esta demora y que la voluntad de la persona trabajadora fuera aceptar la recolocación. Así se colige de la expresión utilizada (“se entenderá”) que remite a la presunción *iuris tantum*, es decir salvo prueba en contrario.

Se incorpora al listado de situaciones legales de desempleo esta extinción por voluntad de la persona trabajadora que es atípica a la realidad española, que siempre ha sido reticente a reconocer el derecho a la prestación por desempleo cuando la causa del mismo no es totalmente ajena a la voluntad de la persona afectada. Debe destacarse, asimismo, que la persona trabajadora puede solicitar esta extinción, con derecho a indemnización y a prestación, sin que tenga que justificar la inevitabilidad de la extinción, ni la inadecuación de la propuesta de recolocación o recualificación. En todo caso, la persona trabajadora puede no tener garantías efectivas de recolocación, dado que puede haber exceso de personas trabajadoras disponibles o incluso también que no exista vacante disponible, por lo que la extinción unilateral puede ser más bien la anticipación ante una extinción por la empresa que puede intuirse como probable.

Segundo, el contrato se puede extinguir por iniciativa de la empresa por falta de adecuación de la persona trabajadora al puesto vacante en otra obra o por exceso de personas disponibles y cualificadas para la misma. Puede suceder, por tanto, que se haya producido la formación correspondiente con expectativas de recualificación y que ésta finalmente no se produzca porque tras la misma la persona sigue siendo inadecuada para el puesto en términos de formación o porque hay otras personas con cualificación que tienen derecho preferente a ocupar la vacante. El sistema de preferencias cuando sean varias las personas cualificadas adecuadas al puesto vacante se determinará por medio del convenio colectivo sectorial estatal, un convenio que hasta ahora ha sido determinante para atender la situación del tránsito entre obras, siquiera a través del infructuoso contrato fijo de obra, y que, tras la reforma operada por el RDL 32/2021 seguirá teniendo un papel fundamental.

Tercero, el contrato se puede también extinguir por inexistencia de vacante adecuada en la provincia, “una vez analizada su cualificación o posible

recualificación”. Se trata de una causa extintiva por inexistencia de vacantes adecuadas, que puede aplicarse sin tener que llevar a cabo la formación para la recualificación, cuando no hay expectativa de que la formación posibilitara la recolocación tomando como punto de referencia espacial la provincia. Esta causa extintiva se parece a la causa extintiva por causas ETOP porque da la sensación de que se refiere a mano de obra excedente. Ello no obstante, la formulación completa del precepto, que está realizada teniendo en cuenta las características del sector de actividad de la construcción, indica que no hay propiamente una situación de mano de obra excedente, sino más propiamente una situación de inadecuación entre la cualificación de la persona trabajadora y las cualificaciones que la empresa necesita en las obras que tiene en la provincia. Desde esta perspectiva, en todo caso se trataría de una causa extintiva semejante a las causas de despido objetivo contenidas en el art. 52 ET (ineptitud o inadecuación) y que por tanto entraría en el concepto de extinción por causa inherente a la persona trabajadora.

La cuestión que puede plantearse en esta causa de extinción del contrato por falta de obra adecuada a la capacidad de la persona trabajadora es la limitación que se realiza al ámbito de la provincia. No puede olvidarse que estamos ante un contrato indefinido y que la persona trabajadora tiene derecho a que se le de trabajo, aunque éste se encuentre fuera de la provincia. Tampoco puede olvidarse que, aunque la obra disponible y adecuada estuviera fuera de la provincia, pudiera no implicar cambio de residencia para la persona trabajadora, por lo que estaría dentro del ámbito de movilidad funcional correspondiente a su trabajo. En fin, probablemente la limitación a la provincia tiene como objetivo delimitar el ámbito en el que la empresa debe buscar la posibilidad de recolocación con la recualificación necesaria, sin estar obligada, por tanto, a re-cualificar teniendo en cuenta vacantes más allá de la provincia, pero sin que ello suponga que desaparece el derecho de la persona trabajadora a ocupar vacantes adecuadas fuera de ella, al menos de igual manera y con el mismo alcance que cualquier otra persona trabajadora con contrato indefinido en cualquier otro sector de actividad.

Capítulo quinto.

LA MODERNIZACIÓN
DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. INTRODUCCIÓN

– El sistema español de negociación colectiva ha estado siempre pendiente de modernización pese a ser un sistema mucho más joven que el del resto de países de nuestro entorno. Efectivamente, el modelo de negociación colectiva español surgió *ex novo* en los años de la transición, configurando el título III del Estatuto de los Trabajadores de 1980. En aquellos años el principal objetivo era trasladar los recién estrenados principios de funcionamiento democrático al ámbito de la empresa. Hubo que construir un mecanismo de representación en la empresa de carácter democrático y también un sistema de negociación, partiendo de la inexistencia de sindicatos y de estructuras verdaderamente representativas.

El movimiento sindical y el sistema de negociación colectiva que actualmente tiene España no se generó, como en la mayoría de las democracias antiguas, a base de acciones y reacciones, de movimientos sociales, o de pactos sociales motivados por conflictos bélicos o crisis económicas en los que los agentes sociales fueron evolucionando de modo fundamentalmente autónomo. Al contrario, el modelo de derecho colectivo del trabajo español fue parte del pack democrático de los años de la transición, imprescindible para que en los años críticos de la nueva democracia el conflicto social estuviera encauzado. De un lado, el cuerpo del modelo de la negociación de 1980 fue normativo o imperativo (Ley del Estatuto de los Trabajadores), lo que permitió dar cobertura a un gran número de personas trabajadoras pese a que la tradición de sindicatos libres quedaba muy lejos. El sistema de negociación español es, por tanto, heterónomo, lo que indudablemente condiciona el modo en que debe seguir evolucionando. De otro lado, sin embargo, el sistema del título III del ET tiene un fuerte componente de diálogo social, porque reproduce en gran parte lo establecido en el Acuerdo Básico Interconfederal de 1979.

Desde entonces hasta ahora no se ha producido un compromiso social de similar naturaleza al de 1979, capaz de acomodar el sistema de negociación no solo a una democracia ya madura, sino también a los cambios sociales, económicos, productivos y de tejido empresarial que han sucedido en los últimos cuarenta años. Al contrario, en estas décadas no ha habido ningún tratamiento sistemático del modelo de negociación colectiva española, sino más bien mo-

vimientos puntuales en la normativa, que raramente han servido para reforzar la negociación. En efecto, son mucho más numerosas las llamadas a la negociación colectiva en el Estatuto de los Trabajadores de 2022 que en el de 1980, pero estas nuevas referencias no han sido acompañadas de un reforzamiento de los derechos laborales contenidos en ley sino, al contrario, de un progresivo deterioro en las garantías legales mínimas, lo que ha producido el efecto de retraer más la virtualidad de la negociación que, poco a poco, ha ido perdiendo capacidad para afectar la forma real en que se trabaja y se produce, para pasar a ser un mero mecanismo de fijación de retribuciones.

La potencialidad real de la negociación como instrumento adaptativo y evolutivo, capaz de contribuir a la generación y regeneración de tejidos productivos sanos es el gran reto del sistema de la negociación colectiva en España. Esta capacidad adaptativa y regeneradora de la negociación no puede acometerse a partir de generalizaciones o simplificaciones, y menos aún en un contexto como el español, que tiene particularidades no solo derivadas de nuestro sistema productivo y empresarial, sino también de nuestro propio desarrollo como democracia. Así pues, la modernización y el dinamismo de la negociación tiene muchas otras vertientes además de la promoción del convenio de empresa, sobre todo en contextos como el español, fuertemente asentados en la negociación de ámbito sectorial.

– La modernización del sistema de negociación de 2021 debía ser puntual en atención a las circunstancias concurrentes y las condiciones en las que se había convocado la mesa de diálogo social. No obstante, la reforma operada en el sistema de negociación colectiva por el RDL 32/2021 es una reforma profundamente sistemática porque no se limita a salpicar el texto del Estatuto con referencias menores, sino que toca con precisión los preceptos clave para corregir las patologías. El perímetro del componente 23 delimitaba el campo de actuación, obligando a una determinación quirúrgica de los aspectos defectuosos de nuestro sistema de negociación colectiva, entendiendo por tales aquellos aspectos que impiden que la negociación despliegue todo su potencial, lastrando la calidad de los proyectos empresariales y promoviendo la competencia desleal entre empresas. Era necesario identificar esos graves defectos y reaccionar de modo rotundo frente a ellos, sin circunloquios ni declaraciones de intención vacías de contenido, actuando de modo directo en los preceptos críticos.

Ello explica que, en términos de estricto volumen, la reforma operada en el sistema de negociación colectiva por parte del RDL 32/2021, pueda calificarse de breve. En comparación con la extensión que tiene en el RDL 32/2021, la formulación del nuevo sistema ERTE o los nuevos mecanismos de contratación temporal o formativa, las reformas operadas en el sistema de negociación colectiva pasan casi desapercibidas. Pero esta brevedad no oculta su verdadera dimensión material, que descende a los problemas reales y aporta las soluciones necesarias. Los cambios que se producen por vía

del RDL 32/2021 son consecuencia de un detallado análisis previo acerca de cuáles son los verdaderos defectos del sistema de negociación, más allá de apriorismos y de soluciones generalizadas poco adecuadas a la realidad española.

– Las graves deficiencias de la negociación colectiva ante las que actúa la reforma operada por el RDL 32/2021 son las siguientes: (i) De un lado, era necesario combatir la utilización de la negociación colectiva como instrumento para competir en costes laborales. La reforma de 2021 actúa para reformular las relaciones entre el convenio sectorial y el convenio de empresa, a efectos de que éste tenga eficacia adaptativa y no meramente reductora de costes (art. 84.2 ET). (ii) Asimismo, procedía una clarificación del convenio sectorial aplicable en contratas para reforzar, en el ámbito sectorial, la reforma que el art. 84.2 ET había acometido en el ámbito del convenio de empresa (art. 42.6 ET). (iii) De otro lado, urgía el establecimiento de un mecanismo que asegurara, desde la norma laboral y con las debidas garantías, que no se producen vacíos normativos por falta de convenio aplicable cuando no se alcanza acuerdo sobre la renovación de un convenio colectivo (art. 86 ET). Estos son los dos ejes en torno a los cuales se desarrolla el presente capítulo.

2. EL RESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE NEGOCIACIÓN QUE FAVOREZCA LA COMPETENCIA LEAL ENTRE EMPRESAS: LA PATOLOGÍA DE LOS CONVENIOS QUE COMPITEN EN COSTES LABORALES

2.1. Los presupuestos de la reforma de la negociación operada por el RDL 32/2021

La reforma operada por el RDL 32/2021 parte de una serie de principios que explican su ámbito y sus objetivos y que ayudan a comprender su alcance:

Primero, NO ES UNA PATOLOGÍA QUE EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL NO CONFIGURE UN SISTEMA DE REGLAS CERRADAS SOBRE CONCURRENCIA DE CONVENIOS. El sistema español de negociación colectiva pertenece al grupo mayoritario de países europeos que admiten varios niveles de negociación (sectorial y empresarial) y que establecen la libertad de elección del ámbito de negociación por las partes. La normativa legal española no establece reglas absolutas de coordinación entre los diferentes niveles de negociación, más allá de la regla de “no afectación” de unos convenios por otros de diferente nivel (art. 84.1 ET), que supone la aplicación del criterio de la preferencia del convenio anterior en el tiempo; o de la posibilidad, poco utilizada en la práctica, de que los acuerdos intersectoriales del art 83.2 ET estructuren la negociación colectiva en niveles inferiores. Con todo, la falta de reglas lega-

les absolutas de ordenación jerárquica o de coordinación de convenios no es una disfunción. La mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen diferentes niveles de negociación carecen de mecanismos legales jerárquicos cerrados y absolutos de coordinación de convenios de diferente nivel¹⁰¹.

Segundo, NI EL CONVENIO DE EMPRESA ES INTRÍNSECAMENTE FAVORABLE NI EL CONVENIO SECTORIAL ES PERVERSO (NI TODO LO CONTRARIO).

La dinamización de la negociación colectiva ha sido el término con el que a lo largo de los años se ha expresado la necesidad de que los convenios colectivos se adecuaran a las necesidades reales de empresas y personas trabajadoras. En países con un fuerte tejido industrial constituido por grandes empresas, el convenio de empresa era sin duda la herramienta adecuada para operar esta dinamización en términos de adaptabilidad a la realidad. Es fácil advertir, con todo, que esta solución no puede tener carácter universal porque no todos los países tienen una estructura productiva y empresarial con estas características.

De un lado, el sistema español se asienta fuertemente en los convenios sectoriales por propia naturaleza y, por tanto, cualquier reforma debe partir de este presupuesto sin intentar revertirlo. En España el alto volumen de convenios sectoriales no es una manifestación de rigidez del sistema de negociación colectiva, sino un mecanismo imprescindible para asegurar una extensa cobertura por convenio colectivo que permite llegar a las pequeñas empresas. Según datos del Ministerio de Trabajo y Economía Social correspondientes a 2020 solo el 8,1 % de las personas trabajadoras está dentro de un convenio de empresa y el 91,9 % restante está en un convenio de ámbito superior, fundamentalmente sectorial. Se trata de un rasgo vinculado al sistema productivo predominante en España y, por tanto, no puede ser alterado por acción de la normativa laboral. De hecho, las reformas operadas hace una década en el sistema de negociación colectiva abriendo las posibilidades de los convenios de empresa (art. 84.2 ET) no han tenido el efecto de aumentar la proporción de convenios de empresa en detrimento de los convenios de sector. Dada la escasa trascendencia de los convenios de empresa en España en términos cuantitativos, cualquier sistema que les otorgara una preferencia o prioridad absoluta tendría el efecto de promover la competencia desleal entre empresas por favorecer la reducción de costes salariales. Este fue el efecto que tuvo la reforma operada por la ley 3/2012.

De otro lado, en la actualidad existe una clara tendencia en el ámbito de la Unión Europea a reducir y matizar el alcance de la preferencia aplicativa del convenio de empresa, reforzando el convenio sectorial. Esta tendencia refuerza el principio de que el sistema de coordinación de convenios colectivos

¹⁰¹ Solo Dinamarca y Bélgica establecen un sistema jerárquico estricto en el que el convenio sectorial tiene predominancia absoluta frente al convenio de empresa. Sobre su alcance, véase, VVAA (Dir. J. CRUZ VILLALÓN), *La negociación colectiva en Europa: una perspectiva transversal*, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2019, pág. 37.

debe equilibrar la fuerza vinculante de los convenios de sector con la necesaria flexibilidad de los convenios colectivos en ámbitos inferiores. Efectivamente, el sistema de descentralización de convenios y de preferencia de convenios de empresa puede terminar siendo un elemento distorsionador con graves consecuencias en un contexto de libertad de circulación. En el asunto Laval¹⁰² el TJUE estableció la preferencia del convenio de empresa del país de donde procedía una contrata, que establecía una retribución inferior a la retribución del sector de actividad aplicable en Suecia. Tras el asunto Laval, y a efectos de proteger el nivel retributivo aplicable al sector de actividad se alteró la normativa sueca. Con posterioridad, se operó una reforma en la Directiva de desplazamiento de trabajadores que supuso un reforzamiento de las condiciones aplicables al sector de actividad a efectos de establecer una protección efectiva ante la competencia en costes laborales de otros países (Directiva 2018/957, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios)¹⁰³. El devenir del asunto Laval y la aprobación de la Directiva 2018/957 son evidencias claras de que la preferencia del convenio de empresa requiere el establecimiento de garantías para evitar la devaluación de costes.

Tercero, EL SISTEMA ESPAÑOL DE NEGOCIACIÓN HA IDO EVOLUCIONANDO HACIA UN SISTEMA FLEXIBLE QUE ADMITE LA RELACIÓN DE COMPLEMENTARIEDAD ENTRE DIFERENTES NIVELES DE NEGOCIACIÓN. La promoción del dinamismo de la negociación colectiva requiere que el ordenamiento garantice que cada nivel de negociación pueda actuar en su nivel y cumplir sus finalidades, pero no requiere que se establezca un sistema cerrado y jerárquico de convenios preferentes que se vayan excluyendo unos a otros en su totalidad. De hecho, el sistema de negociación español ha ido evolucionando hasta convertirse en un entramado que se rige por relaciones de complementariedad entre convenios de diferente nivel. Hay varias situaciones previstas en el ET en que se configuran preferencias de los convenios solo aplicables a determinadas materias, lo que supone que resultan aplicables varios convenios, sin que unos excluyan a otros. El art. 84.2 ET es buen ejemplo de estas relaciones de complementariedad en razón de las materias de negociación, porque admite que un convenio de empresa, negociado durante la vigencia de un convenio sectorial, prevalezca sobre el sectorial en determinadas materias que expresamente enuncia. La doctrina jurisprudencial que, en el pasado, prohibió el llamado “espiguelo” de convenios se produjo para evitar el efecto de multiplicidad de convenios derivado de una interpretación incorrecta del principio de norma más favorable contenido en el art. 3.3. ET. Pero esta doctrina no se refería al reparto de materias entre diferentes convenios, algo que es consustancial a los con-

¹⁰² STJUE de 18 de diciembre de 2007, C-341/05.

¹⁰³ Sobre la materia, entre otros, ESTEVE SEGARRA, M. A. (2015). “Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de prestación de servicios y dumping social”. *Revista de Información Laboral*, 6, 27-41.

venios sobre materias concretas (por ejemplo, los acuerdos de resolución de conflictos colectivos) y que se deriva de la aplicación de la ley en ciertos casos (como en el caso de ciertas condiciones de trabajo que corresponden a las personas trabajadoras de ETT por asimilación a las personas trabajadoras de la empresa usuaria – art. 11.1 Ley 14/1994, de empresas de trabajo temporal.). El Tribunal Supremo expresamente ha establecido que la antigua doctrina de prohibición del espiguelo de convenios no se aplica en el caso del art. 84.2 ET, que admite la aplicación de varios convenios en atención a las materias que regulan¹⁰⁴. De hecho, el propio art. 84 ET contiene en su apartado 4 otra expresa habilitación para que este reparto de materias se aplique también entre convenios de ámbito estatal y autonómico.

El problema del sistema de negociación español no es que el convenio de empresa pueda afectar a lo establecido en el convenio sectorial (en eso consisten las relaciones de complementariedad entre convenios). El problema surge cuando las relaciones de complementariedad no están diseñadas adecuadamente y provocan efectos perversos. Esto es lo que sucedió con la formulación del art. 84.2 ET tras la reforma operada por la Ley 3/2012.

Sirva todo lo expuesto para resaltar lo inadecuado que resultaría sustentar la modernización de la negociación colectiva en presupuestos jerárquicos absolutos, que establecieran prioridades cerradas sin tener en cuenta los múltiples factores concurrentes. La modernización de la negociación colectiva requiere engrasar los engranajes para que la relación de complementariedad entre diferentes niveles de negociación sirva a sus objetivos. Tan inconveniente resultaría mantener una estructura rígida que no permita excepciones al convenio sectorial en el ámbito de la empresa como construir otro tipo de rigidez en torno al convenio de empresa consistente en establecer su preferencia total e incondicionada en la cuestión retributiva, como incorrectamente instauró la Ley 3/2012 y que el RDL 32/2021 ha tenido que revertir.

2.2. La corrección operada por el nuevo art. 84.2: la nueva relación entre convenios sectoriales y convenios de empresa sobrevenidos

– La reforma operada en el art. 84.2 ET por el RDL 32/2021 ha consistido en eliminar el antiguo apartado a) del art. 84.2 que hacía referencia a *La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa*¹⁰⁵. Cuando el RDL 32/2021 derogó este apartado eliminó la posibilidad

¹⁰⁴ STS de 1 de abril de 2016, Rec. 147/2015.

¹⁰⁵ La reforma operada por RDL 32/2021 en el art. 84.2 a partir del acuerdo al que se llegó en la mesa de diálogo social se refirió solo a la derogación del apartado a) del art. 84.2, que era el precepto que contenía el grave defecto de devaluación salarial que España se comprometió a corregir en el componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. La alteración del apartado d) del art. 84.2 ET que incorrectamente apareció cuando se publicó el RDL 32/2021 se corrigió por medio del RDL 1/2022, de 18 de enero.

de que un convenio de empresa sobrevenido durante la vigencia de un convenio sectorial pudiera alterar el salario establecido en el convenio sectorial previo. El art. 84.2 ET sigue posibilitando que el convenio de empresa sobrevenido trate, con preferencia al convenio sectorial, otras materias como el sistema de compensación de las horas extra o la compensación del trabajo a turnos; el horario y la distribución del tiempo de trabajo; la adaptación a la empresa del sistema de clasificación profesional; la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación atribuidos a los convenios de empresa; las medidas para favorecer la conciliación y la corresponsabilidad; u otras materias que dispusieran los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET.

La nueva formulación introducida por el RDL 32/2021 tiene el efecto de corregir el efecto de devaluación salarial que provocó la posibilidad de que el convenio de empresa pudiera derogar el convenio sectorial en este ámbito, pero no afectó al resto de materias que pueden alterarse por el convenio de empresa sobrevenido. Estas materias se refieren a cuestiones de gestión empresarial que tienen una repercusión económica de carácter solo indirecto y que, por ello, tienen menor capacidad para devaluar costes salariales. Queda pendiente, en todo caso, una reforma integral, vinculada a la reforma de la negociación en el seno de la reforma del Estatuto del Trabajo que adecúe las materias de este listado para configurar una mejor coordinación y adecuación entre los convenios sectoriales y empresariales, y que deberá configurarse de modo coordinado con otras situaciones similares. La modernización integral del sistema de negociación colectiva que procederá realizar en ese momento deberá probablemente abordar conjuntamente la cuestión de la inaplicación de convenios en niveles inferiores (art. 82.3 ET) y la configuración de relaciones de complementariedad sanas entre convenios de diferente ámbito (art. 84.2 ET)

– Tampoco afecta la reforma operada en el art. 84.2 por el RDL 32/2021 a la tan debatida cuestión de la imposibilidad que tienen los convenios interprofesionales de alterar el sistema de preferencia del convenio de empresa sobrevenido en las materias expresamente referidas¹⁰⁶. Como se sabe, el sistema de preferencia del convenio de empresa sobrevenido del art. 84.2 ET se estableció por primera vez por el RDL 7/2011, de 10 de junio. En esta primera formulación se estableció una garantía fundamental: la preferencia del convenio de empresa sobrevenido en las materias referidas solo resultaba de aplicación en caso de que no establecieran otra cosa los convenios y acuerdos interprofesionales del art. 83.2 ET. No cabe duda de que, cuando en 2011 se estableció la preferencia del convenio de empresa sobrevenido *ex lege* en materias tan sensibles como las de naturaleza retributiva, se hizo con la previsión de que ello podía ser revertido

¹⁰⁶ El art. 84.2 ET *in fine* sigue estableciendo actualmente lo siguiente: *Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado.*

por acción de los convenios interprofesionales. La formulación del art. 84.2 ET en 2011 era un mecanismo de incentivación de los niveles altos de la negociación. De hecho, toda la reforma operada por el RDL 7/2011 tuvo como objetivo reforzar la negociación colectiva en esos niveles macro, lo que se advertía en otros contenidos, como en la reforma operada en el art. 86 ET.

Pero la penúltima reforma operada en esta materia, la llevada a cabo por la Ley 3/2012, estableció un sistema de preferencia absoluta del convenio de empresa sobrevenido que incluía las materias con dimensión retributiva y que no admitía alteración por parte de la negociación colectiva interprofesional, lo que incorporó rigidez al sistema e imposibilitó que la negociación colectiva controlara los escapes del convenio sectorial que tenían como única finalidad rebajar costes retributivos y competir en este ámbito con el resto de empresas del sector. La reforma de 2012 no ha alterado este aspecto y ha mantenido la imposibilidad de que, por vía de acuerdo interprofesional, se establezca un sistema de relaciones entre convenio sectorial y convenio de empresa sobrevenido diferente del establecido en el art. 84.2, lo que debería ser objeto de revisión en atención a la relevancia que debe tener la propia negociación colectiva en el diseño de su estructura. Se trata, en todo caso, de un aspecto de dimensión general del sistema de negociación colectiva que corresponde tratar en una norma también de dimensión general y estructural.

– El nuevo sistema de relaciones entre el convenio sectorial aplicable y el convenio de empresa sobrevenido establecido por el RDL 32/2021 se aplica no solo a los convenios que se negocien a partir de ahora, sino también a los convenios ya negociados y en vigor. La Disposición Transitoria sexta del RDL 32/2021 establece un periodo máximo de un año desde la entrada en vigor del RDL 32/2021 para que retorne en estos casos la retribución establecida en el convenio sectorial (si no decayera con anterioridad la vigencia del convenio de empresa) Es un derecho a la retribución del convenio sectorial que no puede ser objeto de “compensación, absorción o desaparición” (Disposición Transitoria sexta. 2 RDL 32/2021) y que deberá dar lugar a la oportuna corrección en el convenio colectivo aplicable, que no podrá demorarse más allá de seis meses desde que entre en vigor la retribución prioritaria del convenio sectorial (DT sexta RDL 32/2021) Se establece así, un sistema matizado de entrada en vigor inmediata, que no espera a la pérdida de vigencia del convenio de empresa, y que debe dar lugar a la expresa corrección en el mismo a efectos de que no se perpetúe, por la vía de hecho, la inadecuada retribución establecida en el ámbito inferior.

2.2.1. *Las relaciones entre el clásico art. 84.1 ET y el nuevo art. 84.2 ET*

– El sistema español de concurrencia de convenios se ha basado siempre en el principio de preferencia del convenio más antiguo establecida en el art. 84.1 ET. El principio *prior in tempore, potior in iure*, es un principio clásico y básico del derecho que, desde el Código de Justiniano del siglo VI,

es uno de los más potentes en términos de seguridad jurídica, con manifestaciones en todas las ramas del derecho y no solo en el derecho registral e hipotecario. La absoluta preferencia del convenio más antiguo en el tiempo se estableció en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 para solventar de manera rotunda y segura los conflictos que se anticipaba que surgirían a partir de la configuración *ex novo* del sistema de negociación colectiva de la democracia. Se trataba de un precepto radical que se explica en atención a las circunstancias excepcionales de la transición y a la urgencia de poner en marcha desde la nada el mecanismo de negociación colectiva, pues era previsible que se multiplicaran las concurrencias de los numerosos convenios que, en los próximos años se negociarían. El criterio de la preferencia del convenio anterior en el tiempo eliminaba el riesgo de los secuestros de convenios en un momento de eclosión de los mismos, lo que hubiera generado no solo inseguridad, sino un incremento de la desconfianza mutua entre los propios interlocutores sociales.

– El principio de prohibición de afectación del art. 84.1 ET no se ha alterado en ninguna de las reformas de las que ha sido objeto el Estatuto de los Trabajadores, ni en la que se operó por medio de la ley 3/2012 ni en la que se ha producido por medio del RDL 32/2021. Es un principio que debe mantenerse para mantener las expectativas creadas por convenios de empresa antiguos, que han mantenido una dinámica evolutiva adecuada, cumpliendo la función de adaptación a las circunstancias reales que corresponde a los convenios de empresa. El mantenimiento del art. 84.1 ET en su redacción original otorga seguridad jurídica para estos convenios que no presentan problemas y no implica rigidez porque son pocos ya los ámbitos nuevos de negociación susceptibles de crearse *ex novo*.

El art. 84.1 ET constituye el espacio de base en el que se mueve el art. 84.2 ET. Los convenios de empresa que en su momento se negociaron sin que hubiera un convenio sectorial aplicable y que son preferentes ante posteriores convenios sectoriales mantienen su preferencia absoluta frente al convenio sectorial posterior, sin que deban acomodarse a sus presupuestos, ni siquiera en materia retributiva. Por tanto, la regla del art. 84.1 ET es una garantía de intangibilidad del convenio de empresa frente al convenio sectorial que no tiene límite temporal y que permite que los convenios de empresa “clásicos” mantengan su espacio de negociación específico para hacerlo evolucionar conforme a sus peculiaridades, sin que puedan ser afectados por lo establecido en un convenio sectorial. Es un sistema que favorece las relaciones de complementariedad hacia abajo entre convenio sectorial y convenio de empresa, posibilitando que el nivel empresarial actúe como elemento flexibilizador y dinamizador, pero que está blindado en sentido inverso, porque el convenio sectorial posterior nunca podrá alterar ni tener aplicación prioritaria frente a un convenio de empresa anterior en el tiempo. En definitiva, el tándem formado por el art. 84.1 ET y el art. 84.2 ET posibilita la acción dinamizadora y adaptativa por parte del convenio de empresa, pero no puede

quedar exenta de límites y garantías como evidencian las graves consecuencias producidas por la ley 3/2012.

– Por lo demás, dado que la reforma operada en el art. 84.2 ET por parte del RDL 32/2021 no afecta al art. 84.1 ET, no obligará a ajustar los conceptos retributivos de aquellos convenios de empresa que, por ser anteriores a determinados convenios sectoriales, se aplican con preferencia y prioridad a éstos, tanto en materia retributiva como en cualquier otra. Para evitar cualquier confusión al respecto la DT sexta del RDL 32/2021 que establece las reglas de aplicación transitoria del nuevo precepto establece que éste se aplicará “sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el art 84.1”.

2.2.2. *Los efectos regresivos de la posibilidad de que los convenios de empresa deroguen el convenio sectorial aplicable en materia retributiva*

– La Ley 3/2012 estableció una preferencia absoluta de las condiciones retributivas del convenio de empresa sobrevenido, aplicable a todos sus componentes, sin requerir justa causa, y sin que pudiera oponerse a ello el convenio sectorial o interprofesional lo que, según los datos, tuvo inmediato reflejo en la disminución de las cuantías de los salarios. Los estudios realizados reflejan un considerable descenso en las cuantías medias de los salarios de los convenios de empresa¹⁰⁷ en el periodo 2013-2015 respecto al periodo 2008-2012, tanto en el nivel técnico cualificado (-8 %), como en el de cualificado no técnico (-7,3 %) y no cualificado (-3,1 %) ¹⁰⁸, correspondiendo en su gran mayoría a los nuevos convenios colectivos realizados con posterioridad a la reforma laboral, dado que el nivel salarial de los convenios colectivos de empresa anteriores a la reforma laboral no tuvo una alteración relevante tras la misma¹⁰⁹.

Además de este efecto de devaluación retributiva, se constata también otro efecto en la reforma operada en el art. 84 por la Ley 32/2012: La preferencia del convenio de empresa en materia retributiva favoreció el interés por negociar convenios en este ámbito, e incluso a hacerlo con sujetos atípicos, lo que se reflejó en un claro aumento de la litigiosidad relacionada con la

¹⁰⁷ Hay también un ligero descenso en las cuantías salariales de los convenios sectoriales en estos años, que es mucho menor que el de los convenios de empresa, y se atribuye al intento por parte de los convenios sectoriales de evitar la fuga a los convenios de empresa A.B. MUÑOZ RUIZ, “La revisión salarial: Líneas de tendencia durante la crisis y la recuperación económica”, en VVAA, (Dir. J.M. GOERLICH PESET), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España*, Ed. Madrid, 2018, pág. 174 ss.

¹⁰⁸ P. GIMENO DIAZ DE ATUARI, “Determinación del salario y estructura de la negociación”, en VVAA (Dir. J. M. GOERLICH PESET), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España*, op. cit. pág. 162.

¹⁰⁹ J. M. GOERLICH PESET, “Conclusiones”, en VVAA, *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España*, op. cit. pág. 681.

legitimidad para la negociación de convenios de empresa¹¹⁰. En definitiva, al riesgo de competencia desleal entre empresas por los costes salariales se sumó también el riesgo de competencia desleal entre entidades que se pretendían representativas.

– La incondicionada e ilimitada preferencia del convenio sobrevenido de empresa en materia retributiva que se produjo en España con la reforma de 2012 contrasta con lo que sucedió en el resto de países de nuestro entorno. En la práctica totalidad de países europeos se produjo un proceso descentralizador hacia el convenio de empresa que, cuando se refería a materias retributivas, se blindaba ante posibles abusos para que la descentralización de los convenios colectivos no provocara el efecto perverso de la devaluación de costes retributivos¹¹¹:

- a) En Dinamarca y Bélgica la ley establece que los convenios sectoriales tienen competencia exclusiva para el establecimiento de la retribución, de modo que los convenios de empresa no pueden establecer cuantías inferiores;
- b) En Finlandia la posibilidad de convenio de empresa solo existe por habilitación expresa del convenio sectorial, lo que implica que es el convenio colectivo el que establece los límites y condiciones para evitar el efecto devaluador de convenio de empresa;
- c) En Suecia y Noruega las retribuciones establecidas en los convenios de empresa están fuertemente condicionadas a los pactos realizados en ámbitos superiores, con lo que son estos los que determinan el espacio en el que se pueden mover los convenios de empresa en materia retributiva, estableciendo al efecto su alcance y limitaciones;
- d) En Alemania la posibilidad de que los acuerdos de empresa establezcan condiciones retributivas inferiores a las del convenio sectorial se limitan a situaciones de crisis de empresa;
- e) En Austria solo los convenios sectoriales tienen competencia en materia retributiva, de modo que los convenios de empresa no pueden establecer condiciones peores en este sentido;
- f) En Francia el convenio de empresa puede afectar la cuestión retributiva siempre y cuando establezca garantías al menos equivalentes;

¹¹⁰ Por todas, SAN de 9 de octubre de 2015, sentencia nº160/15; SAN de 22 de septiembre de 2015, sentencia nº 191/2015; SAN de 17 de diciembre de 2015, sentencia nº 217/2015; STS de 25 de enero de 2017, Rec. 40/2016; STS de 11 de enero de 2017, Rec. 24/2016.

¹¹¹ VVAA (Dir. J. CRUZ VILLALÓN), *La negociación colectiva en Europa: una perspectiva transversal*, op. cit. pág. 138 ss.

- g) En Italia el acuerdo de proximidad (*acordi di prossimità*) puede afectar a los salarios establecidos en el acuerdo laboral colectivo nacional aplicable, pero debe hacerlo con determinados objetivos, entre los que se incluyen el incremento del empleo o de la calidad de los contratos o el incremento “de la competitividad y de los salarios”.

– La experiencia europea muestra que la posibilidad de que en el ámbito de la empresa se alteren las garantías retributivas establecidas por convenio sectorial solo resulta admisible por causa justificada, esto es, cuando concurre una situación de crisis de empresa. En la normativa española anterior a la reforma operada por el RDL 32/2021 existían dos mecanismos para que en el ámbito de la empresa se alterara la retribución establecida en el convenio de sector: De un lado, existía el sistema incondicionado y absoluto del art. 84.2.a), que permitía disminuir el salario del convenio en una empresa. De otro lado, si concurría causa justificada para ello, utilizando el procedimiento establecido, el art. 82.3 permitía desde 1994 (y sigue permitiendo) que se dejen de aplicar determinados preceptos del convenio colectivo, incluyendo los retributivos. Este mecanismo de descuelgue de convenios posibilita, por tanto, la flexibilización requerida en situaciones excepcionales de crisis de empresa. Es un mecanismo que deberá ser objeto de atención en la reforma integral del sistema de negociación colectiva que queda pendiente, pero que evidencia que el ordenamiento español tiene un sistema de adaptación del convenio sectorial en el ámbito empresarial previsto para las situaciones de crisis de empresa, que casa mal con el sistema desproporcionado establecido por la Ley 3/2012 y que urgía corregir como ha hecho el RDL 32/2021.

3. EL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN CASO DE CONTRATA

3.1. Alcance general del nuevo art. 42.6 ET: su incidencia en el reforzamiento de la competencia leal entre empresas

El nuevo sistema del art. 42.6 ET introduce una importante innovación en el régimen jurídico aplicable a las contratas y subcontratas. Por primera vez se regula en nuestro ordenamiento la cuestión del convenio colectivo aplicable a las personas trabajadoras procedentes de empresas contratistas que, hasta el momento había sido resuelto por la jurisprudencia. La nueva redacción del art. 42.6 ET es la siguiente: *El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III. / No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará éste, en los términos que resulten del artículo 84.*

Lo más interesante de este nuevo apartado que se incorpora al vetusto art. 42 ET es su mera existencia, porque indica que finalmente el ordenamiento jurídico empieza a atender a la realidad del mundo de las contrataciones y subcontrataciones para asegurar condiciones dignas y también unas reglas más sanas de competencia entre empresas. En efecto, el régimen jurídico del art. 42 hace mucho que dejó de reflejar la realidad del sistema de relaciones entre empresas. En el momento en que se formuló por primera vez, en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, su principal finalidad fue asegurar la responsabilidad de todos los sujetos implicados en la contrata, a fin de evitar que las contrataciones fueran mecanismos de evasión de responsabilidad empresarial. Las reformas posteriores, que fueron aumentando la dimensión del art. 42 ET pero que no alteraron su espíritu, no sirvieron para acomodar la regulación española a la forma en que había evolucionado el sistema de contratación. A la altura de 1980 era impensable que el sistema de contratación fuera un sistema de abaratamiento de costes laborales, pero hace varias décadas que ese es el principal problema del sistema de contratación entre empresas en España.

El objetivo pretendido con la nueva redacción del art. 42.6 ET es el mismo que el perseguido por el nuevo art. 84.2 ET, porque tanto uno como otro están diseñados para potenciar la competencia leal y la calidad empresarial, en lugar de una competencia estrictamente sustentada en reducción de costes laborales. Con este tándem se pretende no solo apoyar técnicas de contratación y gestión de mano de obra estable y en condiciones dignas, sino también un sistema que refuerce la calidad del tejido empresarial promocionando las colaboraciones entre empresas que se asientan en la especialización productiva y en la innovación.

3.2. La “actividad desarrollada en la contrata” como criterio de determinación del convenio sectorial aplicable

Los criterios de determinación del convenio aplicable en caso de contrataciones y subcontratas en el nuevo art. 42.6 ET están fuertemente influenciados por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que se asienta, como el nuevo art. 42.6 ET, en el concepto de “actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”. Se trata de una doctrina jurisprudencial que diferenciaba situaciones, y que establecía en ocasiones excepciones, limitaciones y matizaciones a la regla general.

Cuando el nuevo art. 42.6 ET normativiza la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo¹¹² utilizando una expresión rotunda (“actividad desarrolla-

¹¹² La incorporación de criterios jurisprudenciales al texto del Estatuto de los Trabajadores se ha producido desde antiguo y cuenta con numerosas manifestaciones. Por ejemplo, la redacción del art. 43.2 ET, sobre los elementos relevantes para considerar que concurre cesión

da en la contrata”), y sin hacer referencia a las matizaciones jurisprudenciales, lo que procede en primer lugar es determinar cuál es la esencia de esa doctrina, las características medulares de la misma que son las que el nuevo art. 42.6 ET ha querido elevar a rango normativo.

Los principios aplicativos del nuevo art. 42.6 ET, sustentados en esa doctrina, podrían ser los siguientes:

Primero, **APLICACIÓN DEL CONVENIO DE EMPRESA DE LA CONTRATISTA**: Si la empresa contratista tiene convenio propio, y éste resulta aplicable por mor de lo establecido en el art. 84 ET, el art. 42.6 no altera esta preferencia. El RDL 32/2021 no cambia las reglas de preferencia/prioridad aplicativa de convenios que regían en el ordenamiento español y que siguen rigiendo ahora, conforme a lo establecido en el art. 84 ET, tanto en su apartado primero, como segundo: (i) registrará el convenio de empresa de la empresa contratista si éste es el que procede por haber sido el primero en el tiempo, en cuyo caso tendrá preferencia absoluta frente a lo que estableciera un eventual convenio de sector (art. 84.1 ET); (ii) Si, vigente, un convenio sectorial, se aprueba un convenio de empresa (convenio de empresa sobrevenido), en los términos y las materias previstas en el art. 84.2 ET, será éste el aplicable, teniendo en cuenta que la cuestión retributiva corresponde al sectorial, y no puede ser tratada por el convenio de empresa sobrevenido (como consecuencia de la supresión del apartado a del art. 84.2 ET por medio del RDL 32/2021). El convenio sectorial aplicable “de fondo”, que será preferente al convenio de empresa sobrevenido en materia retributiva conforme a las nuevas reglas establecidas por el RDL 32/2021, se determinará conforme a lo establecido a continuación

Segundo, **CON RELACIÓN AL CONVENIO SECTORIAL APLICABLE**, hay tres PUNTOS DE PARTIDA:

(i) Resulta irrelevante la actividad que conste como objeto social de la empresa contratista, dado que es una cuestión que depende de la empresa y que no puede condicionar la aplicación del correspondiente convenio, que se rige por reglas que son de obligado cumplimiento y que dependen de la actividad “real” desempeñada por la empresa¹¹³. El actual art. 42.6 ET refuerza esta interpretación, dado que la “actividad desarrollada” debe ser, claramente, la actividad real.

(ii) En el caso de que el convenio colectivo sectorial de la empresa principal se establezca, como requisito para llevar a cabo contrataciones de servicios con otras empresas, que en estos casos deberán respetarse las condiciones del convenio sectorial de la principal (en materia retributiva o en

ilegal que se operó por medio del RDL 5/2006, de 9 de junio, reproduce la doctrina del Tribunal Supremo al respecto.

¹¹³ Por todas, SSTS de 10 de julio de 2000, Rec. 4315/99; o de 31 de enero de 2008, Rec. 2604/07.

cualquier otra materia)¹¹⁴, el convenio colectivo que resultara aplicable deberá acomodarse a esta previsión. Es una previsión que se encuentra en algunos convenios de hostelería y que permite que las personas procedentes de contratistas, particularmente camareros/as de pisos, cobren la retribución estipulada para el convenio de hostelería. Esta previsión, que ha sido admitida por la jurisprudencia¹¹⁵ no altera las reglas de prioridad/preferencia de convenios, ni establece obligaciones en un convenio que afectan a terceros. En realidad, lo que hace es establecer obligaciones concretas para las empresas incluidas en su ámbito de aplicación (las condiciones en las que pueden contratar parte de su actividad con otras empresas). Su admisibilidad tras la aprobación del RDL 32/2021 resulta incuestionable, y probablemente es a lo que se refiere la expresión utilizada en el art. 42.6, primer párrafo *in fine*, “salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III”. La referencia a lo dispuesto en el título III es una cláusula general que permite identificar el convenio colectivo al que se está haciendo referencia; y también que esta referencia no altera en nada lo establecido en el título III ET (por ejemplo, sobre preferencias de convenio o sobre la no afectación a terceros de lo convenido). Por tanto, puede pensarse que la reforma del RDL 32/2021 mantiene la legalidad de estas cláusulas de garantía retributiva mínima establecidas en convenio para el caso de contrataciones y subcontrataciones, en los términos establecidos por el Tribunal Supremo.

(iii) La regla de la actividad “preponderante”, tantas veces referida en la jurisprudencia¹¹⁶, resuelve la cuestión de cual deba ser el convenio colectivo en el caso de empresas que llevan a cabo varias actividades, pero su alcance debe matizarse en el caso de empresas contratistas. Hay que tener en cuenta que hay varias empresas implicadas (principal y contratista), que cada una puede tener una actividad preponderante, que el objeto de la contrata puede también tener varias actividades, pudiendo haber entre ellas una preponderante; y que la actividad desarrollada por las personas trabajadoras en la contrata puede pertenecer o no a esa actividad preponderante. Ante todas estas posibilidades, lo único indudable es la expresión utilizada en el art. 42.6 ET: “actividad desarrollada en la contrata”, y en torno a ella deberá aplicarse, en su caso, el criterio de la actividad preponderante.

Tercero, SIGNIFICADO DE “LA ACTIVIDAD DESARROLLADA EN LA CONTRATA: El art. 42.6 ET refiere que el convenio colectivo aplicable será el convenio de la actividad desarrollada “en” la contrata. Con esta expresión

¹¹⁴ Por ejemplo, convenio de hostelería de las Islas Baleares 2018, en cuyo art. 14.2 se establece lo siguiente: 2. *Subcontrata de servicios de camarera de pisos y camarero de pisos. Las empresas que contraten o subcontraten con otros la realización de servicios correspondientes a la actividad propia del puesto de trabajo de camarera de pisos y camarero de pisos, deberán garantizar a los trabajadores afectados que serán retribuidos en las condiciones que vienen recogidas en el presente Convenio colectivo en el correspondiente nivel salarial.*

¹¹⁵ STS de 12 de marzo de 2020, Rec. 209/2018.

¹¹⁶ Por todas STS de 29 de enero de 2002, Rec. 1068/01.

indica que es necesario tener en cuenta lo que la empresa contratista desarrolla en cada contrata, o sea, cual es el objeto real de esa contrata. En consecuencia, ello implica que la nueva norma está considerando la posibilidad de que una empresa contratista no deba tener un solo y único convenio aplicable a todas las contrataciones que lleve a cabo. Al contrario, lo que indica la nueva previsión normativa es que en cada una de las contrataciones deberá determinarse el convenio colectivo aplicable por la contratista en atención a la actividad desarrollada en la misma por las personas trabajadoras que proceden de la empresa contratista. Esta interpretación fue la aplicada en la STS de 11 de junio de 2020, Rec. , en cuyo fundamento jurídico cuarto puede leerse lo siguiente: *...las condiciones laborales de los trabajadores que prestan servicios en los centros a que se refiere el presente conflicto se determinarán en función de la clase de trabajo prestado, que es el parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios en su conjunto, que, por un lado no se conoce; y, por otro, aunque fuese conocido y otro diferente, nada tendría que ver con la actividad realmente desempeñada por los trabajadores. En consecuencia, el criterio que debemos aplicar para establecer el convenio de aplicación es el de la real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores en relación a la prestación de servicios por la empresa multiservicios a la empresa cliente. Más aún, en un caso como el presente, en el que la actividad que presta la demandada en el ámbito del conflicto es una sola.*

En esta sentencia, y con la expresión reproducida, el Tribunal Supremo enunció la doctrina de la actividad desarrollada en la contrata a la que se refiere el actual art. 42.6 ET, que implica que debe aplicarse a las personas trabajadoras de la empresa contratista el convenio del sector correspondiente a las actividades que real y efectivamente desarrollan en la contrata, aunque ese convenio no coincidiera con el correspondiente a la actividad preponderante de la empresa contratista en su actividad general en el mercado.

La referencia que el actual art. 42.6 ET hace al convenio colectivo sectorial de la actividad desarrollada en la contrata supone, probablemente, y salvo mejor parecer de nuestros tribunales de justicia, que decaerían aquellas interpretaciones judiciales que no han reconocido como convenio colectivo aplicable el correspondiente a la actividad desarrollada en la contrata, sino el convenio aplicable a la empresa contratista en atención a su actividad general en el mercado¹¹⁷.

¹¹⁷ En la STS de 12 de febrero de 2021, Rec. 2839, se estableció que no era aplicable el convenio colectivo de hostelería a la empresa contratista porque, en el mercado, con carácter general, no se dedicaba a la hostelería sino a la “gestión externalizada” de la actividad de limpieza de habitaciones. Aplicando la misma interpretación, la STS de 17 de marzo de 2015, Rec.1464/2014, estableció que el convenio aplicable en el caso de una contrata de “gestión integral” para un ayuntamiento (reparación, mantenimiento, limpieza, atención al público...) era el de limpieza, porque ese era el convenio aplicable a la empresa contratista en atención a su actividad general en el mercado. En ambos casos se aplica una interpretación que no atiende a la actividad específica desarrollada en la contrata (como requiere ahora el art. 42.6 ET), sino a la actividad general de la empresa contratista en el mercado. Podría entenderse que esta doctrina ha quedado sustituida por la nueva regla de preferencia establecida por el art. 42.6 ET.

Cuarto, la consecuencia de todo lo expuesto es que, conforme a lo establecido en el actual art. 42.6 ET, y tal como había admitido con anterioridad el propio Tribunal Supremo al establecer la doctrina de la actividad efectivamente desarrollada (STS de 11 de junio de 2020), EL CONVENIO APLICABLE POR LA EMPRESA CONTRATISTA NO SERÁ NECESARIAMENTE EL MISMO EN TODAS LAS CONTRATAS, SINO QUE DEPENDERÁ DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA EN CADA UNA. Lo ratifica la específica referencia que se hace en el nuevo art. 42.6 ET a que el nuevo criterio establecido operará “con independencia de su objeto social o forma jurídica” (de la empresa contratista).

Quinto, LA ACTIVIDAD DESARROLLADA EN LA CONTRATA NO PUEDE DESVINCULARSE DE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL. Resulta del tenor literal del precepto que debe tenerse en cuenta la naturaleza de la empresa contratante (“en” la contrata): por ello, si la actividad desempeñada es limpieza de habitaciones de hotel no parece que el convenio adecuado en atención a la actividad desarrollada sea el de limpieza, sino más apropiadamente el de limpieza de habitaciones de hotel, que es la actividad de la empresa contratante integrada en el convenio de hostelería. Esta conclusión no tiene que ver con el hecho de que la actividad realizada por la empresa contratista sea o no actividad propia de la empresa contratante¹¹⁸, sino que se basa exclusivamente en los términos literales de la norma, que hace referencia a la actividad desarrollada “en” la contrata, y por tanto requiere que se adviertan las características de dicha actividad en atención al lugar donde se llevan a cabo.

La siguiente cuestión es que, en el caso de que la empresa contratista desarrolle varias actividades para la empresa contratante (por ejemplo, actividades de gestión integral), por así constar en el contrato entre ellas, la “actividad desarrollada en la contrata” del art. 42.6 ET no parece que pretenda desmembrar la actividad global contratada entre ambas empresas en múltiples micro actividades puntuales, para aplicarles a cada una de ellas un convenio sectorial diferente. El convenio más unificador, el que aglutina fácilmente todas las actividades posibles que la empresa contratista pueda haber contratado con la empresa principal, es el convenio sectorial de la empresa principal, aunque ello no significa que el nuevo art. 42.6 ET establezca que debe aplicarse automáticamente siempre y en todo caso a todas las empresas contratistas, el convenio de sector de la empresa principal¹¹⁹. Lo único que puede derivarse del tenor literal del precepto es que la naturaleza de la

¹¹⁸ Criterio que ha sido considerado irrelevante por nuestra jurisprudencia a la hora de determinar el convenio colectivo aplicable en la contrata. STS de 12 de febrero de 2021, Rec. 2839/2019.

¹¹⁹ Tampoco lo hacía la legislación anterior. En el fundamento tercero de la STS de 12 de febrero de 2021, Rec.2839/2019, se establecía lo siguiente: *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.*

empresa contratante determina la actividad desarrollada en la contrata, que es a lo que se refiere el art. 42.6 ET.

Sexto, EL CRITERIO DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA EN LA CONTRATA NO SE APLICA EN EL CASO DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (DA 27 ET). En principio puede parecer complicado determinar cuál es el convenio colectivo aplicable en el caso de que la empresa contratista sea un centro especial de empleo, dado que el criterio establecido por el art. 42.6 ET de la actividad desarrollada en la contrata no tiene precedentes, y no existe una previa formulación normativa al respecto a la que se pueda volver si no se aplica el criterio del nuevo art. 42.6 ET. Pero resulta evidente que existe una doctrina jurisprudencial opuesta a la doctrina de la actividad desarrollada en la contrata, que es la de la actividad preponderante en la empresa contratista en el mercado¹²⁰. Dada la finalidad insertiva de este tipo de centros y sus particulares reglas de funcionamiento y organización, el RDL 32/2021 ha optado por no aplicarle el criterio diseñado para evitar la competencia desleal ente empresas, sobre todo teniendo en cuenta que este sector tiene sus propios convenios colectivos que se adaptan a sus peculiaridades. Serán, por ello, estos convenios los que les resulten aplicables.

3.3. El valor social del criterio establecido en el nuevo art. 42.6 ET

– La solución aportada por el nuevo art. 42.6 ET ni es realmente novedosa ni es ajena al ordenamiento español¹²¹. Tiene una clara funcionalidad en términos sociales y de adecuado funcionamiento del mercado que ya ha sido constatada por la jurisprudencia. Establecía, al respecto, la STS de 11 de junio de 2020 que, de este modo, *no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios*. Es también una solución consecuente con las sucesiones de contratas, y, sin duda, repercute directamente en la forma de competir para el acceso a contratas o concesiones, que tendrá que sustentarse en criterios diferentes al de los costes laborales. También puede tener efecto en la estabilidad en el empleo, dado que puede tener efecto en la evitación de despidos para externalizar actividades. Por lo demás, la reforma operada en el art. 42.6 ET establece un criterio único para la determinación del convenio aplicable en caso de contrata, terminando con la incertidumbre que en ocasiones generaba la aplicación de diferentes criterios por parte de los Tribunales de Justicia.

¹²⁰ De la que son ejemplo las SSTS de 17 de marzo de 2015, Rec. 1464/2014; o la de 12 de febrero de 2021, Rec. 2839/2019.

¹²¹ La doctrina de la STS de 11 de junio de 2020, Rec. 9/2019, en la que se basa el nuevo art. 42.6 ET, tuvo como precedente la STS de 22 de febrero de 2019, Rec. 237/2017.

– Hay un argumento adicional que refuerza el valor social del criterio del convenio sectorial aplicable a la actividad desarrollada en la contrata, y que guarda directa relación con el principio de igualdad efectiva de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, así como con el principio de lucha contra la discriminación por razón de género, tanto directa como indirecta. La utilización de la contrata como mecanismo para abaratar costes ha tenido una gran incidencia en actividades con un alto porcentaje de mujeres: es paradigmático el ejemplo de las/los camareras/os de pisos, sobre las que se pueden encontrar numerosos pronunciamientos judiciales en los repertorios de jurisprudencia. El juego perverso de la libertad de externalización del art. 42 ET y la posibilidad de convenios de empresa sobrevenidos de aplicación preferente, que podían establecer sus propias condiciones retributivas –antiguo art. 84.2 ET–, dio lugar, en algunas ocasiones, a situaciones en las que las personas despedidas en la actividad de limpieza de habitaciones fueron sustituidas por personas procedentes de empresas contratistas con menores costes retributivos¹²².

Debe resaltarse que esta práctica de abaratamiento del coste del personal de limpieza de habitaciones por medio de empresas contratistas de bajo coste con sus propios convenios de empresa tenía el riesgo de neutralizar los avances que este sector estaba teniendo para equiparar las condiciones de trabajo de las mujeres que lo llevan a cabo a las de los hombres que llevan a cabo otras actividades de diferente categoría, pero de igual valor en el sector hostelero. Es interesante destacar que el Tribunal Supremo había reconocido que era necesario valorar adecuadamente el trabajo desarrollado por las camareras de pisos, fundamentalmente mujeres, y a tal efecto les reconoció el derecho a una retribución igual a la de los encargados de bar, mayoritariamente hombres en el sector hostelero¹²³.

La degradación retributiva por vía de contrata contraviene el espíritu de las normas españolas, internacionales y de la Unión Europea que garantizan igual retribución por trabajo de igual valor, como el RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, el convenio 100 de la OIT, el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o la Directiva 2006/54. Debe destacarse, asimismo, que la igualdad retributiva efectiva entre mujeres y hombres en el trabajo es un objetivo prioritario actualmente de la Unión Europea, que tiene el compromiso de aprobar una Directiva de transparencia retributiva para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres cuya elaboración se encuentra muy adelantada¹²⁴. La posibilidad de

¹²² De particular relevancia fue la STS de 20 de noviembre de 2015, Rec. 104/2015. Esta sentencia tenía un voto particular que instaba a que el despido no fuera declarado justificado por ser constitutivo de discriminación de género, aunque la STS estableció que no concurría dicha discriminación.

¹²³ STS de 14 de mayo de 2014, Rec. 2328/2013.

¹²⁴ Propuesta de Directiva de 4 de marzo de 2021 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo

contratación con empresas externas en condiciones sensiblemente inferiores a las aplicables en la empresa principal de hostelería sabotea estos esfuerzos y tiene el efecto de incrementar ostensiblemente la brecha salarial.

Pues bien, cualquier criterio que no atienda a la actividad desarrollada en la contrata conduce al mismo efecto perverso en el ámbito de la igualdad de género, porque cualquier otro criterio (como el de la actividad preponderante en la empresa contratante en el mercado) apuntala la competencia en costes laborales y, por ello, termina teniendo efectos muy perjudiciales para las mujeres en los muchos sectores con externalizaciones generalizadas en los que son mayoría. De hecho, la cuestión de la repercusión de género de las empresas de bajo coste en el ámbito de las externalizaciones ha dado lugar a varios votos particulares en las sentencias en las que se ha planteado¹²⁵.

– Debe tenerse en cuenta, asimismo, que la tendencia general en España, a efectos de evitar el efecto perverso de la devaluación de costes por externalización, es a eliminar las diferencias retributivas de las personas que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Por ello se reformó en 1999 la Ley de Empresas de Trabajo Temporal española, la Ley 14/1994, de modo que en la actualidad su artículo 11 garantiza la misma retribución para la persona trabajadora de empresa usuaria y para la que procede de empresa de trabajo temporal que realicen el mismo trabajo.

– El criterio de la igualdad retributiva entre empresa contratista y empresa principal se aplica en España con rotundidad en el sector público. En la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que transpone en España las Directivas 2014/23 y 2014/24, de 26 de febrero de 2014, se establece la prioridad aplicativa en materia retributiva de los convenios de sector en el ámbito de las contrataciones realizadas por parte de las Administraciones Públicas¹²⁶.

– No existen, por tanto, ejemplos en el ordenamiento español que admitan la diferencia retributiva en convenio entre personas que desarrollan la misma actividad en la empresa. Incluso la doctrina jurisprudencial que impide las dobles escalas salariales¹²⁷ refuerza el principio general de igualdad retributiva en la empresa que caracteriza nuestro sistema de relaciones laborales y que había entrado en quiebra con la Ley 3/2012.

de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento.

¹²⁵ Voto particular a la STS de 20 de noviembre de 2015, Rec. 104/2015; y voto particular a la STS de 12 de febrero de 2021, Rec. 2839/2019.

¹²⁶ El art. 149 de la ley 9/2017 establece la obligatoriedad de que se apliquen las condiciones retributivas del sector de actividad en las contrataciones realizadas por las Administraciones Públicas.

¹²⁷ Por todas, STS de 24 de junio de 2019, Rec. 10/2018.

4. REGLAS DE VIGENCIA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN EL NUEVO ART. 86 ET

4.1. Estado de la cuestión: los problemas de la muerte súbita del convenio colectivo

– La reforma operada por la Ley 3/2012 estableció un sistema de muerte súbita del convenio colectivo que carece de precedentes entre los países de la Unión Europea y que ocasionó desde el principio graves problemas de seguridad jurídica. La situación tuvo que ser resuelta de modo provisional y urgente por parte del Tribunal Supremo, pero desde hace una década resultaba imprescindible una reforma normativa que, de modo coherente, otorgara solución al problema de la falta de nuevo convenio colectivo cuando llega a término el convenio anterior y no hay acuerdo.

– El Estatuto de los Trabajadores español ha establecido desde su primera redacción en 1980 un sistema de prórroga del convenio colectivo denunciado en caso de llegada a término del convenio sin acuerdo sobre un nuevo convenio colectivo. Este sistema se mantuvo hasta que la reforma laboral de 2012 estableció en el art. 86.3 ET la desaparición del convenio colectivo si, transcurrido un año desde la denuncia del mismo, no se hubiera llegado a acuerdo. El art. 86.3 ET introducido por la reforma laboral de 2012 previó que, en este caso, debía aplicarse el convenio colectivo de ámbito superior. Era una solución deficiente, porque en España los convenios sectoriales son mayoritarios, y es raro que existan convenios aplicables de ámbito superior al provincial.

– La reforma laboral en esta materia desencadenó una situación de enorme gravedad porque, ante la pérdida de vigencia del convenio, numerosas personas trabajadoras dejaban repentinamente de estar protegidas por convenio colectivo alguno, lo que provocaba entre otras cosas, la generalizada aplicación del salario mínimo interprofesional. Ante la grave situación creada, y el peligro de una generalizada desaparición de convenios colectivos por este mecanismo, el Tribunal Supremo estableció que, en caso de falta de acuerdo, se debían prorrogar las cláusulas del convenio anterior como condiciones contractuales de las personas trabajadoras afectadas¹²⁸. Fue una solución de emergencia, que ocasionó una situación atípica en la cultura negociadora española, dado que implicaba una mutación de naturaleza jurídica de las condiciones de trabajo (que dejaban de ser normativas para ser contractuales) generando nuevas incertidumbres, como prueba el alto número de conflictos existentes sobre esta materia en sede judicial.

– El sistema de muerte súbita de los convenios colectivos establecida por la Ley 3/2012 carece de precedentes en los países de nuestro entorno

¹²⁸ STS de 22 de diciembre de 2014, Rec. 264/2014.

que, con diferente contenido y alcance, tienen en todo caso mecanismos para asegurar que el convenio anterior no desaparece si no existe acuerdo sobre nuevo convenio. Las formulas son diversas¹²⁹:

- a) En Francia los convenios colectivos tienen fundamentalmente carácter indefinido. Las reformas operadas en 2016 han alterado este esquema general, pero se mantiene de hecho la predominancia de los convenios colectivos de carácter indefinido, lo que hace que, con carácter general y con las precisiones establecidas en su normativa, los convenios mantengan su vigencia hasta que uno posterior los sustituya.
- b) En Irlanda y Finlandia son los propios convenios los que establecen la forma de resolver la situación de la perdida de vigencia del convenio sin acuerdo sobre el nuevo.
- c) En la mayoría de los países de la Unión Europea es la ley la que establece, con diferentes características y condiciones, el mantenimiento del convenio previo hasta que se produce acuerdo en convenio posterior. Es el caso de Letonia, Eslovenia, Alemania, Austria, Holanda, Finlandia, Dinamarca, Portugal y Polonia.
- d) En Bélgica, Italia, Estonia y Suecia existen diversos mecanismos para resolver la cuestión, que están a medio camino entre la prórroga negociada y la prórroga legal. De especial interés es el caso de Bélgica en el que la falta de vigencia del convenio sin que exista nuevo acuerdo genera la prórroga de determinadas condiciones convencionales por incorporación al contrato de trabajo individual de las personas trabajadoras¹³⁰.

De lo expuesto se advierte que la medida adoptada por la Ley 3/2012 fue atípica y carente de precedentes en los países europeos¹³¹. Pero, sobre todo, la medida española evidenció los atávicos complejos del legislador de 2012, porque la falta de acuerdo para la renegociación de un convenio colectivo no es un fenómeno esencialmente patológico. El hecho de que todos los países europeos, de una u otra manera, tengan establecidos mecanismos para salir del impasse de una negociación que no concluye con nuevo acuerdo, pone de manifiesto que la falta de acuerdo es tan normal como el acuerdo mismo.

¹²⁹ VVAA (Dir. J. CRUZ VILLALÓN), *La negociación colectiva en Europa: una perspectiva transversal*, op. cit. pág. 334.

¹³⁰ F. DORSSEMONT, G. COX Y J. ROMBOUTS, "National report. Belgium", VVAA, *The evolving structure of collective bargaining in Europe*, 2004.

¹³¹ Tan solo es equiparable a la situación de Bulgaria, que carece de un sistema que evite el efecto vacío cuando no se produce el nuevo acuerdo y cuyos efectos nocivos en términos de inseguridad jurídica y desgaste del derecho de negociación han sido descritos por T. DANAILOV y R. GLADICHEVA, "National report. Bulgaria", VVAA, *The evolving structure of collective bargaining in Europe*, 2004.

Muestra también que cuanto más equilibrada es la posición de las partes en una negociación más sencillo es llegar al acuerdo. Aferrarse a lo existente cuando lo que se anticipa es peor es un comportamiento lógico en todos los aspectos de la vida.

El legislador de 2012 partía de la premisa apriorista de que el sistema de prórroga establecido en el art. 86 ET fosilizaba artificialmente los convenios colectivos, como durante años sucedió con las viejas reglamentaciones y ordenanzas que pasaron de la dictadura a la democracia integrándose de modo artificial en el sistema de negociación colectiva. Pero en el año 2012 ya había desaparecido el problema de la perpetuación de aquellas normas preconstitucionales y, por ello, las faltas de acuerdo entraban dentro de la normalidad del funcionamiento de la negociación colectiva. Cambiar las reglas del juego, y precipitar la muerte del convenio en caso de persistencia del desacuerdo no corregía nada porque no había defecto. Y difícilmente podía considerarse que el sistema establecido por la Ley 3/2012 promoviera efectivamente el acercamiento de las partes. Al contrario, dificultaba el acuerdo porque reforzaba de manera directa la postura de la parte empresarial. A lo sumo, podía potenciar un acuerdo resignado desde el lado social, amenazado por la desaparición de la norma convencional. En todo caso, resulta evidente que la norma de 2012 con esta medida estaba inclinándose por una de las partes en la negociación, por lo que su sentido era claramente ideológico. Los efectos son sobradamente conocidos: los impasses negociadores desencadenaron la desaparición de los convenios, lo que condujo a que las condiciones aplicables fueran las estrictamente legales, incluyendo las retribuciones, que descendieron a los niveles del salario mínimo interprofesional. Los casi tres años que duró esta situación hasta que intervino el Tribunal Supremo fueron fuente de una enorme preocupación, no solo por parte de sindicatos y personas trabajadoras, sino también por parte de organizaciones empresariales y empresas, que temían el derrumbe del sistema de negociación en España y la competencia desleal entre empresas.

– El hecho de que la situación tuviera que ser solventada por el Tribunal Supremo, que se pronunció al respecto por sentencia de 22 de diciembre de 2014 evidencia la emergencia creada. La vía judicial, cuya finalidad es dar solución a un conflicto concreto y que por propia naturaleza no puede tener la eficacia general que corresponde a las normas, difícilmente tiene capacidad para resolver una cuestión como ésta. Como se sabe, para atender a la situación no prevista en la ley de que no existiera convenio de ámbito superior aplicable, el Tribunal Supremo estableció que las condiciones del convenio colectivo que había perdido vigor como norma se mantenían como derechos de naturaleza contractual de las personas trabajadoras. Es una solución similar a la que se aplica en Bélgica, aunque en este país existen previsiones complementarias que aseguran la eficacia del sistema, como por ejemplo, un periodo de denuncia extenso y flexible, que posibilita casi siempre el acuerdo y que no se prevé en España, que tiene un sistema de denuncia estricto y

cerrado, de corta duración (un año) durante el cual la posibilidad de alcanzar un acuerdo es reducida y en el que los sindicatos son mucho más débiles que los sindicatos belgas.

4.2. El retorno de la ultraactividad por el RDL 32/2021

El RDL 32/2021 modifica el tenor legal del art. 86 ET para reintegrar al ordenamiento español el sistema de la ultraactividad. Es un mecanismo que contempla con normalidad la existencia del conflicto colectivo de intereses típico, que es el que se produce durante la negociación de un nuevo convenio colectivo. Por ello elimina la muerte súbita del convenio por el transcurso de un año tras la denuncia, estableciendo la prórroga del convenio. De este modo restituye el equilibrio de las partes en el procedimiento de negociación colectiva, y establece una regulación de la situación de impasse. La nueva regulación establece un sistema realista, que elimina los aspectos demasiado optimistas de anteriores regulaciones sin renunciar a seguir refiriéndose a los mecanismos de solución de conflictos colectivos como los más idóneos para solventar este tipo de controversias. El aspecto más relevante es que desaparecen todos los elementos obligatorios

Las características del nuevo sistema, que tiene claras reminiscencias del sistema configurado por medio del RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas para la reforma de la negociación colectiva, son las siguientes:

Primero, el nuevo art. 86 ET dirige la mirada hacia los procedimientos que pudieran establecerse en convenio interprofesional del art. 83 ET, pero no establece la obligatoriedad de que estos convenios interprofesionales establezcan los mecanismos para resolver las situaciones de falta de acuerdo como hacia el RDL 7/2011, que imponía la necesidad de que los acuerdos interprofesionales establecieran la forma de resolver las situaciones de falta de acuerdo prolongado más allá de un año, pero no fijaba consecuencia ni sanción para el caso de que el acuerdo interprofesional no lo hiciera, con lo que en realidad era más una declaración de intenciones que un precepto de naturaleza realmente obligatoria. Lo mismo podía decirse del procedimiento de arbitraje que se preveía en la norma de 2011, y que establecía que, en defecto, de pacto, la sumisión al arbitraje sería obligatoria.

Con mayor realismo, el art. 86 ET conforme a la redacción del RDL 32/2021, no establece ninguna de estas dos obligatoriedades, aunque no renuncia a mencionar las posibilidades que, al respecto, tienen los acuerdos interprofesionales. Por ello establece que las partes “deberán” someterse a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico. Lo que hace el precepto es establecer una mediación obligatoria para estos supuestos, lo que pese a las apariencias no supone una innovación de gran envergadura porque se trata de una obligato-

riedad que deriva del propio texto de la mayoría de los acuerdos interprofesionales de solución de conflictos¹³².

Segundo, se sigue haciendo referencia expresa en el nuevo art. 86.4 ET al procedimiento arbitral, aunque ya no tiene los rasgos de obligatoriedad del anterior art. 86 ET que establecía que los acuerdos interprofesionales debían contener *el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje*. Se señalaba asimismo que debía especificarse en el acuerdo interprofesional si la sumisión era voluntaria u obligatoria, presumiéndose obligatoria si no se establecía nada al respecto. Era una redacción voluntariosa, que con cierta ingenuidad intentaba promocionar el arbitraje para la resolución de los conflictos surgidos durante la negociación de un convenio. Como era previsible, ningún acuerdo interprofesional admitió esta aplicación obligatoria del arbitraje. Había un problema adicional en la redacción anterior del art. 86 ET, que dificultaba su aplicación y que acrecentaba la desconfianza. Establecía este antiguo precepto que la obligatoriedad del arbitraje (el compromiso arbitral) podía encontrarse en el acuerdo interprofesional y que en tal caso debía producirse aunque las partes concretas en conflicto (las que estaban negociando el convenio) no estuvieran de acuerdo en someter la cuestión a arbitraje. Aun superando las dudas acerca de la legalidad constitucional de un precepto de esta naturaleza, es inevitable mantenerlas acerca de la virtualidad de un laudo arbitral al que se llegara con la oposición o, al menos, sin el compromiso de todas las partes en conflicto.

Por eso es sin duda más adecuada la regulación del actual art. 86.4 ET, que contempla la posibilidad de que las partes se sometan al sistema arbitral previsto en los acuerdos de solución extrajudicial de conflictos colectivos *siempre que exista pacto expreso, previo o coetáneo*. Ello permite que el compromiso arbitral sea “ad hoc” (cuando surge el conflicto durante el procedimiento de negociación colectiva para el nuevo convenio) o que se produzca anticipadamente al surgimiento concreto del conflicto, bien en el texto del convenio colectivo que está renegociándose, o bien en un acuerdo anterior al surgimiento del conflicto. En todos estos casos de sumisión concurre el requisito imprescindible para que el laudo arbitral tenga virtualidad, y es que a él se llegue exclusivamente por medio del compromiso de sumisión de las concretas partes en conflicto y no, como sucedía en la regulación anterior, por medio de un compromiso al que han llegado sujetos diferentes.

¹³² Conforme a lo establecido en los Acuerdos de solución extrajudicial de conflictos colectivos que rigen en las diferentes Comunidades Autónomas. En el ámbito estatal, el 13.6 del VI Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (BOE de 23 de diciembre de 2020), establece lo siguiente: 6. *Dentro del ámbito del presente Acuerdo el procedimiento de mediación será obligatorio cuando lo solicite una de las partes legitimadas, salvo en los casos que se exija el acuerdo de ambas partes./ En cualquier caso, la mediación será obligatoria, previa a la interposición de demandas de conflicto colectivo ante la jurisdicción social por cualquiera de las partes./ Igualmente, la convocatoria de la huelga requerirá, con anterioridad a su comunicación formal, haber solicitado el procedimiento de mediación.*

Tercero, el periodo de referencia de un año desde la denuncia del convenio, mantenido en el actual art. 86 ET, no tiene el significado apocalíptico del anterior art. 86 ET. El transcurso de este año, en primer lugar, sirve para desencadenar la mediación obligatoria y la posibilidad del arbitraje, aunque ambas posibilidades pueden producirse también antes de la llegada de este plazo. Pero, en segundo lugar, la referencia al periodo de un año que se realiza en el nuevo art. 86.4 ET sirve para configurar la duración del *proceso de negociación* (último párrafo del art. 86.4 ET) cuyo final desencadena el mantenimiento de la vigencia del convenio.

De este modo, el sistema configurado por el actual art. 86.4 ET contempla dos fases: una primera, de un año desde la denuncia del convenio, en la que se desarrolla el proceso de negociación; y una segunda, indefinida, que se inicia cuando concluye la anterior y cuya característica es el mantenimiento *sine die* del convenio. No quiere ello decir que una vez transcurrido el plazo del año ya no se espera que las partes lleguen a acuerdo. Al contrario, se mantiene indefinidamente la rehabilitación del derecho de huelga (art. 86.3 ET) porque se entiende que antes y después del plazo de un año se debe mantener abierta la negociación. Pero es indudable que la norma ha querido establecer una mayor intensidad en el compromiso de negociación durante este primer año, que vendría a ser algo similar a un deber de negociar, en el que se espera de ambas partes que hagan todo lo posible por llegar a un acuerdo.

Este periodo de un año desde la denuncia tiene, también, un sentido particular que le otorga gran interés. Este periodo anual es el tiempo razonable que la norma establece para que se desarrolle la negociación del nuevo convenio, por lo que está configurando un periodo de tránsito en el que implícitamente no procede que sea absorbido por un convenio de otro ámbito. Efectivamente, el Tribunal Supremo ha admitido desde antiguo que, durante el periodo de ultraactividad, el convenio puede ser absorbido por un convenio de ámbito superior. Esta absorción por convenio sectorial de ámbito superior se incorporó expresamente al art. 86 ET por medio de la ley 3/2012, aunque se trataba de un principio que tenía largo recorrido y que ya se había reconocido jurisprudencialmente desde antiguo¹³³. Esta doctrina jurisprudencial que admite la absorción de un convenio una vez pasa a fase de ultraactividad ha tenido sus matizaciones y excepciones, como por ejemplo cuando se ha establecido que, si las partes mantienen de hecho la aplicación del convenio anterior y no cuestionan su sustitución, éste se consolida como el convenio aplicable¹³⁴. La nueva regulación del art. 86 ET no necesariamente termina con estas matizaciones y excepciones al principio de absorción del convenio cuando concluye su vigencia, pero introduce un factor que refuerza la

¹³³ Por todas, SSTs de 23 de octubre de 1995, Rec. 2054/94; y de 2 de febrero de 2004, Rec. 3069/2002. Más recientemente, SSTs de 8 de enero de 2020, Rec. 129/2018 y de 13 de enero de 2021, Rec. 191/2021.

¹³⁴ STS de 30 de diciembre de 2015, Rec. 255/2014.

doctrina de la absorción por el convenio de ámbito diferente cuando termina el plazo de un año establecido para el proceso de negociación. Desde esta perspectiva, se trata de una previsión que fomenta el acuerdo en el plazo de un año, siquiera por el efecto disuasorio que puede tener la absorción por un convenio de diferente ámbito una vez transcurrido el mismo.

Sexto, el restablecimiento de la ultraactividad establecido en el nuevo art. 86 ET es, seguramente, la corrección más urgente que debía hacerse de la Ley 3/2012 y, por ello, en la DT séptima del RDL 32/2021 se establece su inmediata entrada en vigor, incluso para los convenios ya denunciados. Es la única previsión del RDL 32/2012 que se aplica a situaciones y expectativas ya generadas, lo que resulta consecuente con la necesidad de seguridad jurídica.



El Real Decreto Ley 32/2021 ha producido una reforma extensa pero sobre todo intensa del sistema de relaciones laborales español. Más allá de las azarosas condiciones de su aprobación parlamentaria, de lecturas políticas y de interpretaciones mediáticas, la reforma laboral recién aprobada es una norma comprometida en el sentido más amplio de la palabra. Es todo un código de conducta que los interlocutores sociales han acordado y también redactado, dando lugar a un texto que requiere un análisis jurídico sistematizado y lógico al que el presente libro espera contribuir.

María Amparo Ballester Pastor es Directora de Coordinación Jurídica de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

LA REFORMA LABORAL DE 2021

Más allá de la crónica

ISBN: 978-84-8417-589-6



9 788484 175896

VICEPRESIDENCIA
SEGUNDA DEL GOBIERNO

MINISTERIO DE TRABAJO
Y ECONOMÍA SOCIAL

GOBIERNO
DE ESPAÑA

